

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

**DEMANDANTE : ANA DEL ROSARIO ALVARADO**  
**DEMANDADO : MUNICIPIO DE TUNJA**  
**RADICACIÓN : 15001 33 33 011 2018 00109 - 00**  
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.- Demanda (fl. 2-8):**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO, a través de apoderado judicial interpuso demanda contra el MUNICIPIO DE TUNJA, solicitando se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución del 30 de noviembre de 2018, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales, así como de la Resolución No. 0079 del 09 de marzo de 2018 proferida por el Alcalde Mayor de Tunja mediante el cual se negó las pretensiones de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se declare la existencia de un contrato realidad entre el Municipio de Tunja y la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO, en el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015.

Además, solicita se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar en favor de la demandante, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización por vacaciones, aportes a pensión, salud y riesgos profesionales, horas extras, dominicales y festivos, subsidio de transporte e indemnización por no entrega de las dotaciones.

De igual manera, solicita que la liquidación de la condena sea indexada, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

- **Normas violadas y concepto de violación:**

Señala que con la expedición de los actos acusados se desconocieron garantías fundamentales estipuladas en los artículos 13, 53 y 122 de la Constitución Política, que consagran, el derecho a la igualdad y los principios laborales mínimos fundamentales. De igual manera, considera que se transgreden la Ley 80 de 1993 (art. 32 inc.3º), Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

Advierte que la actividad para la cual fue contratada la demandante era de carácter permanente y en tal sentido, la entidad demandada no debió suscribir un contrato de prestación de servicios sino crear un empleo temporal sujeto al régimen salarial y prestacional de los empleados de carácter permanente de la entidad territorial. De esta manera indica, que se le desconoce el derecho a tener una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, en condiciones de igualdad frente a quienes se encuentran en situaciones similares.

Asegura, que la demandante cumplía un horario de trabajo, estaba subordinada a las órdenes impartidas y recibía una contraprestación en condiciones similares a los funcionarios permanentes del municipio, por lo que debía reconocérsele el pago de prestaciones.

**2.- Contestación de la demanda y tesis de la demandada (fls. 91-100):**

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda alegando que **i)** los contratos de prestación de servicios no originan una relación laboral, por lo que no se causan prestaciones, y su término de permanencia se encuentra estrechamente ligado al cumplimiento del objeto contractual, y que **ii)** el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado si se demuestran los tres elementos propios de la relación laboral (prestación personal del servicio, la contraprestación por el servicio prestado y la continuada subordinación).

Para el caso concreto, refiere que la situación fáctica permite avizorar la presencia de los dos primeros elementos, pero no del segundo, esto es la subordinación y dependencia, pues se confunde con las actividades de coordinación en la ejecución contractual que indica muchas veces implican el cumplimiento de un horario, recibir instrucciones y presentar informes de resultados, sin que eso configure el elemento de la subordinación propio del contrato laboral; sin embargo insiste que no se encuentra probado en la

actuación el cumplimiento de horario, ni el recibo de instrucciones ni que la trabajadora cumpliera sus funciones en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público.

### **3. Alegatos de conclusión:**

Corrido el traslado para alegar de conclusión (fl. 170-171) dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 24 de julio de 2019, la **parte actora** presentó sus alegaciones mediante escrito allegado el 08 de agosto de 2019 (fls. 175-178), reseñando los hechos de la demanda y el trámite judicial adelantado, indicando que en la actuación se demostró que las actividades asignadas a la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO corresponden al rol misional del municipio. Destaca, que de acuerdo con los testimonios de NELLY CECILIA FORERO MORALES, ROSA NUBIA y WILLIAM GIOVANY (sic) se estableció que la demandante cumplía un horario fijado por la administradora de cada periodo, que debía pedir permiso para ausentarse y que si faltaba se le hacían llamados de atención; que para el desarrollo de su actividad debía portar un carné y un overol que llevaba impreso el logo y que identificaba como empleada de la Alcaldía Mayor de Tunja.

Asegura, que el municipio de Tunja al contratar a la demandante mediante un contrato de prestación de servicios para desempeñar una función de carácter permanente debió haber creado el empleo conforme lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005; por lo que concluye, que el Municipio de Tunja no logró desvirtuar los tres elementos esenciales de un contrato laboral, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

A su turno, el apoderado del **Municipio de Tunja** presentó alegaciones (fl. 173- 174) indicando que se debe tener en cuenta la tacha de los testimonios de los señores WILLIAM GIOVANNI ARIAS CANO y NELLY CECILIA FORERO MORALES presentada en la audiencia de pruebas, toda vez estos ciudadanos demandaron al municipio de Tunja por circunstancias similares y en esa medida, sus versiones podrían carecer de objetividad e imparcialidad. Al respecto indica, que prueba de esto, es que las declaraciones estaban preparadas, no fueron genuinas, ni auténticas las cuales pretendían encauzar al Juez en una convicción errada en favor de la demandante.

Finalmente aduce, que quedó demostrado que la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO prestó sus servicios al municipio de Tunja bajo el amparo de un contrato de prestación de servicios el cual se desarrolló bajo la supervisión de un tercero, quien a través del administrador de las plazas de mercado coordinaba la realización de actividades las cuales eran asignadas al inicio de cada mes y debían ser prestadas bajo ciertos parámetros en los días y horarios en que funcionan las plazas de mercado, el cual indica es un servicio estatal.

Por lo que insiste en que no concurren los tres elementos que configuran la relación laboral, solicitando así, se denieguen las suplicas de la demanda.

El **Ministerio Público** se abstuvo de emitir concepto.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si con ocasión de la ejecución de prestación de servicios, se configuró una relación laboral entre la demandante ANA DEL ROSARIO ALVARADO y el MUNICIPIO DE TUNJA, por el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015. En caso afirmativo, corresponderá determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos y prestaciones sociales ocasionados con la prestación de servicios.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

### **2. MARCO JURÍDICO:**

#### **Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral.**

El contrato de prestación de servicios se encuentra consagrado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que en su tenor literal prescribe:

**"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...)

**3o. Contrato de Prestación de Servicios.** *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."*

Con fundamento en su definición legal, el Consejo de Estado concluyó en sentencia de unificación sobre la existencia de relación de trabajo en la labor docente, que "...el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir

*actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual..”.*

Ahora bien, en el análisis de constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 realizado a través de la sentencia C-154 de 1997 se condicionó su interpretación, en el entendido que el contrato de prestación de servicios no genera relación laboral alguna, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada, bajo los siguientes argumentos:

*“...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...**” (Resalta el Despacho).*

Pues bien, el anterior razonamiento propugnó por la protección de los principios mínimos fundamentales del trabajador, elevados a rango constitucional a través del artículo 53 de la Constitución Política, que entre otros, prevé la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y se contrajo a limitar el alcance dado por las autoridades administrativas a la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, fundado en la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales:

Así entonces, estableció la citada sentencia que deberá darse aplicación al **principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades** establecidas por los sujetos de las relaciones laborales cuando quiera que se haya optado por la suscripción de contratos de prestación de servicios con el objeto de ocultar una relación laboral; máxima que se concreta *"en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal"*. Al respecto, se puntualizó en que además de la forma legal que se adopte, lo que determina la naturaleza de la relación jurídica entre el Estado y sus trabajadores, es la existencia del elemento subordinación o dependencia.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, son elementos esenciales del contrato de trabajo: **i)** que se presten servicios personales, **ii)** se pacte o ejerza una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, **iii)** se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado.

Con fundamento en lo antes expuesto, el Consejo de Estado ha edificado una línea jurisprudencial dirigida a señalar que para que sea procedente la declaración judicial del contrato realidad, debe acreditarse la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, esto es, la realización de funciones de forma personal, el recibo de una remuneración como contraprestación y la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública. Así, explicó:

*"En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales."*<sup>1</sup>

De manera particular, sobre lo que implica la subordinación o dependencia en el marco de una relación laboral, el Consejo de Estado ha explicado que *"...es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo..."*<sup>2</sup>, y que la misma no puede confundirse con la coordinación como forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como

<sup>1</sup> Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO S.C.A. S.2. SUBSECCIÓN B. C.P. DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Sentencia de 17 de agosto de 2017. Expediente N°: 68001-23-33-000-2014-00627-01 (4696-15) Demandante: Janeth Smith Fernández Caballero. Demandado: E.S.E. Hospital San Juan de Ojos de Girón.

quiera que *"...entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación..."*<sup>3</sup>.

Se concluyó en este último pronunciamiento que a efectos de demostrar la existencia de una relación laboral, al interesado le corresponde acreditar de manera irrefutable la subordinación y dependencia, así como el desempeño de funciones públicas en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, *"...siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales..."*.

Ha de tenerse en cuenta que en virtud de la prohibición prevista en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil», modificado por el Decreto 3074 de 1968, no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes, pues para el efecto, deberán crearse los empleos correspondientes. Dicha disposición fue objeto de control abstracto de constitucionalidad a través de la sentencia C-614 de 2009<sup>4</sup>, por medio de la cual, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad y concretó algunos criterios que definen la *permanencia* como un elemento que junto con la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta ser determinante para establecer la existencia de una relación laboral, así:

**i) Criterio funcional:** Alude a que la función que se contrata es de aquellas asignadas a la entidad pública por virtud del reglamento, la ley y la Constitución.

**ii) Criterio de igualdad:** Cuando las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad.

**iii) Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas son cotidianas e implican el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor. Dicho de otro modo, *"...si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona..."*

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO S.C.A. S.2. SUBSECCIÓN B. C.P. DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Sentencia de 6 de mayo de 2015. Expediente Nº: 05001-23-31-000-2002-04865-01 (1923-12) Demandante: Wilson de Jesús Quintana Romero. Demandado: Municipio de Hispánia-Antioquia.

<sup>4</sup> Sentencia C-614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

**iv) Criterio de la excepcionalidad:** Tratándose de actividades nuevas que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de labores transitorias, podrá la administración acudir a un contrato de servicios para su cumplimiento. Por el contrario, si la gestión contratada tiene como objeto el desempeño de funciones del giro ordinario de la administración, necesariamente surgirá una relación laboral.

**v) Criterio de la continuidad:** Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración o de carácter permanente.

Estos razonamientos han sido desarrollados por la jurisprudencia para delimitar la permanencia de las labores, sin que en todos los casos en que se advierta la existencia de una relación laboral, sea posible su verificación absoluta. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá ha enfatizado en que *"...los anteriores son parámetros que permiten determinar las características del vínculo, pueden presentarse uno o varios, pero no es necesaria la concurrencia de todos..."*<sup>5</sup>.

Ahora, para definir en quién recae el deber de probar los elementos antes mencionados, la misma Corporación ha partido de la presunción contenida en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que refiere a que *"En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"*, señalando que se trata de una presunción *iuris tantum*, esto es, que puede ser controvertida y desvirtuada *"de tal manera que, en asuntos como el presente, **quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae"***<sup>6</sup> (Resalta el Despacho).

Destaca el Despacho que el deber de probar los supuestos de hecho que desvirtúan la presunción, en los términos del artículo 166 del CGP<sup>7</sup>, implica para el interesado demostrar los tres elementos del contrato de trabajo así como la permanencia de la labor desarrollada y la similitud con las labores de

<sup>5</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Rad. 2016-0105 Demandante: Claudia Andrea García Artunduaga. Demandado: Departamento de Boyacá. Sentencia de 16 de mayo de 2019. Rad. 2016-0093 Demandante: Ciro Armando Pulido Aguilar. Demandado SENA. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO S.C.A. S.2. SUBSECCIÓN 8. C.P.DRA. SANORA LISSET IBARRA VÉLEZ Sentencia de 18 de mayo de 2017 Expediente N°: 660012333000201300408 01 (0090-2015) Demandante: Roberto Carlos Martínez O'byrne. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. Sentencia de 17 de agosto de 2017. Expediente N°: 68001-23-33-000-2D14-00627-01 (4696-15) Demandante: Janeth Smith Fernández Caballero. Demandado: E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Girón.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

un servidor público, que en su conjunto deben llevar al juez a concluir que existió una verdadera relación laboral. Como ya se señaló, la actividad personal y la remuneración en ocasiones pueden ser aspectos comunes en los dos escenarios que aquí se analizan, por tanto, resulta ser la subordinación el elemento diferenciador que permite identificar el vínculo jurídico que existió entre el trabajador y el Estado, y de cuya comprobación surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

En suma, es claro que las entidades estatales cuentan con potestad legal para suscribir contratos de prestación de servicios, con el objeto de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, los cuales podrán celebrarse con personas naturales solo cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, y que además tal vínculo contractual no podrá generar relación laboral ni prestaciones sociales en favor del contratista.

No obstante, cuando se advierta que a través de dicha figura se oculta una verdadera relación laboral, debe prevalecer el principio mínimo fundamental de la realidad sobre las formas, en cuyo caso corresponde al interesado desvirtuar la presunción que en favor del empleador está consagrada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, probando la permanencia en la labor y la concurrencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, esto es, prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación y subordinación o dependencia, acreditando frente a este último elemento que no se trata de la necesaria coordinación que puede existir en el marco de un contrato de prestación de servicios.

Por último, resalta el Despacho que sin perjuicio de que se declare judicialmente la existencia de la relación laboral y se ordene el pago de los derechos económicos laborales a que haya lugar, el contratista no adquiere la calidad de empleado público, *"dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión"*<sup>8</sup>.

### **3.- CASO CONCRETO:**

De acuerdo con los fundamentos normativos y jurisprudenciales desarrollados en precedencia, corresponde al Despacho determinar si en el presente caso se acreditan los elementos que determinan la existencia del denominado "contrato realidad", que según se reseñó, aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, radicación No. 25000234200020130411701, referencia Nro. 2813-16, actor: Oscar Daniel Múnera Salinas, demandado: Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales<sup>9</sup>.

### Hechos probados:

- La señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO se vinculó directamente con el Municipio de Tunja para realizar actividades de servicios generales en las Plazas de Mercado del sur y norte de la ciudad, de la siguiente forma:

CONTRATO	DURACIÓN	PERÍODO	OBJETO	FORMA DE PAGO
<b>No.412</b> (fl. 110- 112)	<b>6 Meses</b>	24 de enero de 2014 a 23 de julio de 2014. (Adm. fl. 134 Cd.)	PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA APOYAR LA GESTIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA EN LA PRESTACIÓN DE <b>SERVICIOS GENERALES</b> EN LAS PLAZAS DE MERCADO DEL SUR Y NORTE DE LA CIUDAD DE TUNJA	El Municipio pagará al contratista el valor del presente contrato, en seis (06) pagos mensuales de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.200.000)
<b>No. 724</b> (fl. 113-115)	<b>5 Meses</b>	28 de julio de 2014 a 17 de diciembre de 2014 (C. Adm. fl. 134 Cd.)	BRINDAR APOYO A LA GESTIÓN EN LA PRESTACIÓN DE <b>SERVICIOS GENERALES</b> EN LAS PLAZAS DE MERCADO DEL NORTE Y SUR DEL MUNICIPIO DE TUNJA	El Municipio pagará al contratista el valor del presente contrato, en cinco (05) pagos mensuales de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.200.000).
<b>No. 019</b> (fls. 116-118)	<b>8 Meses</b>	02 de enero de 2015 a 01 de septiembre de 2015. (C. Adm. fl. 134 Cd.)	APOYAR LA GESTIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA EN LA PRESTACIÓN DE <b>SERVICIOS GENERALES</b> EN LAS PLAZAS DE MERCADO PÚBLICAS DE LA CIUDAD DE TUNJA.	El Municipio pagará al contratista el valor del presente contrato, en ocho (08) pagos mensuales de UN MILLÓN DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$1.260.000)
<b>Adición No. 01 Contrato No. 019</b> (C. Adm. fl. 134 Cd. - fl. 93-94)	<b>2 Meses</b>	Hasta 31 de octubre de 2015 C. Adm. fl. 134 Cd.)		Dos (2) actas parciales mensuales vencidas por valor de UN MILLÓN DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$1.260.000).
<b>Adición No. 02 y Prorroga No. 2 Contrato No. 019</b> (C. Adm. fl. 117-1184 Cd. - fl. 117-118)	<b>2 Meses</b>	Hasta 30 de Diciembre de 2015 (C. Adm. fl. 134 Cd.- fl 138)		Dos (2) actas parciales mensuales vencidas por valor de UN MILLÓN DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$1.260.000).

<sup>9</sup> Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

- Que de acuerdo al informe presentado por el apoyo logístico de la gestión de las Plazas de Mercado de la Ciudad de Tunja, correspondiente al contrato de prestación de servicios No. 011 de 2015, la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO como contratista hacia parte del "ESCUADRÓN 1" y "PLAZA NORTE" para la atención del servicio de aseo de lunes a viernes en las Plazas de Mercado Públicas de la ciudad de Tunja (fl. 53-60)
- Que conforme al Resolución No.2225 de 2006 *"Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias laborales de todos los empleos que conforma la planta Central del Municipio de Tunja"*<sup>10</sup> (vigente para los años 2014-2015 fl. 150), dentro de la planta de personal registrada por la entidad demandada se encontraban los siguientes cargos:
  - NIVEL ASISTENCIAL - AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES- Código 470, Grado Salarial: N.E., Números de cargos UNO (1), adscrito a la Secretaría Administrativa, cuyas funciones corresponden a:
    1. *Responder, por la adecuada y oportuna provisión de los servicios de cafetería, con el fin de atender a los funcionarios y usuarios que se le indiquen.*
    2. *Trasladar, bienes tanto interna como externamente a entidades o personas relacionadas con la Alcaldía, con el fin de contribuir en la organización de la administración municipal.*
    3. *Mantener, en perfecto estado de aseo y orden físico, las dependencias o instalaciones que le sean asignadas, con el fin de presentar una imagen adecuada e higiénica a la comunidad en general.*
    4. *Las demás funciones que sean asignadas por el Jefe Inmediato y que tengan relación con las actividades propias de la dependencia.*
  - NIVEL ASISTENCIAL - AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES- Código 470, Grado Salarial: 05, Número de cargos DIECIOCHO (18), adscrito a la Secretaría Administrativa. Oficina de Control Interno y Secretaría de Protección Social, cuyas funciones corresponden a:
    1. *Responder, por la adecuada y oportuna provisión de los servicios de cafetería, con el fin de atender a los funcionarios y usuarios que se le indiquen.*
    2. *Trasladar, bienes tanto interna como externamente a entidades o personas relacionadas con la Alcaldía, con el fin de contribuir en la organización de la administración municipal.*
    3. *Mantener, en perfecto estado de aseo y orden físico, las dependencias o instalaciones que le sean asignadas, con el fin de presentar una imagen adecuada e higiénica a la comunidad en general.*

<sup>10</sup> Modificada mediante la Resolución 0002 de 2008 y 0453 de 2015 (vigencia a partir del 29 de diciembre de 2015) ver fl. 153 Cd.

4. *Las demás funciones que sean asignadas por el Jefe Inmediato y que tengan relación con las actividades propias de la dependencia.* (fl. 153 Cd.).

- A través de solicitud radicada el día 21 de noviembre de 2017 con número de registro 31032 (1.3.8-4-1/2017/E/31032), la demandante reclamó el reconocimiento de prestaciones sociales debidamente indexadas, correspondientes a los períodos del 24 de enero de 2014 al 24 de junio de 2014 (sic), del 28 de julio de 2014 al 28 de diciembre de 2014 y del 2 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015 (fl. 45-44).
- La anterior solicitud fue negada por el Municipio de Tunja por medio de la Resolución No. 499 del 30 de noviembre de 2017 *"Por la cual se decide una reclamación Administrativa"* (fl. 9-11), decisión que fue notificada el 19 de diciembre de 2017 (fl. 12).
- El día 04 de enero de 2018 mediante Número de registro No. 1.3.8-4-1/2018/E/186, la demandante interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 499 del 30 de noviembre de 2017 (fl. 13-15); siendo resuelto mediante Resolución No. 0079 del 09 de marzo de 2018, en la que se mantuvo la decisión de negar lo pedido por la demandante (fl. 18-23).

Precisado lo anterior, y en aras de desarrollar el problema jurídico planteado el Despacho procederá a analizar si en el caso concreto concurren cada uno de los elementos que configuran la relación laboral, así:

- **Prestación personal del servicio.**

En los mencionados contratos de prestación de servicios, se fijaron como obligaciones específicas de la contratista las que a continuación se describen:

**"1 Apoyar la gestión del Municipio de Tunja en la *prestación de servicios generales* en las Plazas de Mercado del Sur y Norte de la Ciudad de Tunja. 2) *Realizar las actividades de aseo en las frecuencias establecidas por la administración y/o supervisor del contrato*, en las áreas comunes de las plazas de mercado del Sur y norte de la ciudad de Tunja 3) *Realizar las actividades de barrido, limpieza y desinfección de las áreas comunes de la plaza de mercado de acuerdo con los cronogramas de la administración* 4) *Barrido, recogido y disposición de los desechos en los contenedores y sitios dispuestos para tal fin en cada una de las secciones que conforman las plazas de mercado* 5) *Lavado del pabellón de cárnicos y disposición de los residuos en los contenedores* 6) *El personal contratado para aseo, debe hacer la limpieza de todas las instalaciones de las plazas de mercado del sur y norte previa organización por parte del administrador.*" (Resaltado del Despacho) (Contratos No. 412**

de 2014 fl. 110-112, No. 724 de 2014 fls.113-115 y No. 019 de 2015 fls. 116-118).

Así entonces, es claro que el objeto de los contratos y la naturaleza de las labores impuestas como obligaciones, implicaron necesariamente la prestación personal y directa de los servicios de la accionante.

#### • **Remuneración.**

Frente a este elemento, se encuentra probado que en los contratos de prestación de servicios suscritos, se pactó el pago de honorarios en cuotas mensuales, y de manera consecuente obran actas de terminación y recibo final a satisfacción firmadas por el Secretario de Desarrollo del Municipio de Tunja en su calidad de supervisor de los contratos, en las que constan los valores a pagar, así:

- Del 24 de enero al 23 de febrero de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 42)
- Del 24 febrero al 23 de marzo de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 54)
- Del 24 de marzo al 23 de abril de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 61)
- Del 24 de abril al 23 de mayo de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 68)
- Del 24 de mayo al 23 de junio de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 75-76)
- Del 24 de junio al 23 de julio de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 81-82)
- Del 28 de julio al 27 de agosto de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 47- 48)
- Del 28 de agosto al 27 de septiembre de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 53-54)
- Del 28 de septiembre al 27 de octubre de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 59-60)
- Del 28 de octubre al 27 de noviembre de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 64-65)
- Del 28 de noviembre al 17 de diciembre de 2014: \$1.200.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 74-75)
- Del 2 de enero al 1º de febrero de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 42-43)
- Del 2 de febrero al 1º de marzo de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 49-50)
- Del 2 de marzo al 1º de abril de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 55-56)

- Del 2 de abril al 1º de mayo de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 61-62)
- Del 2 de mayo al 1º de junio de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 67-68)
- Del 2 de junio al 1º de julio de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 73-74)
- Del 2 de julio al 1º de agosto de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 79-80)
- Del 2 de agosto al 1º de septiembre de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 97-98)
- Del 2 de septiembre al 1º de octubre de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 103-104)
- Del 2 de octubre al 31 de octubre de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 121-122)
- Del 1º de noviembre al 30 de noviembre de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 127-128)
- Del 1º de diciembre al 30 de diciembre de 2015: \$1.260.000 (fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 138-139)

En dichas actas, se hizo constar que la contratista cumplió con el objeto contractual, señalando: *"el suscrito SUPERVISOR del Contrato en mención, manifiesto que he recibido a satisfacción el informe correspondiente al período de pago mencionado, presentado por el CONTRATISTA, quien cumplió a satisfacción y dentro de los términos contractuales con las obligaciones establecidas en el contrato..."* (Actas suscritas a partir del 26 de junio de 2014 fl. 134 Cd. C. Adm. fl. 75).

Por tanto, se encuentra suficientemente probado que una vez la contratista presentaba el informe mensual de cumplimiento de las obligaciones contractuales, se ordenaba el pago de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios como contraprestación a la labor realizada, quedando así acreditado el elemento de la remuneración.

- **Subordinación y dependencia continuada.**

En los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, este es considerado como elemento esencial del contrato de trabajo, así:

*"...b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país (...)"* (Resalta el Despacho)

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

*«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.*

*Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»<sup>11</sup>*

Esta definición ha sido adoptada por el Consejo de Estado para referirse a los supuestos que deben ser demostrados para acreditar la subordinación como elemento determinante para distinguir la relación laboral de los contratos estatales de prestación de servicios, señalando que *"...se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales..."*

Adicionalmente, la misma Corporación ha señalado que le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia<sup>12</sup>. En cuanto a este último aspecto, se señaló en la sentencia que se tomó como base para emitir los recientes pronunciamientos, que *"...se ha **aceptado reconocer a TITULO DE INDEMNIZACIÓN las prestaciones sociales (que hubiera podido devengar de haber sido empleado público) teniendo el tiempo laborado y los "honorarios pactados" en el contrato de prestación de servicios en aras de una "equidad" hasta donde es factible, cuando se ha demostrado plenamente que la persona ha desempeñado una labor "similar" a la de un empleado público, en misión relevante al ejercicio de función administrativa propia de la entidad, aunque no exista el empleo...**"*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, radicación No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, referencia No. 0316-2014, actor: Magda Viviana Garrido Pinzón demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUIJ2-005-16.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia No. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Así entonces, descendiendo al caso concreto, tenemos que inicialmente las partes suscribieron el **Contrato No. 412 del 24 de enero de 2014**, en el que se pactaron obligaciones a cargo de la contratista ANA DEL ROSARIO ALVARADO consistentes en realizar prestación de servicio de aseo y limpieza de las áreas comunes y otros sectores de las plazas de mercado del Municipio de Tunja, conforme a los reglamentos internos.

En cuanto a la forma en que fueron cumplidas las obligaciones contractuales, se consignó en los informes parciales de actividades suscritos por el supervisor y la contratista, lo siguiente:

Del 24 de enero al 23 de febrero de 2014	Del 24 de febrero al 23 de junio de 2014	Del 24 junio al 23 julio de 2014
<p>ACTIVIDAD-</p> <p><b>VIERNES 21/01</b> ASEO PLAZA GENERAL HORARIO ESPECIAL - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE BASURAS Y DESPERDICIOS SÓLIDOS</p> <p><b>SÁBADO 25/01</b> REPASADO GENERAL Y ASEO PABELLÓN GRANO - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE BASURAS Y DESPERDICIOS SÓLIDOS</p> <p><b>LUNES 27/01</b> LAVADO CÁRNICOS, REPASADA GENERAL, PABELLONES, REPASADA CALLE 7 COSTADO CASSETAS Y ALUMINIOS - TAREA LAVADO Y DESINFECCIÓN BARRIO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA</p> <p><b>MARTES 28/01</b> LÍNEA PEAJE UNO, GANADO Y PABELLONES - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS</p> <p><b>MIÉRCOLES 28/01</b> PABELLONES UNO, GANADO Y PABELLONES - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE BASURAS Y DESPERDICIOS SÓLIDOS</p> <p><b>JUEVES 30/01</b> CEBOLLA, MAYORISTA, PLAZUELA, POTRERO, GANADO - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE BASURAS Y DESPERDICIOS SÓLIDOS - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y SACADA DE CANECAS</p> <p><b>VIERNES 31/01</b> BARRIDO DE LA PLAZA, ASEO GENERAL TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA</p> <p><b>SÁBADO 1/02</b> BARRIO PAPA Y REPASO PLA EN GENERAL DEL VIERNES - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS ORGÁNICOS</p> <p><b>LUNES 03/02</b> LAVADO CÁRNICOS, REPASADA GENERAL, PABELLONES, REPASADA CALLE 7 COSTADO CASSETAS Y ALUMINIOS - TAREA LAVADO Y DESINFECCIÓN BARRIO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA</p> <p><b>MARTES 04/02</b> RAMPLA GANADO CEBOLLA LÍNEA DE MAYORISTAS Y PABELLONES TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS ORGÁNICOS</p> <p><b>MIÉRCOLES 05/02</b> PABELLONES, PRADO, PLAZUELA, GANADO, MAYORISTAS Y REPASADA GENERAL - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA</p>	<p>ACTIVIDAD-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Apoyo en las actividades de las plazas de mercado</li> <li>• Acompañamiento y apoyo en el aseo de las plazas de mercado de Tunja</li> <li>• Realización de actividades relacionadas con la presentación de servicio de poda</li> <li>• Apoyo en la fumigación de las plazas de mercado de Tunja</li> <li>• Apoyo y lavado y desinfección de cárnicos y comidas</li> <li>• Acompañamiento y apoyo barrido y re barrido general en las plazas de mercado de Tunja (Según actas a folios 55, 62 69, y 77 C. Adm.).</li> </ul>	<p>ACTIVIDAD-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Prestación de servicios generales en las plazas de mercado del sur y norte de la ciudad de Tunja</li> <li>• Se realizó a cabalidad las actividades de aseo en las frecuencias establecidas por la administración y el supervisor del contrato.</li> <li>• Se llevó a cabo actividades de barrido, limpieza y desinfección de las áreas comunes de las plazas de mercado de acuerdo con los cronogramas de la administración</li> <li>• Se efectuó barridos, recogida y disposición de los desechos en los contenedores y sitios dispuestos para tal fin en cada de una de las secciones que conforman las plaza de mercado.</li> <li>• Se realizó lavado y desinfección de los pabellones de cárnicos de acuerdo con las frecuencias establecidas por la administración</li> <li>• Se realizó aseo y limpieza de todas las instalaciones de las plazas de mercado del sur y norte de acuerdo a la organización por parte de la administración. (Según acta a folio 84- C. Adm.).</li> </ul>

**JUEVES 06/02** LAVADO CÁRNICOS, REPASADA CEBOLLA, PABELLONES, REPASADA CALLE 7 COSTADOS CASSETAS Y ALUMINIOS - TAREA LAVADO Y DESINFECCIÓN BARRIO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA

**VIERNES 07/02** ASEO GENERAL PLAZA , HORARIO ESPECIAL-TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA PLAZA DEL SUR

**SÁBADO 08/02** REPASADA GENERAL Y ASEO PABELLÓN GRANO, PAPA - TAREA BARRIDO RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS ORGÁNICOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER

**LUNES 10/02** PLAZA DEL NORTE - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS ORGÁNICOS

**MARTES 11/02** RAMPLA GANADO CEBOLLA LÍNEA DE MAYORISTAS Y PABELLONES TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS ORGÁNICOS

**MIÉRCOLES 12/02** PABELLONES, PRADO, PLAZUELA, GANADO, MAYORISTAS Y REPASADA GENERAL - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA

**JUEVES 13/02** PLAZUELA CEBOLLA, FRUTAS, MAYORISTA Y REPASADA GENERAL - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y SACADA DE CANECAS

**VIERNES 14/02** ASEO GENERAL PLAZA , HORARIO ESPECIAL-TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTEINER

**SÁBADO 15/02** ASEO GENERAL PLAZA , HORARIO ESPECIAL-TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTEINER

**LUNES 17/02** LAVADO CÁRNICOS, REPASADA GENERAL, PABELLONES, REPASADA CALLE 7 COSTADO CASSETAS Y ALUMINIOS - TAREA LAVADO Y DESINFECCIÓN BARRIO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA

**MARTES 18/02** LAVADO CÁRNICOS, REPASADA GENERAL, PABELLONES, REPASADA CALLE 7 COSTADO CASSETAS Y ALUMINIOS - TAREA LAVADO Y DESINFECCIÓN BARRIO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA

**MIÉRCOLES 19/02** PABELLONES, PRADO, PLAZUELA, GANADO, MAYORISTAS Y REPASADA GENERAL - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER DE BASURA

**JUEVES 20/02** PLAZUELA CEBOLLA, FRUTAS, MAYORISTA Y REPASADA GENERAL- TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE BASURAS Y DESPERDICIOS SÓLIDOS - TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y SACADA DE CANECAS

**VIERNES 21/02** ASEO GENERAL PLAZA, HORARIO ESPECIAL-TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER

**SÁBADO 22/02** ASEO GENERAL PLAZA, HORARIO ESPECIAL-TAREA BARRIDO Y RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SOLIDOS Y TRANSPORTE AL CONTAINER. (fl. 43-45 C. Adm.).

A su vez, en el **Contrato No. 724 del 28 de julio de 2014**, se pactaron las mismas obligaciones con la contratista ANA DEL ROSARIO ALVARADO

relacionadas con la prestación de servicios generales en las Plazas de Mercado del Norte y Sur del Municipio de Tunja, las cuales se cumplieron conforme los informes parciales entre el 28 de julio al 17 de diciembre, adelantando las siguientes actividades:

"(...)

- *Prestación de servicios generales en las plazas de mercado del sur y norte de la ciudad de Tunja*
- *Se realizó a cabalidad las actividades de aseo en las frecuencias establecidas por la administración y el supervisor del contrato.*
- *Se llevó a cabo actividades de barrido, limpieza y desinfección de las áreas comunes de las plazas de mercado de acuerdo con los cronogramas de la administración*
- *Se efectuó barridos, recogida y disposición de los desechos en los contenedores y sitios dispuestos para tal fin en cada de una de las secciones que conforman las plaza de mercado.*
- *Se realizó lavado y desinfección de los pabellones de cárnicos de acuerdo con las frecuencias establecidas por la administración*
- *Se realizó aseo y limpieza de todas las instalaciones de las plazas de mercado del sur y norte de acuerdo a la organización por parte de la administración"* (Según actas a folios 49, 55, 60, 66, 70- C. Adm.).

En el **Contrato No. 019 del 02 de enero de 2015**, se pactaron iguales obligaciones con la contratista ANA DEL ROSARIO ALVARADO concernientes al apoyo en la prestación de los servicios generales en las Plazas de Mercado Públicas de la ciudad de Tunja, por lo que durante el plazo de ejecución del referido contrato (02 de enero al 30 de diciembre de 2015), se rindieron informes parciales de actividades, que dieron cuenta de las funciones que se cumplieron mensualmente, así:

<b>Del 02 de enero al 01 de abril de 2015</b>	<b>Del 02 de abril al 01 de octubre de 2015</b>	<b>Del 02 de octubre al 30 de diciembre de 2015</b>
<p><b>ACTIVIDAD</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Se apoyó la gestión del municipio de Tunja en la prestación de servicios generales en las plazas de mercado a cargo de la administración de la ciudad de Tunja.</i></li> <li>• <i>Se realizó a cabalidad las actividades de aseo en las frecuencias establecidas por la administración y el supervisor del contrato.</i></li> <li>• <i>Se llevó a cabo actividades de barrido, limpieza y desinfección de las áreas comunes de las plazas de mercado de acuerdo con los cronogramas de la administración</i></li> <li>• <i>Se efectuó los barridos, recogida y disposición de los desechos en los contenedores y sitios dispuestos para tal fin en cada de una de las secciones que conforman las plaza de mercado.</i></li> <li>• <i>Se realizó el lavado y desinfección de los pabellones de cárnicos de acuerdo con las frecuencias establecidas por la administración</i></li> <li>• <i>Se realizó aseo y limpieza de todas las instalaciones de las plazas de mercado del sur y norte de acuerdo a</i></li> </ul>	<p><b>ACTIVIDAD</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Apoyó la gestión del municipio de Tunja en la prestación de servicios generales en las plazas de mercado a cargo de la administración de la ciudad de Tunja.</i></li> <li>• <i>Realizó a cabalidad las actividades de aseo en las frecuencias establecidas por la administración y el supervisor del contrato.</i></li> <li>• <i>Llevó a cabo actividades de barrido, limpieza y desinfección de las áreas comunes de las plazas de mercado de acuerdo con los cronogramas de la administración</i></li> <li>• <i>Efectuó los barridos, recogida y disposición de los desechos en los contenedores y sitios dispuestos para tal fin en cada de una de las secciones que conforman las plaza de mercado.</i></li> <li>• <i>Realizó el lavado y desinfección de los pabellones de cárnicos de acuerdo con las frecuencias establecidas por la administración</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Se llevaron a cabo labores de aseo en la Plaza de Mercado del Sur en un horario de lunes a jueves de 8:00 a.m. a 12 m y 2:00 p.m. a 6:00 p.m. y los días viernes en un horario de 4 p.m. a terminar labores.</i></li> <li>• <i>Los días sábados desde las 8:00 a.m. a culminación de labores. Una vez en el mes se efectuó cambio de funciones al asistir a la Plaza de Mercado del Norte en un horario de Sábados de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. y lunes de 8:00 a.m. a la terminación de las funciones de aseo de los espacios comunes de las mismas.</i></li> <li>• <i>Las actividades a realizar se efectuaban de lunes a viernes barrido general de la plaza de mercado del Sur en el transcurso del día empezando los sectores de ropa de II, mayoristas, cebolla, Fruta, Lichigo II, línea, aluminio y hierbas.</i></li> <li>• <i>Los días lunes y miércoles se efectuó lavado y desinfección en las horas de la tarde del sector de cárnicos, sin embargo todos los días se desocupa las canecas y barrido de</i></li> </ul>

<i>la organización por parte de la administración.” (Actas a folio 44, 51 y 57 C. Adm.).</i>	<i>• Realizó aseo y limpieza de todas las instalaciones de las plazas de mercado del sur y norte de acuerdo a la organización por parte de la administración.” (Actas a folios 63, 69, 75, 81, 99 y 105 C. Adm.).</i>	<i>este sector. (Según actas a folios 123, 129 y 133 C. Adm.).</i>
--	---	--

En cuanto a la forma en que se desarrollaron tales actividades, se indagó a la accionante quien manifestó lo siguiente:

**ANA DEL ROSARIO ALVARADO.** *“...yo empecé a trabajar el 24 de enero de 2014 con la Alcaldía, haciendo labores de aseo en las plazas de mercado, tanto en el sur como del norte... hasta el 31 de diciembre de 2015”.* Indicó que trabajaba todos los días de lunes a sábado, y al preguntársele respecto del horario manifestó: *“el horario era de lunes a jueves era de 8 a 7 con una hora de almuerzo y el viernes dentrabamos las 4 de la tarde y terminábamos a la 1 de la mañana”.* En cuanto a las labores realizadas señaló: *“yo llegaba a mi sitio de trabajo y empezaba cogiendo mi herramientas que era un cepillo, dos tablas con que se recogía la basura, una carretilla y el cepillo para barrer y me dirigía al área que la señora administradora nos asignaba, digamos a mí me tocaba el sector de mayoristas”.* Agregó, que la programación le era asignada por la señora NINI JOHANA JIMÉNEZ como administradora de la Plaza de Mercado la cual manifestó hacía una reunión cada quince (15) días para entregarles la programación. Respecto del cumplimiento de las labores señaló que la administradora pasaba revista todos los días con el fin de verificar si las labores de aseo se adelantaban en debida forma, salvo los días viernes que se realizaba la revisión el día sábado por la mañana.

A la pregunta frente a la solicitud de permisos o trámite de incapacidades durante el desarrollo de las labores encomendadas por el Municipio de Tunja la demandante indicó: *“cuando había que pedir permiso nos tocaba avisar con tiempo, pero nos tocaba reponer el tiempo ósea avisando a la administradora a la Doctora NINI JOHANA o MÓNICA MEDINA que eran las administradoras de las plazas...accidentes tuve un el 20 de agosto que sufrí en la mano izquierda iba con una carretilla de hoja de cebolla que estaba lloviendo habían una estibas y el arrumbe de canastillas llenas de cebolla pues entonces claro con la carretilla llegue y cayeron las estibas que son como unas tablas y cayeron sobre la mano izquierda lo cual tuve una incapacidad por 7 días”*, más adelante afirmó que el tiempo de incapacidad le fue descontado, de tal forma que una vez realizado el cobro de su pago le entregó los dineros correspondientes a los días de su incapacidad a la administradora para así cancelarle a quien realizó su reemplazo. En cuanto a los implementos para la ejecución de las labores refirió: *“recibimos un cepillo, escobas para lavar carritos y jabón y clorox”* <sup>14</sup>

Al respecto, también deben analizarse los testimonios rendidos dentro de la presente actuación, no sin antes advertir que el apoderado de la entidad

<sup>14</sup> Declaración de Parte- Audiencia de pruebas de fecha 10 de abril de 2019 (fl. 142-148)

demandada propuso frente a los testigos la tacha de que trata el artículo 211 argumentando que los testigos han promovido acciones judiciales por los mimos hechos y en contra de la misma entidad, no obstante, el Despacho se abstendrá de desestimarlos de plano, toda vez que lo que impone la norma antes citada es que cuando se proponga y sustente una tacha sobre la imparcialidad o credibilidad del testigo "el juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso", por lo que dicha duda no genera de entrada la necesidad de enjuiciar la admisibilidad o no de la prueba, sino que obliga a examinar con mayor rigor las declaraciones para verificar que sea consistente y objetiva<sup>15</sup>.

Por esta razón, se procederá al análisis de dichos elementos de prueba los cuales serán confrontados con los demás elementos de prueba allegados al expediente, de tal forma que se verifique si el motivo que genera la duda respecto de su imparcialidad afectó efectivamente la objetividad de las declaraciones.

**WILLIAM GIOVANI ARIAS CANO.** *"... la señora ROSA yo la distingo, pues cuando fuimos compañeros de trabajo de las plazas de mercado del sur y del norte cuando yo entre a trabajar, ella se encontraba ya laborando en ese lugar en el área de aseo, yo entré a trabajar también en el área de aseo en el mes de octubre a diciembre de 2014 entonces sé que labores hacia ella porque yo también las hacía, ya en el 2015 mi trabajo era como logístico y ella seguía en el área de aseo entonces me consta lo que ella hacía, por ejemplo en la plaza de mercado habían sectores se dividía en varias partes y la administración le asignaba un horario para ejercer dichas funciones por ejemplo de lunes a jueves era de 8 a 6 de la tarde y el día viernes que es el día de mercado principalmente era de 4 a 1 de la mañana o más, en cuanto a mí me consta porque yo hacia ese trabajo en el primer contrato... la señora administradora era quien nos informaba las funciones y nos daba el respectivo horario, también nos hacía reuniones temporales cada quince días para hacer llamados de atención, sugerencias, reclamos y respectivas funciones recordar las labores que estaban mal hechas y lo que estaba por mejorar. En el 2015 yo era logístico pero como éramos compañeros y trabajamos en el mismo sitio que son las plazas pues uno se encontraba con ella... a mí me consta que las dotaciones tenía la persona que comprarlas de su bolsillo".*

En cuanto a las funciones específicas, manifestó: *"...era barrido, lavado y desinfección de pabellones de las plazas de mercado"*, indicó que para la ejecución de dichas labores la administración le suministraba los elementos tales como cepillos y carretilla, y que el empleado compraba lo que tenía que ver con guantes y tapabocas. Manifestó, que la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO debía portar un overol con el distintivo de la Alcaldía, el cual debía ser comprado por el trabajador.

Frente a los días que laboraba la señora ALVARADO, aclaró: *"De lunes a viernes laboraba en el sur y en el norte los sábados y a veces los domingos"* En cuanto al

<sup>15</sup> Ref. Tribunal Administrativo de Boyacá 26 de junio de 2018 Rad. 152383333001201300173-02

horario refirió: *"Se entraba a las 7 de la mañana y salía a las 7 de las noche hasta que se cerraba el pabellón"*, horario que según señaló era exigido por la administración.

Respecto del cumplimiento de las labores y la vigilancia de estas, manifestó *"Quien vigilaba las actividades era la administradora en el 2014 era la Doctora NINI JOHANA y en el 2015 a partir de mayo era la señora MÓNICA MEDINA"*, expresó que se llevaba una bitácora del horario que se mantenía en el sector de la "papa"; además añadió *"... para mí la señora ROSA prestó servicio en toda la plaza porque cada quince días nos reunían y nos rotaban digamos hacían grupos y esta semana tal grupo hace tal sector nos iban rotando, por eso ella tanto mi persona hicimos toda la plaza tanto en ganado, papa, líchigo, cebolla, cárnicos en todos los sectores de la plaza ella trabajó"*.

En lo que tiene que ver con permisos para ausentarse del trabajo, indicó: *"Si, para ausentarse del trabajo o sacar un permiso tenía que pedirlo con anticipación a la administración..."* En cuanto a la pregunta de la parte demandante en lo que tiene que ver con sí la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO trabajó horas extras, expresó: *"Si claro, horas extras por ejemplo los viernes y los días festivos por ejemplo un domingo o un sábado"* aclaró: *"Lo comprendido son ocho horas por ejemplo el día sábado son 8 horas y de 7 a 7 son 12 entonces ahí trabajaba 4 más."*

Ahora en lo concerniente a la presentación de informes indicó, que la demandante debía presentar informes detallados de las funciones realizadas para tramitar la cuenta de cobro, la cual señaló se tramitaba ante la administración quien le daba visto bueno para continuar el proceso para el pago ante la Secretaría de Desarrollo.

**ROSA NUBIA MARTÍNEZ.** *"cuando yo dentre a trabajar en el 2014 en julio 16 ella ya estaba trabajando.... trabajaba en las dos plazas en la plaza del sur y en la plaza de norte trabajaba en la plaza de ganado, cárnicos, en la plaza de papa, todo sector de cebolla líchigo parqueadero todo"*

Respecto de las funciones específicas que cumplía la señora ANA DEL ROSARIO manifestó: *"Todo lo que se llama aseo, desinfección, barrido en cárnicos, lo mismo en el norte, tocaba hacer lavado de cocina y de todo"*. En cuanto a los días en que laboraba la demandante señaló: *"De lunes a sábado"*; frente al horario afirmó: *"de 7 de la mañana a 6 de la tarde"*, aclaró: *"De lunes a viernes trabajaba en la del sur, y el sábado en la del norte, el lunes también le tocaba ir a norte, el que trabajaba el día sábado en el norte le tocaba repetir el día lunes en el norte"*.

En cuanto a la persona encargada de la verificación de las labores y la imposición de órdenes expresó: *"Pues la verdad no, yo creo que la señor JOHANA, cuando nosotros llegábamos nos tocaba firmar y cuando salíamos nos tocaba firmar allá en el norte"*, afirmó *"Había un listado en ganado, y allá le decía a uno que sector le toca si le toco de cebolla o si le toco zona de líchigo, o si le tocaba yerbas y yerbas"*

*le tocaba con camiones, y entre todos se barría papa, entre todos era repartido, tocaba ir hasta ganado a recoger lo de vasos”, para lo cual más adelante aclaró que quien verificaba el cumplimiento de las labores era la administradora. En lo concerniente al suministro de insumos para el desarrollo de las funciones expresó que en cuanto a uniforme lo debía comprar el trabajador y lo que era “cepillos y jabón” lo entregaba la administración.*

En lo atinente a los permisos o ausencias manifestó: *“Si ella pedía permiso, tenía que haber hecho ósea en la hora de almuerzo no podía hacer nada debía adelantar para que le dieran permiso o si no pues le llamaba a uno la atención entonces le tocaba a uno hacer en la hora del almuerzo adelantar el trabajo”,* precisó que este permiso se debía solicitar ante la administración igualmente que lo atinente a las incapacidades. Señaló que los requerimientos o llamados de atención los realizaba en la oficina de la administración.

Cuando se le interrogó sí la demandante cumplía horas extras, manifestó: *“Pues la verdad son ocho horas lo que toca trabajar el contrato eso eran ocho horas pero trabajábamos más de ocho horas, porque por ejemplo el día viernes dentrabamos a las cuatro de la tarde y a veces salíamos a las dos o tres de la mañana hasta las cinco de la mañana llegamos a salir”.*

Los testimonios antes reseñados, merecen credibilidad toda vez dan cuenta que la demandante ejecutó los servicios para los que fue contratados, los cuales, al cotejarse con los contratos e informes de actividades permiten corroborar los términos en que se prestaron los servicios por parte de la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO, sumado a esto, el Despacho considera que son los mismos compañeros de trabajo de la demandante quienes directamente pueden revelar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutaron los referidos contratos, por lo que la razón que sustenta la censura propuesta por la parte demandada no es suficiente para excluir los testimonios objeto de tacha del análisis del fondo del presente asunto.

Ahora bien, se observa que las declaraciones de la accionante y los señalado por los testigo, en especial por el señor WILLIAM GIOVANI ARIAS CANO, son coincidentes en cuanto a que las actividades realizadas por la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO en virtud a los contratos suscritos con el Municipio de Tunja eran coordinadas inicialmente por la señora NINI JOHANA JIMÉNEZ como administradora de la Plaza de Mercado y que a partir del mes de mayo de 2015 con la administradora MÓNICA MEDINA, quienes impartían las ordenes, fijaban los horarios y disponían los lugares de ejecución de las labores.

Igualmente de la declaración como de los testimonios se puede extractar que la administradora de la Plazas de Mercado de la ciudad de Tunja realizaba un reunión cada quince (15) días con el fin de verificar el cumplimiento de actividades, y en aras de designar los horarios para la ejecución de las labores

de aseo y recolección de desechos - residuos orgánicos que debía adelantar la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO; así mismo, se puede establecer que la administradora mantenía control y mando respecto de las labores que debía desarrollar la demandante en las Plazas de Mercado, por lo que podía variar el horario y el lugar de prestación de los servicios (sectores Plazas de mercado Sur y Norte de Tunja).

Fueron unánimes las aseveraciones en torno a que todos los contratistas debían rendir informes a las administradoras, pues eran ellas quienes programaban los turnos de trabajo. De igual forma, los testigos aseguraron que la demandante debía cumplir sus funciones en el lugar que fuera determinado por la administradora, con los elementos suministrados por la administración- como aquellos necesarios para la realización de labores de aseo y limpieza, que incluían barrido y desinfección de las zonas comunes de la Plazas y de los pabellones en general .

Igualmente, de la declaración de la accionante y de los testimonios rendidos dentro del presente medio de control se puede establecer que el cumplimiento de las labores asignados y de los horarios de la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO eran controlados directamente por la administradora de las Plazas de Mercado, quien realizaba las llamados de atención y disponía las acciones de mejora en el servicio.

En relación con los permisos para ausentarse de sus labores, refirieron que estos debían ser solicitados a la administradora de la Plaza con antelación de tal forma que se compensara el tiempo no laborado o se designara un reemplazo; puntualizaron que las incapacidades y demás solicitudes respecto del cumplimiento de horarios y de las labores encomendadas eran tramitados de forma directa con la administración encargada de las plazas del sur y norte de la ciudad de Tunja.

En cuanto a los horarios se debe indicar, que efectuada la valoración de los informes parciales de actividades de manera conjunta con las declaraciones recaudadas, el Despacho colige con grado de certeza que durante la ejecución de los contratos suscritos en el año 2014 y 2015 con el Municipio de Tunja, la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO realizó labores de servicios generales tales como aseo y recolección de desechos en las plazas de mercado de sur y norte, en un horario de lunes a jueves de 8:00 a.m. a 12 m. y de 2:00 p.m. a 6 p.m., los viernes desde las 4:00 p.m. hasta terminar labores, extendiéndose hasta la 1 de la mañana o más, siempre sujeto al estado en que hubieran quedado las plazas. También se concluye que dichas actividades eran realizadas por la accionante los sábados de 8 a.m. a la terminación de las labores de aseo.

Adicionalmente, se debe indicar que las labores encomendadas a la demandante señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO de acuerdo con los estudios previos y los contratos antes referidos (C. Adm. fl. 134 Cd) estaban ligadas a la naturaleza de las Plazas de Mercado en especial a su funcionamiento, el cual está determinado en reglamentos internos que obran como prueba en el plenario (fl. 155- Cd)<sup>16</sup>, los cuales a su vez establecen los horarios de apertura y cierre de las plazas de mercado, así:

<b>Plaza del Norte</b> (Archivo No. 1.)	<b>Plaza del Sur</b> (Archivo No.2)
<b>COMERCIANTES MINORISTAS</b> <u>Lunes a jueves</u> : de 9:00 am a 4:00pm <u>Viernes</u> : de 9:00 am a 6:00 pm <u>Sábado y domingo</u> : de 6:00 am a 6:00 pm	<u>Lunes a viernes</u> : de 6:30 am a 6:00pm <u>Sábados</u> : de 8:00 am a 12:00 pm
<b>LOCALES EXTERNOS</b> <u>Lunes a domingo</u> : de 6:00 am a 8:00pm	
<b>COMERCIANTES MAYORISTAS</b> <u>Sábado</u> : de 6:00 am a 9:00 am	

En efecto, se pudo establecer que se requería de la presencia y actividad de la contratista de manera permanente en atención a las labores encomendadas, las cuales, eran establecidas por las administradoras de las plazas de mercado, sin que las obligaciones contractuales pudieran cumplirse de manera autónoma por parte de la contratista.

De igual forma, se se pudo determinar que las labores que debía ejecutar la demandante estaban dirigidas a garantizar el aseo y limpieza de las plazas de mercado de la ciudad de Tunja, y que las mismas no pudieron ser desarrolladas por la contratista de manera autónoma o independiente pues tal como se señaló en precedencia, de los informes presentados y de los testimonios se puede indicar que dichas labores eran fijadas, organizadas y dirigidas por la administradora de acuerdo con el funcionamiento de las plazas de mercado a cargo de la entidad demandada, actuar que da cuenta de la subordinación ejercida sobre la accionante durante su vinculación.

De lo hasta aquí expuesto, es claro que para efectos de desarrollar las labores pactadas en los contratos estatales, la accionante debió acudir al sitio de trabajo en los horarios previamente establecidos, encontrándose siempre supeditada tanto a las órdenes e instrucciones de las administradoras de las plazas de mercado, sin autonomía ni independencia en cuanto al desarrollo de sus funciones, pues éstas no podían ser escogidas libremente por la demandante. Desde ningún punto de vista, puede aceptarse que las mencionadas actividades fueron cumplidas en el marco la relación de coordinación que debe existir entre las partes contractuales entendida como el sometimiento de la contratista a ciertas condiciones en procura del

<sup>16</sup> - Decreto No. 0072 de 2 de marzo de 2005 "Por el cual se fija un reglamento interno para la plaza de mercado del norte" Decreto No.0013 de 11 de enero de 2005 "Por lo cual se fija un reglamento interno para la plaza de mercado del sur".

cumplimiento de los fines estatales en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993<sup>17</sup>, pues los elementos de convicción recaudados en el proceso analizados de manera conjunta permiten evidenciar la ostensible relación de poder y mando que existió en el desarrollo del objeto contractual.

Y tal circunstancia no podía ser distinta considerando la naturaleza del servicio público que se pretendió atender a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios, pues tal y como quedó consignado en los contratos, conforme a los estudios previos, la necesidad que justificó su existencia fue la de cumplir con una actividad misional de la Secretaría de Desarrollo del Municipio de Tunja delimitada en la Resolución No.0290 de 12 de febrero de 2007 *"Manual de procesos y procedimientos de la Alcaldía Mayor de Tunja"*, consistente en *"garantizar la debida prestación del servicio público de plazas de mercado demandados por la comunidad de Tunja procurando su eficiencia, oportunidad y economía, velando por el respeto de los derechos del consumidor a través de la participación amplia de la ciudadanía"* (fl. 134 Cd. C Adm. y fl. 151-153).

En este punto, resulta de gran relevancia señalar que el servicio de plazas de mercado es público, que de conformidad con el artículo 315 numeral 3º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 77 de 1987<sup>18</sup> y el numeral 11 del literal d) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, es de carácter municipal correspondiéndole a las administraciones de dichas entidades territoriales garantizar su prestación de manera permanente y no ocasional. En efecto, en el reglamento interno de la plaza del mercado del sur- Decreto No.0013 de 2005-, se observa que de manera expresa se alude a que *"...ARTÍCULO 5º. El mercado ostenta la condición de servicio público municipal dedicado a la venta de artículos alimenticios y complementarios en régimen de libre competencia..."* (fl. 155 – Cd- Archivo 2).

Para la prestación de dicho servicio, estimó la administración que *"a partir de la experiencia de la entidad, se considera pertinente que, mientras se emplea un mecanismo de concesión, A.P.P. u otro equivalente, la operación debe ser asumida de forma directa por la Administración Municipal, soportada en las personas naturales que se requieran para apoyar la gestión del Municipio en las distintas actividades relacionadas con recaudo, logística y organización del tráfico vehicular como peatonal interno y aseo"* -Negrilla del Despacho (fls. 134 C. Adm); en virtud de lo cual, la entidad territorial concluyó que era necesario celebrar los contratos de apoyo a la gestión a fin de garantizar la prestación del servicio público, teniendo en cuenta que las actividades de aseo y servicios generales en las plazas de mercado, debían ser ejecutadas

<sup>17</sup> ARTÍCULO 3º. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

<sup>18</sup> Decreto 77 de 1987. "Por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios" ARTÍCULO 1º. Corresponde a los municipios y al distrito Especial de Bogotá, la prestación de los servicios de agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y plazas de mercado (...) (Resalta el Despacho)

diariamente, y además, que en la planta de personal de la administración central no se contaba con el personal suficiente ni idóneo para el efecto.

Para el Despacho, dicha motivación da cuenta de que el servicio de plaza de mercado es un servicio público municipal que debe ser garantizado de manera permanente al hacer parte de la actividad misional de la entidad, por lo que resulta cuestionable que al margen de la prohibición establecida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, la administración al asumir su prestación de manera directa e indefinida se valiera de la suscripción de contratos de prestación de servicio para el cumplimiento de las citadas funciones.

Adicionalmente, aunque la Ley 80 de 1993 habilita a la administración para suscribir contratos en los eventos en que no se cuenta con el personal suficiente o idóneo para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad; éstas deben ser entendidas como aquellas que deben desarrollarse de manera esporádica. Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado<sup>19</sup> :

*"...Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y **d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos...**" (Subraya y resalta el Despacho)*

Así entonces, es claro que además de encontrarse probados los elementos de la relación laboral que desvirtuaron la autonomía e independencia en el desarrollo de la actividad contractual (prestación de servicios personales, subordinación y remuneración), se comprobó que las labores que cumplía la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO no tenían el carácter de transitorias o esporádicas como quiera que **i)** atendían una función misional del municipio de Tunja asignada por virtud de la Constitución y la ley; **ii)** dada la permanencia de la labor se imponía la creación del empleo en la planta de personal; **iii)** implicaron el cumplimiento de un horario de trabajo, **iv)** no pueden ser consideradas como

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012, radicación No. 15001 23 31 000 2000 01961 01, referencia Nro. 0107-12, actor: Jorge Isaac Pineda Abril, demandado: Municipio de Saboyá, C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 13 de mayo de 2015, radicación No. 68001 23 31 000 2009 00636 01, referencia Nro. 1230-14, actor: Antonio José Gómez Serrano, demandado: ESE Francisco de Paula Santander en liquidación, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

actividades nuevas de la administración por ser del giro ordinario de la administración; criterios que a la luz de la jurisprudencia constitucional, permiten establecer sin asomo de duda la **permanencia** de las funciones desarrolladas por el accionante en ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Aunado a lo anterior, y atendiendo al criterio de **igualdad** fijado por el Consejo de Estado es preciso indicar que de acuerdo con la Resolución No. 2225 de 15 de noviembre de 2006 "Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias laborales de todos los empleos que conforma la planta Central del Municipio de Tunja" <sup>20</sup> (vigente para los años 2014-2015 fl. 150), dentro de la planta de personal del Municipio de Tunja existían para los años 2014 y 2015 empleos cuyas funciones son asimilables a las realizadas por la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO, sin embargo la entidad territorial demandada decidió en perjuicio de los derechos de la demandante contratarla por prestación de servicios en lugar de vincularla al servicio público como en efecto correspondía.

Por otra parte, debe señalarse que si bien la entidad accionada señaló en los estudios previos de los contratos suscritos con la demandante no contaba en la planta de personal con los funcionarios suficientes e idóneos<sup>21</sup>., por lo que acudiendo al criterio **funcional** conforme lo ha señalado el Consejo de Estado,<sup>22</sup>, es claro que el administración municipal requería con urgencia y de forma permanente para el desarrollo de un servicio a su cargo, un empleado que se dedicara al cumplimiento de funciones como las realizadas por la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO, pese a ello, decidió contratarle por órdenes de prestación de servicio, ejerciendo subordinación y manteniéndole permanentemente ligada a las funciones que hacen parte del giro ordinario del servicio que se presta en las plazas de mercado de responsabilidad de la entidad demandada.

Valga precisar, que el hecho de que no existiera contrato de concesión vigente para la prestación del servicio de plaza de mercado, no modificaba el carácter permanente de las labores a realizar, siendo evidente que la administración suscribió contratos de prestación de servicios con el demandante con el único objeto de desconocer los derechos prestacionales propios de una de verdadera relación laboral.

Ahora, considerando las especiales condiciones en que ha sido prestado el servicio de plaza de mercado en el Municipio de Tunja, esto es, por lapsos intermitentes a través de contratación directa e indirecta; es del caso mencionar que de manera reciente fue suscrito el contrato de concesión No.098

<sup>20</sup> Modificada mediante la Resolución 0002 de 2008 y 0453 de 2015 (vigencia a partir del 29 de diciembre de 2015) ver fl. 153 Cd.

<sup>21</sup> Además certificaciones fl. 134 Cd- C. Adm. fl. 26, 29 y 33

<sup>22</sup> Resolución No.225 de 2006 "Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias laborales de todos los empleos que conforma la planta Central del Municipio de Tunja"

de 30 de agosto 2018<sup>23</sup> que se encuentra en ejecución a la fecha y que en el mismo se impuso al contratista garantizar la constitución de una planta de personal conformada por aseadores y personal de logística con dedicación completa y con similares obligaciones a las que se impusieron a la aquí accionante.

Por todo lo anterior, encuentra el Despacho que la administración municipal pretendió encubrir una verdadera relación laboral a través de la suscripción de los contratos de prestación de servicios con la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO, habida cuenta que la demandante prestó **personalmente** y de entre los años 2014 y 2015 sus servicios en el municipio de Tunja desarrollando actividades misionales y de carácter permanente de la administración, similares a las que desarrolla un empleado público; que la entidad le pagó honorarios como **remuneración** a la labor contratada, la cual fue desarrollada con **subordinación** en la medida que se acreditó que las actividades fueron acatadas con el necesario sometimiento a los horarios impuestos y que según quedó acreditado con el material probatorio obrante en el plenario, el cumplimiento del objeto contractual dependía de la asignación de actividades y órdenes emanados de la administración de la plazas de mercado.

Así las cosas, la motivación de los actos acusados no se aviene con la realidad del vínculo que existió entre la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO y el MUNICIPIO DE TUNJA, pues se comprobó que la administración utilizó de manera inadecuada la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada por la demandante, configurándose en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política. En consecuencia, se impone declarar la nulidad de los actos acusados.

▪ **Del restablecimiento del derecho.**

Como se señaló en la parte motiva de esta providencia, el reconocimiento de la existencia de la relación laboral no implica *per se* el otorgamiento de la calidad de servidor público al contratista que fungió como tal, y en consecuencia no es posible ordenar que la situación de la contratista vuelva al estado anterior. Así pues, según lo enseña la jurisprudencia<sup>24</sup>, lo procedente en casos como el de autos es reconocer a título de reparación integral del daño los derechos económicos laborales que debió percibir el trabajador de haber sido vinculado como empleado público, correspondientes a las prestaciones devengadas por los servidores de la entidad respectiva, por el término de ejecución los señalados contratos, esto es, del 24 de enero de 2014 al 30 diciembre de 2015, sin solución de continuidad, como quiera que la interrupción que hubo

<sup>23</sup> <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-1-193265>

<sup>24</sup> Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUIJ2-005-15. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de marzo de 2019. Expediente (1415-14) M.P. William Hernández Gómez.

no superó el lapso de 15 días hábiles previsto en el Decreto 1045 de 1978, disposición a la que se aludirá más adelante.

Para este efecto el Consejo de Estado<sup>25</sup>, ha señalado:

*"Ahora bien, cuando se demuestre que las funciones desarrolladas por el contratista de servicios son propias de los empleados de planta de la entidad y se desempeñan en igualdad de condiciones que estos, el salario devengado por un empleado de planta se convierte en parámetro objetivo para la tasación de los perjuicios, pues dicho monto sería la contraprestación que hubiese recibido el contratista de prestación de servicios en caso de que su vinculación hubiese sido legal y reglamentaria, como lo establece la ley para las relaciones laborales con el Estado, para lo cual, tendrá que **demostrarse la identidad en las funciones y condiciones de trabajo desempeñadas, y que los honorarios pactados resultan inferiores a lo devengado por el empleado de planta, pues en caso contrario, deberá estarse a lo pactado entre las partes como contraprestación por los servicios desarrollados.**"* (Resaltado del Despacho).

En tal sentido, cuando no existan pruebas en cuanto que las condiciones laborales son las mismas entre quien se encuentra vinculado al empleo público y quien lo está a través de un contrato o que los honorarios son menores a lo devengado por el empleado de planta, los honorarios resultan ser el único criterio que permite tasar de manera objetiva la indemnización de perjuicios, en consecuencia, deberá tomarse como base el valor pactado en cada uno de los contratos que suscribió con la entidad territorial. Al respecto debe precisarse, que en la planta de personal de la entidad demandada para la época de los hechos existía el cargo "Auxiliar de Servicios Generales" con funciones similares a las que cumplía de manera general la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO sin embargo no se demostró dentro de la actuación que dichas funciones fueran cumplidas bajo las mismas condiciones, entendiendo que la prestación del servicio público a cargo del ente territorial varía dependiendo el lugar de ejecución, los horarios y la naturaleza de la actividad del servicio público prestado, de igual forma tampoco se probó en la actuación que los honorarios recibidos por la demandante fueran inferiores a los que reciben los empleados públicos que cumplían funciones similares.

En relación con las prestaciones que se deben reconocer, ha precisado la Sección Segunda del Consejo de Estado que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias como son entre otras las primas, las cesantías, pero que para el caso de las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social debe tenerse en cuenta lo siguiente:

*"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas*

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

*especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización*

*Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. (Negrilla de la Sala)".<sup>26</sup>*

Por tanto, corresponde al empleador sufragar los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión en las proporciones que para el efecto establece la Ley 100 de 1993, pues los contratos fueron suscritos en vigencia de esta, **correspondiéndole a la administración** "determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensiones solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, y siendo **deber de la parte demandante** "acreditar las cotizaciones que realice, al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador..."<sup>27</sup>

Así mismo, se ordenará el pago de las sumas que resultaren con el respectivo ajuste de valor teniendo en cuenta la fórmula adoptada por el Consejo de Estado. De igual manera, se ordenará el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, "Las cantidades liquidadas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código".

Ahora bien, en lo correspondiente a la indemnización por no entrega oportuna de dotaciones, se debe tener en cuenta:

Que el Decreto 1978 de 1989, por la cual se reglamenta parcialmente la Ley 70 de 1988, establece:

*"ARTÍCULO 1º. Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos,*

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 27 de junio de 2018. Radicación número: 76001233300020130009901(0402-2016).

<sup>27</sup> ibidem

*Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales, tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro (4) meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo.*

*ARTÍCULO 2°. El suministro a que se refiere el artículo anterior deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año. La entrega de esta dotación para el trabajo, no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso.*

*ARTÍCULO 3°. Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por los menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.*

A respecto de marras la Corte Constitucional en sentencia C-710 del 9 de diciembre de 1996, que preceptuó lo siguiente:

*"... Así, por la naturaleza de esta prestación, es obvio que ella no pueda ser compensada en dinero. Cosa distinta es que el trabajador decida no utilizar la dotación entregada, caso en el cual, el empleador se exime, en el período siguiente, de entregar vestido y calzado, tal como lo preceptúa el artículo 233, sin que por ello se entienda que está incumpliendo con esta obligación.*

*Finalmente, es necesario aclarar que la prohibición que consagra la norma acusada rige sólo durante la vigencia de la relación laboral, puesto que finalizada ésta, el trabajador podrá solicitar al juez correspondiente, el pago de la misma, si demuestra que durante la vigencia de su contrato, el empleador no cumplió con ella. En este caso, la prestación incumplida, se pagará en dinero, pues es un derecho que el trabajador tiene, y que no puede renunciar. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del cuatro (4) de marzo de 1994. Además, sería ilógico que una vez finalizada la relación laboral, se condenara al trabajador a recibir un vestido de labor que no requiere."*

Ahora bien, revisadas las actas de liquidación parciales y finales de los contratos de prestación de servicios, se observa que para el año 2014 se le canceló a la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO la suma mensual de \$1.200.000 y para el año 2015 la suma de \$1.260.000 por concepto de honorarios, los cuales no superaron los dos salarios mínimos legales vigentes fijados por el Gobierno Nacional<sup>28</sup>, por lo tanto tiene derecho al reconocimiento y pago de las dotaciones. En este orden, para calcular el monto de a reconocer, se tendrá en cuenta el valor reconocido para los años 2014 y 2015 por cada dotación entregada a un empleado de la planta de personal de la

<sup>28</sup> Decreto 3068- 2014 SMLMV = 616.027 y Decreto 2731 - 2015 SMLMV -644.350

Administración Municipal que desempeñe funciones relacionadas con la prestación de servicios generales.

Por otra parte, para este Despacho la demandante no tiene derecho a las pretensiones de la demanda, relativas a los aportes a riesgos profesionales, horas extras, dominicales y festivos y subsidio de transporte por las razones que se exponen a continuación:

- **Aportes a la seguridad social por riesgos profesionales:**

Es del caso precisar que al analizar el alcance de las indemnizaciones que resultan procedentes para casos como el de autos, el Consejo de Estado abordó el tema de las cotizaciones por riesgos profesionales así:

*"En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico"<sup>29</sup>.*

Así las cosas, según lo expuso la jurisprudencia a fin que proceda la indemnización derivada de los riesgos profesionales se debe acreditar que éstos fueron cancelados por parte del trabajador, y como en el presente caso no se demostró que el accionante haya cancelado aportes a la seguridad social por riesgos profesionales, no es posible reconocer la indemnización por este concepto.

- **Trabajo suplementario:**

Encuentra el Despacho que la norma aplicable para el reconocimiento del trabajo complementario es el Decreto 1042 de 1978 disposición que inicialmente se aplicó solo a los funcionarios de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden Nacional y que con posterioridad se extendió a los Entes del Nivel Territorial en virtud de la Ley 27 de 1992<sup>30</sup>.

Conforme a dicha legislación, el trabajo se clasifica en diurno y nocturno según el momento en que se preste. En ese sentido, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece la jornada de trabajo, señalando al respecto que:

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, d. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi. Demandado: Instituto De Seguros Sociales

<sup>30</sup> "ARTÍCULO 2o. DE LA COBERTURA. <Ley derogada por el artículo :7 de la Ley 443 de 1998> Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales."

*«La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.*

*Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*

*El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.»*

Y a su vez, el artículo 34 del mismo cuerpo normativo prevé la jornada ordinaria nocturna, en los siguientes términos:

*«De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.*

*Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.*

*No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.»*

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 en lo referente a los dominicales y festivos señaló:

**"Artículo 39º.-***Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*

*La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.*

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos."*

Sobre la viabilidad de reconocer el trabajo suplementario, ha señalado el Consejo de Estado que "...subyace un exigente ejercicio probatorio, el cual

*recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, aplicando el principio universal de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.<sup>31</sup>*

De los material probatorio, se verifica que con ocasión a los contratos suscritos con el Municipio de Tunja, la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO realizó labores de aseo y limpieza en las plazas de mercado de sur y norte, en un horario de lunes a jueves de 8:00 a.m. a 12 m. y de 2:00 p.m. a 6 p.m., los viernes desde las 4:00 p.m. hasta terminar labores, extendiéndose hasta la 1 de la mañana y los sábados de 8:00 a.m. hasta culminar las labores, pues si bien la demandante en el interrogatorio y los testigos señalaron que la jornada en muchos casos excedía de las 8 horas legales diarias no fueron coincidentes en la hora de inicio y culminación de la jornada, ni concretaron las fechas o periodos en que se cumplían presuntamente dichas jornadas adicionales; en este sentido no está plenamente acreditado la realización de trabajo suplementario que excedan la jornada máxima de 44 horas prevista en la legislación laboral vigente.

Ahora, en lo que corresponde a los dominicales y festivos si bien del interrogatorio y del testimonio del señor WILLIAM ARIAS se infiere que la señora ANA DEL ROSARIO ALVARADO laboró algunos días domingos y festivos, no puede por ese solo hecho el Despacho concluir que dicha prestación se realizaba todas las semanas en los periodos de ejecución de los contratos, mal podría suponerse que efectivamente hubo prestación suplementaria del servicio, si la demandante, teniendo la carga de su prueba, no aportó ninguna en tal sentido.

- **Auxilio de transporte.**

Tampoco se accederá al pago del auxilio de transporte regulado en el artículo 50 del Decreto 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el artículo 1º del Decreto, es decir, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, debido a que dicha acreencia laboral no se puede hacer extensiva a los empleados territoriales en aplicación del Decreto 1919 de 2002 por cuanto la Corte Constitucional en la sentencia C- 402 de 2013 aceptó la diferenciación legal entre ambos regímenes salariales y prestacionales y precisó además que la extensión de los efectos del

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00216-C-(1046-14) Actor: CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ HERNÁNDEZ Demandado: E.S.E. HOSPITAL JUAN PABLO II DE ARATOCA.

Decreto 1042 solo se dio en lo relativo al régimen prestacional, encontrándose así excluido el auxilio de transporte por ser de naturaleza salarial<sup>32</sup>.

#### 4.- De la prescripción extintiva.

Precisa el Despacho que este medio exceptivo no fue propuesto por la parte demandada, sin embargo, el Despacho está facultado para abordar el estudio de las excepciones que encuentre probadas al momento de emitir fallo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A. que prevé que "*en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada*" (Resalta el Despacho).

Al respecto, se señaló en la sentencia de unificación<sup>33</sup>, que si bien es cierto desde la sentencia se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de la relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende, lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años, contados desde la terminación del vínculo. Lo anterior, con excepción de los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, pues en atención a la condición periódica del derecho pensional tales prestaciones no prescriben.

Ahora bien el artículo 10º del Decreto 1045 de 1978<sup>34</sup> advierte que "*se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más **de quince días hábiles** de interrupción en el servicio a una y otra entidad<sup>35</sup>*", por lo que en el evento en que en el intervalo de interrupción entre los contratos se haya superado dicho término, el reconocimiento de la indemnización se afectará por la prescripción de carácter extintivo de manera separada<sup>36</sup>.

En el caso concreto, se advierte que desde la fecha en que culminó el contrato de prestación de servicios No. 412 de 2014 pasaron dos (2) días hasta la suscripción del contrato No. 724 de 2014, y entre la fecha de finalización de este último y el contrato 019 de 2005 trascurrieron tan solo nueve (9) días hábiles, y en tal sentido, la relación laboral se dio sin solución de continuidad. Entonces, teniendo en cuenta que la vinculación derivada del contrato No.019 de 2015 finalizó el día **30 de diciembre de 2015** y la petición de reconocimiento fue presentada el día **21 de noviembre de 2017**, se concluye que la reclamación fue elevada oportunamente ante la administración, esto es, dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo no afectó las sumas que por concepto de prestaciones sociales se causen.

<sup>32</sup> Criterio expuesto tribunal Administrativo de Boyacá Sentencia 22 de marzo de 2017 Rad. 150001-3333-005-2015-00050-01 M.P. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUIJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter

<sup>34</sup> Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

<sup>35</sup> Así lo manifestó el H. Consejero de Estado WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ en su aclaración de voto de la sentencia de 25 de agosto del 2016, proferida por la Sección Segunda.

<sup>36</sup> Criterio Tribunal Administrativo de Boyacá providencia 28 de mayo de 2019- Rad. 150013333012-201600085-01

## **5. De las costas y agencias en derecho.**

Conforme a lo indicado en el artículo 188 del CPACA<sup>37</sup>, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo expresamente al Código General del Proceso para efectos de su liquidación y ejecución.

Al efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso<sup>38</sup>, establece que la condena en costas -a la parte vencida- se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Luego, ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en el C.P.A.C.A., definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que están debidamente acreditadas en el plenario con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la parte actora (gastos de notificación - fl. 85-86) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>39</sup>, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el art. 366 del C.G.P. una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016<sup>40</sup>.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

<sup>37</sup> ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<sup>38</sup> ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:  
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

<sup>39</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No. 1, exp. 150013333013201300095-01, M.P. Fabio Iván Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No. 5, exp. 150013333013201400123-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No. 4, exp. 150013333013201300095-01, M.P. José Ascensión Fernández Osorio.

<sup>40</sup> Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 - Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 21 de marzo de 2018 (fl. 168).

## FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de los actos administrativos contenidos en las **Resoluciones Nos. 499 del 30 de noviembre de 2017 y 0079 del 09 de marzo de 2018**, que negaron el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la demandante **ANA DEL ROSARIO ALVARADO**, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la señora **ANA DEL ROSARIO ALVARADO** existió una relación laboral durante el período que transcurrió entre el 24 de enero de 2014 y el 30 de diciembre de 2015, de conformidad con lo expuesto.

**TERCERO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **MUNICIPIO DE TUNJA** a reconocer, liquidar y pagar a la señora **ANA DEL ROSARIO ALVARADO**, las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos en el Municipio de Tunja, durante los períodos contractuales comprendidos entre el 24 de enero de 2014 y el 30 de diciembre de 2015, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor mensual pactado por concepto de **honorarios**, incluido el valor correspondiente a la indemnización por dotaciones a que tenía derecho la demandante conforme los parámetros expuestos en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO: ORDENAR** al **MUNICIPIO DE TUNJA** que luego de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la contratista, **liquide y traslade la cotización** al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía tomando como ingreso base de cotización (IBC) pensional los **honorarios pactados**, mes a mes, sin perjuicio de que se pueda requerir a la demandante para que acredite las cotizaciones realizadas o efectúe las que le hicieren falta en la proporción que le incumbía como trabajador.

**QUINTO:** Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la

fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

**SEXTO:** Las sumas que se ordena reconocer devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMO: NEGAR** las pretensiones relativas al reconocimiento de **aportes a riesgos profesionales, horas extras, dominicales y festivos**, de acuerdo a lo expuesto en precedencia.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

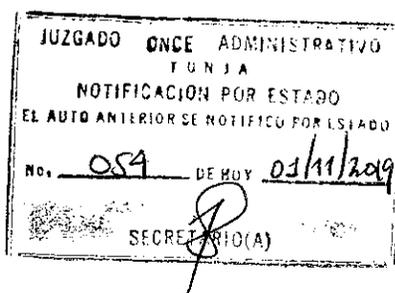
**NOVENO: NOTIFICAR** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del C.P.A.C.A. a las partes y al Ministerio Público.

**DÉCIMO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (art. 298 C.P.A.C.A.). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**DÉCIMO PRIMERO:** En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, treinta y uno (31) octubre de dos mil diecinueve (2019)

**DEMANDANTE: JOSÉ REINER ROJAS Y OTROS**  
**DEMANDADO: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE ZETAQUIRA y E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES**  
**LLAMADOS EN GARANTÍA: JENNIFER ANDREA MORANTES ACEVEDO Y OTROS**  
**RADICACIÓN : 150013333011201400089-00<sup>1</sup>**  
**MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia en el medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.- La demanda (fl. 7-19):**

Los señores ELIZABETH ROJAS, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija DERLY YULITZA ANGULO ROJAS; JIZETH ANDREA ANGULO ROJAS; KAROL ROCIO ANGULO ROJAS; MARÍA CENETH MARTÍNEZ ROJAS, quien a su vez actúa en representación de sus menores hijos LAURA VANESSA ARÉVALO MARTÍNEZ y DEIVY SANTIAGO ARÉVALO MARTÍNEZ; JOSÉ OBDULIO ARÉVALO ROLDAN y JOSÉ REINER ROJAS, presentan demanda de reparación directa, prevista en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, contra la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE ZETAQUIRA y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES.

Solicitan se declare administrativa, solidaria y extracontractualmente responsables a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE ZETAQUIRA y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES por los perjuicios sufridos con motivo de la muerte de la señora ROSA ANA ROJAS MCNTAÑA, ocurrida el 04 de febrero de 2012 y que tuvo lugar por una presunta falla del servicio médico.

Como consecuencia de la anterior declaración, piden se condene al pago por concepto de perjuicios morales de la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

<sup>1</sup> Mediante auto del 08 de mayo de 2014, la funcionaria encargada del Juzgado se declaró impedida (fl. 0-42), impedimento que fue aceptado mediante auto del 05 de marzo de 2015 (fl. 102-105); no obstante, a través de providencia de fecha 16 de julio de 2015 (119-121), el expediente fue devuelto al juzgado de origen, en donde la titular del Despacho se declaró impedida mediante auto del 14 de agosto de 2015 (fl. 125), impedimento que también fue aceptado mediante providencia del 15 de octubre de 2015 (fl. 145), empero a través de auto de fecha 11 de agosto de 2016 (fl. 158), el expediente fue nuevamente devuelto a este Juzgado, por lo que mediante providencia del 02 de septiembre de 2016, se dispuso admitir la demanda (fl. 163).

Finalmente, solicitan que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Alegan los demandantes que las entidades demandadas son responsables de la muerte de la señora Rosa Ana Rojas Montaña, toda vez que la misma fue producto de una deficiente y tardía atención médica, ya que la paciente era de avanzada edad (71 años) y presentaba neumonía severa y falla cardiaca, padecimientos que consideran no fueron tratados de manera oportuna e idónea y conllevaron su fallecimiento.

## **2.- Contestación de la demanda:**

**2.1.- E.S.E. Centro de Salud de Zetaquirá** (fl. 176-181). Compareció para oponerse a las pretensiones de la demanda, argumentando que nunca se presentó una acción u omisión en la atención médica brindada a la señora Rosa Ana, que comprometiera la responsabilidad de la ESE a título de falla del servicio, ya que cuando acudió en dos oportunidades al servicio de urgencias por una dificultad respiratoria y luego por una falla cardiaca, fue atendida de manera inmediata y oportuna por el grupo de profesionales y de acuerdo a los protocolos médicos de referencia y contra referencia; además, dada la necesidad fue remitida a la brevedad a un hospital de segundo nivel en el Municipio de Miraflores.

**2.2.- E.S.E. Hospital Regional de Miraflores** (fl. 235-240). Manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda en atención a que el daño antijurídico alegado no le resulta imputable, habida cuenta que no existe prueba alguna que acredite que hubo una falla del servicio, sino por el contrario se desprende de los registros efectuados en la historia clínica de la señora Rosa Ana Rojas Montaña, que la atención médica que le fue brindada fue integral, adecuada y oportuna, así como que fueron acertadas las decisiones adoptadas por el personal médico de la E.S.E.

En relación a los perjuicios reclamados señaló que no se encuentran debidamente probados, y que la suma pretendida para cada uno de los demandantes desconoce el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado relacionado con los criterios que se deben tener en cuenta para la tasación de perjuicios morales en caso de muerte.

Propuso las excepciones que denominó: i) "*Ausencia e inexistencia de responsabilidad de la Empresa Social del Estado Hospital Regional de Miraflores, como quiera que la responsabilidad de esta no opera de manera automática, es indefectible que exista un daño antijurídico que haya sido originado en el comportamiento de la entidad, y que esa precisa circunstancia sea acreditada en el proceso por el extremo activo de la litis*" y ii) "*Los daños aducidos por el demandante carecen de sustento probatorio*"

### **2.3.- Llamados en garantía:**

**2.3.1.- La Previsora S.A Compañía de Seguros** (fl. 49-53 C. llam. 1). Se opuso a las pretensiones y declaraciones del llamamiento, al considerar que **i)** el objeto de las pólizas Nos. 1001091 y 101174 como los amparos contratados con las mismas no cubren el hecho en que se sustenta la demanda, además señala que la póliza No. 1003929 "*clínicas y hospitales*" tampoco cubre el hecho generador del daño como quiera que tiene vigencia posterior a los hechos que se demandan; y que en cuanto a la póliza No. 1001854 de responsabilidad civil clínicas y hospitales no hay lugar al pago de perjuicios, por cuanto no se presentó la primera reclamación en vigencia de la mencionada póliza; **ii)** se presenta inexistencia de falla del servicio, y por ende no hay lugar a materializar el siniestro y menos hacer efectivo el contrato de seguro que motivo el llamamiento; **iii)** en caso de una eventual condena debe tenerse en cuenta que se pactó un deducible del 10% del valor del siniestro como el sub-límite convenido entre el asegurado y la aseguradora, y que además las pólizas tienen una cobertura sujeta a unas condiciones, límites asegurados, amparos, exclusiones y deducibles que deben ser debidamente aplicados.

Frente al llamamiento en garantía propuso como excepciones: i) "*Inexistencia de obligación por parte de la PREVISORA S.A., por las pólizas 1001091 fecha de vigencia 31/01/2012 al 31/01/2013 (renovación) y póliza 1001174 vigencia 31/01/2013 al 31/01/2014, 1003929 con vigencia 31/01/2013 al 31/01/2014, por riesgo no amparado*"; ii) "*Sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos, contenidas en la Póliza 1001854 con vigencia (31/01/2012 al 31/01/2013) si bien es de naturaleza 1-R-C clínicas y hospitales*"; iii) "*Imposibilidad de hacer efectivo el seguro ante la ausencia de responsabilidad de la entidad demandada Hospital Miraflores*" y iv) "*Deducible y sublímite pactados*".

**2.3.2.- Félix Andrés Tarazona Alvarado** (fl. 64-70 y 71-93 s C. llam. 2). Indicó que se opone al llamamiento formulado, como a las declaraciones y condenas de la demanda, al considerar que la atención dispensada a la señora Rosa Ana se hizo en cumplimiento de los protocolos y la *lex artis*, siendo por tanto adecuada, prudente, oportuna y diligente en el desarrollo de su actuación, ya que la impresión diagnóstica se fundamentó en los signos y síntomas manifestados en el momento de la valoración, en los hallazgos del examen físico realizado a la paciente y el resultado de los exámenes diagnósticos ordenados, y que dieron lugar a la hospitalización de la paciente y a establecer un plan de manejo adecuado, tratando de descartar un proceso infeccioso.

Precisó que adquirió una obligación de medios, frente a la cual considera que cumplió cabalmente con la misma al disponer de su parte todos sus conocimientos y medios humanos y científicos al momento de realizar la valoración y atención de la paciente de acuerdo a los signos y síntomas

presentados, los hallazgos físicos realizados y los resultados de los estudios diagnósticos y de laboratorio solicitados, y conforme a los deberes propios y esperados de un médico general.

Como excepciones frente al llamamiento y la demanda propuso: i) *"Ausencia de responsabilidad solidaria entre la ESE Hospital Regional de Miraflores y el Doctor Félix Andrés Tarazona Alvarado"*; ii) *"Ausencia de vocación indemnizatoria de conformidad con las obligaciones propias de la IPS y diferentes a la de los facultativos profesionales de la Salud"*; iii) *"Ausencia de responsabilidad del Dr. Félix Andrés Tarazona Alvarado por cabal cumplimiento de la Lex Artis Ad Hoc"*; iv) *"Ausencia de prueba e improcedencia de los perjuicios morales solicitados"*; v) *"Las obligaciones del médico en el caso en concreto son de medio"*; vi) *"Inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica"*, vii) *"Ausencia de causalidad adecuada y por ende de nexo causal entre el acto médico desarrollado por el Dr. Félix Andrés Tarazona Alvarado y los daños demandados por el extremo activo"*; viii) *"No acreditación del nexo de causalidad"*; ix) *"Cumplimiento cabal de la Lex Artis Ad Hoc por parte del Dr. Félix Andrés Tarazona Alvarado"*, x) *"Acto médico carente de culpa"*, xi) *"Causa extraña al acto médico realizado por el Dr. Félix Andrés Tarazona Alvarado"*, xii) *"Falta de requisitos para la procedencia del llamamiento en garantía"* y xiii) *"Vocación no indemnizable de los perjuicios demandados"*.

**2.3.3.- Jeniffer Andrea Morantes Acevedo** (fl. 41-51 s C. llam. 2). Señaló que se opone a las pretensiones del llamamiento en garantía como de la demanda, argumentando que no existe falta o falla en el servicio médico ni muchos menos un mal procedimiento que le resulte atribuible, como quiera que siempre actuó diligentemente en la atención de la paciente Rosa Ana, según se desprende de la historia clínica que da fe de la atención, los procedimientos y exámenes realizados, los cuales señala fueron diligentes, prudentes, oportunos y eficaces en la atención suministrada para tratar la patología que presentaba y que fue diagnosticada.

Aclaró que a la señora Rosa Ana, se le prestó atención oportuna, ya que se le brindaron todos los recursos disponibles respecto a personal y laboratorio clínico, sin omitirse en ningún momento la atención que requería y se le asistió en el progreso de su enfermedad, la cual tuvo un desenlace no esperado y con progresión atípica.

Finalmente excepcionó i) *"Falta de presupuestos de responsabilidad por ausencia de nexo de causalidad"* y ii) *"No concurrencia de elementos constitutivos de responsabilidad"*.

**2.3.4.- Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación – SCARE-** (fl. 15- C. llam. 3). Contestó que se opone a las pretensiones del llamamiento en garantía como de la demanda, por considerar que **i)** la Dra. Jeniffer Morantes se afilió a la Sociedad SCARE el día 29 de abril de 2011,

adquiriendo un plan de aportes 15 años, y realizó solamente 4 aportes trimestrales, habiendo realizado su último aporte voluntario el día 27 de septiembre de 2012, y posteriormente la Dra. Morantes cesó sus pagos voluntarios, por tal motivo a la fecha se encuentra excluida, estado en el cual está desde el año 2013 y por lo tanto no tiene acceso a los beneficios por no estar vigente su afiliación a la SCARE; **ii)** el hecho de que la Dra. Morantes en el año 2012 haya estado afiliada a SCARE y hubiese realizado aportes al FEPASDE para la fecha de los hechos, no le da derecho a exigir de la Sociedad la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como consecuencia de una sentencia condenatoria en su contra por haber cesado en el pago de los aportes; **iii)** no se puede alegar falla en el servicio por la atención médica brindada por la Dra. Jeniffer, ya que actuó de manera profesional y bajo los postulados la *lex artis ad hoc*, por lo que considera que no se advierte nexo de causalidad entre la actuación mencionada galena y el daño alegado, como quiera que la Dra. Morantes realizó una atención continua y oportuna a la paciente la cual estuvo de acorde con los protocolos de atención.

Planteó como medios exceptivos: i) *"Falta de legitimación en la causa para llamar en garantía"*; ii) *"Incumplimiento de los deberes y obligaciones de la doctora Jeniffer Morantes para acceder a los beneficios económicos del fondo"*; iii) *"El llamante expone causa extraña para justificar la vinculación de la SCARE como tercero interviniente"*; iv) *"Límite máximo del beneficio económico"*; v) *"Adecuada práctica médica- cumplimiento de la lex artis"*; vi) *"Acto médico carente de culpa"*; vii) *"Inexistencia de nexo causal"*; viii) *"Inexistencia de falla del servicio y ausencia de responsabilidad por inexistencia de culpa grave o dolo"* y ix) *"Las obligaciones de los profesionales de la salud son de medios y no de resultados"*.

**3.- Alegatos de conclusión:** Corrido el traslado para alegar (fl. 619), el Ministerio Público guardó silencio y las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

**3.1.- Parte demandante (fl. 631-645):** Manifestó que de acuerdo con el dictamen pericial la primera posibilidad de causa de muerte de la señora Rosa Ana Rojas Montaña constituyó un proceso infeccioso pulmonar (neumonía), y que de acuerdo con los antecedentes clínicos presentaba como enfermedad de base una falla cardíaca mixta hipertensiva y valvular, asociada a un proceso agudo de infección pulmonar que ocasionó mayor deterioro cardiovascular en un corazón estructuralmente comprometido. Insistió en que en el cuadro clínico experimentado por la víctima se presentó una falla probada del servicio médico asistencial prestado por las entidades demandadas, por las siguientes razones: i) por el desconocimiento manifiesto de los galenos de la ESE Hospital Regional de Miraflores del protocolo de atención de la neumonía adquirida en la comunidad (NAC), quienes atendieron a la paciente en el ingreso del 1 de febrero de 2012 y el

reingreso del 3 de febrero de 2012, ya que para su diagnóstico ante la sospecha de la NAC requería de la práctica de un examen clínico radiográfico de tórax, entre otros exámenes, más el suministro del tratamiento antimicrobiano de manera inmediata, ser valorado por un especialista, como haberla catalogado paciente de alto riesgo por la severidad de los síntomas y remitir a la UCI; ii) por error manifiesto al descartarse por la Médico Morantes el compromiso cardiovascular cuando lo correcto era descartar prioritariamente el compromiso respiratorio pulmonar; iii) se ordena tardíamente la radiografía de tórax, la cual no se había practicado, inclusive para la revaloración del 04 de febrero de 2012; iv) se practica tardíamente la radiografía de tórax en comparación con la practicada en el primer ingreso el día 02 de febrero, lo que conllevó a que tardíamente se diagnosticara una neumonía multibolar que ya había avanzado hasta un choque séptico; v) al diagnosticarse la neumonía pulmonar y el choque séptico de origen pulmonar la paciente debió ser remitida inmediatamente a la UCI de adultos del Hospital San Rafael de Tunja, mas no disponer su hospitalización; vi) encontrándose con una paciente que debía estar ingresada en la UCI, tardíamente se le ordenó iniciar el tratamiento de antibiótico, cuando ya se encontraba sin pulso, en una situación de urgencia vital y con una remisión a tercer nivel; vii) el estado de salud de la paciente se deterioró hasta el punto de presentarse polipneica e hipotensa, lo que obligó a sedarla y a que le realizaran una intubación oro traqueal y su remisión a la UCI del Hospital San Rafael de Tunja con un urgencia vital, traslado que también se hizo de manera tardía y en una ambulancia de traslado asistencial básico cuando requería una medicalizada; viii) la víctima fue atendida de manera despreocupada, insensible, indiferente y apática, lo que permitió el escalamiento y agravamiento de su estado de salud y su muerte por una manifiesta neumonía adquirida en la comunidad y en general por un proceso infeccioso que jamás, nunca fue tratado con antibiótico.

Adujo igualmente que la mala praxis médica resultó determinante en la muerte de la paciente Rojas Montaña, toda vez que no se le permitió oportunamente la remisión a la UCI de adultos del Hospital San Rafael de Tunja, ocasionándole una pérdida de oportunidad para ser atendida en la UCI (11 horas antes de la orden de remisión a UCI) y por ende de mejorar su estado de salud y no perder su vida.

Finalmente consideró que en abierto desconocimiento del principio de precaución, la ESE Hospital Regional Miraflores además de la atención tardía, actuó irresponsablemente ya que asumió la carga de atender una paciente de alto riesgo, sin contar con los recursos físicos, científicos y humanos (especialistas, equipos, medicamentos propios del tercer nivel y de una unidad) para tratar la enfermedad de base (falla cardíaca mixta hipertensiva y valvular), ni la enfermedad asociada (proceso agudo de infección pulmonar), ni se encontraba habilitada para prestar tales servicios, por lo que la paciente resultó atendida en palabras de la testigo

Deicy Johana Roa Melo por un equipo interdisciplinario de médicos rurales, esto es, sin especialista alguno y sin contar con el servicio de radiografía e imágenes diagnósticas.

**3.2.- E.S.E. Centro de Salud de Zetaquirá (fl. 704-707):** Presentó escrito de alegaciones de conclusión de manera extemporánea, por lo que no serán tenidos en cuenta en esta etapa procesal.

**3.3.- E.S.E Hospital Regional de Miraflores (fl. 646-654)** Luego de transcribir apartes del dictamen pericial y de algunas de las preguntas formuladas por las partes, reiteró los argumentos esgrimidos con la contestación de la demanda aduciendo que la atención brindada a la señora Rojas Montaña por parte del equipo de profesionales del Hospital Regional de Miraflores durante los días 01 y 02 de febrero de 2012, se ajustó a los protocolos médicos establecidos, además se practicaron la totalidad de los exámenes requeridos para descartar posibles procesos infecciosos y se tuvo en cuenta el antecedente reportado por la paciente consistente en valvulopatía, por lo que considera que las decisiones de los galenos fueron coherentes y ajustadas a las *lex artis*, carentes de falla médica.

Aclaró que en atención a la práctica de los exámenes correspondientes -enzimas cardíacas y electrocardiograma- se descartó la existencia de una falla cardíaca, y no fue necesario de acuerdo a la *lex artis* la realización de más exámenes adicionales, por lo que concentraron sus esfuerzos médicos hacia un posible cuadro infeccioso.

Concluyó que en el presente caso no existió falla en la prestación del servicio médico y por ende no hay lugar a declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que no se acreditó la concurrencia de los 3 elementos inexcusables para declarar responsabilidad médica del Estado por falla en el servicio, a saber: el daño, la falla en el acto médico y el nexo causal.

**3.4.- La Previsora Compañía de Seguros S.A (fl. 674-677):** Refirió que no existe responsabilidad por parte de la entidad demandada -Hospital Regional de Miraflores-, como quiera que se logró demostrar la diligencia y buena praxis por parte de la ESE al momento de brindar las atenciones y procedimientos necesarios a la víctima, ya que le brindaron tratamiento médico correspondiente, tal como lo fue la aplicación de antibióticos y demás medicamentos para el control de la afección respiratoria por la cual fue remitida, y luego, con la práctica de los exámenes por imágenes (radiografía de tórax), establecieron el cuadro clínico a tratar y constataron el deterioro vascular que presentaba.

Añadió que la atención médica brindada se desarrolló dentro de los parámetros técnicos y de seguridad, acogidos para el tratamiento de dichas afecciones, según lo expresó la perito al indicar "*Según las guías anexas de*

*manejo de paciente con diagnóstico de neumonía, falla cardíaca (...) y reanimación cardiovascular considero que la atención de la paciente realizada desde su inicio se desarrolló en los pasos indicados por la guía y según las normas técnicas dadas por el ministerio para la toma de decisiones" (fl. 674)*

Así mismo, indicó que en el presente proceso no se configura falla en el servicio por acción ni por omisión, como quiera que i) los dos centros de salud (Centro de Salud de Zetaquirá y Hospital Regional de Miraflores) realizaron los procedimientos clínicos y paraclínicos necesarios y pertinentes, con el fin de determinar la posible afección que podría presentar la víctima, los cuales estuvieron sujetos a las guías de manejo actuales y ii) las atenciones médicas brindadas, estuvieron en concordancia con los resultados arrojados por las valoraciones clínicas realizadas, donde conforme a la evolución que presentaba se le brindaron las ayudas necesarias.

De otra parte, reiteró las condiciones, cobertura de la póliza, como los deducibles y sublímite pactados, para que sean tenidos en cuenta en una eventual condena.

**3.5.- Félix Andrés Tarazona Alvarado (fl. 678-703)** Realizó un análisis del material probatorio para luego afirmar que se encuentra probado que i) el día 1º de febrero de 2012 la señora Rosa Ana ingresó al Hospital Regional de Miraflores con un cuadro clínico compatible con impresión diagnóstica de neumonía adquirida en la comunidad NAC, la cual fue valorada por el Dr. Félix Andrés Tarazona quien le ordenó la realización de placa de tórax, exámenes de laboratorios adecuados para descartar o confirmar el posible diagnóstico planteado; ii) que los resultados de los exámenes en mención y la evolución clínica de la paciente permitieron descartar un cuadro neumónico para los días 1º y 2º de febrero de 2012; iii) que el 03 de febrero de 2012, la paciente ingresa nuevamente al Hospital pero en unas condiciones diferentes a las de su egreso -2 de febrero-, pues presentó un cuadro compatible con falla cardíaca, cuadro clínico para el cual la médico tratante ordenó los exámenes de laboratorio y ayudas diagnósticas pertinentes a fin de confirmar o descartar la impresión diagnóstica establecida; iv) el día 04 de febrero de 2012, los resultados de los exámenes ordenados permitieron establecer diagnóstico de neumonía adquirida en la comunidad y tanto la ESE Hospital como los médicos tratantes pusieron a disposición de la paciente, todos los medios y recursos de los cuales disponían para el manejo de la patología establecida; y v) solamente hasta esa fecha y sobre las 10 am la paciente presentó inestabilidad hemodinámica, por lo que solo hasta ese momento surgieron criterios para manejo en Unidad de Cuidados Intensivos.

Insistió en que la atención médica dispensada por los médicos generales de la ESE Hospital Regional de Miraflores los días 1 y 2 de febrero de 2012, fue

adecuada para los signos y síntomas manifestados por la paciente, pues durante dicha atención se descartó la presencia de neumonía adquirida en la comunidad, con los exámenes de laboratorio y radiografía de tórax que no evidenció ningún tipo de cambio sugestivo de presencia de neumonía, siendo adecuado dejar a la paciente en observación y finalmente darle de alta, ya que el cuadro clínico presentado fue compatible con una bronquitis la cual podía manejarse de manera sintomática y ambulatoria.

Resaltó que de acuerdo con la declaración de la doctora Roa Melo se evidenció el correcto manejo y tratamiento instaurado a la paciente por los médicos generales en la ESE Hospital Regional de Miraflores, quienes colocaron a disposición de la paciente todos los medios y recursos de los cuales requería, estableciendo el diagnóstico de neumonía multilobar en el momento en que los resultados radiológicos y de laboratorio más la clínica de la paciente lo permitieron.

Igualmente destacó, que según lo conceptuado por la perito especialista en medicina interna se prueba la idoneidad de los médicos tratantes, la oportunidad y el manejo adecuado de los cuadros clínicos presentados por la paciente en las dos atenciones prestadas por la ESE Hospital Regional de Miraflores, tan es así, que afirmó en su exposición que la paciente al momento de recibir atención por parte del médico Félix Andrés Tarazona no presentaba hallazgos compatibles con neumonía que requirieran de un manejo diferente al realizado por el profesional, concluyendo que se trataba de un cuadro clínico respiratorio de manejo ambulatorio.

Por último, concluyó que la conducta del doctor Tarazona, llamado en garantía en la presente causa, fue idónea, diligente, cuidadosa, oportuna y adecuada en las valoraciones realizadas a la paciente Rosa Ana, toda vez que i) la atención se apegó a lo dictado por la *lex artis* de la medicina, carente de culpa en la conducta desplegada, pues se ofrecieron las condiciones de oportunidad, accesibilidad y calidad en la atención requerida; ii) según el dictamen pericial la paciente en su primer ingreso a la ESE Hospital tuvo un cuadro viral que no requería hospitalización y podía darse manejo ambulatorio, por lo que la neumonía multilobar que presentó a su reingreso y que fue diagnosticada el día 04 de febrero de 2012 nunca obedeció a una falla en la prestación del servicio médico y iii) la paciente solo tuvo criterios para su internación en UCI en la etapa final de su enfermedad, surgiendo solo hasta ese momento la necesidad de agilizar los trámites de remisión y controlar el estado de inestabilidad de la paciente, que requería estabilizarla para poder realizar su traslado.

**3.6.- Jeniffer Andrea Morantes Acevedo (fl. 626-629)** Señaló que no puede predicarse la existencia de responsabilidad administrativa por el supuesto daño sufrido por los demandantes, ni tampoco falla del servicio respecto de la doctora Morantes Acevedo, por cuanto la atención profesional desplegada por la médico fue adecuada, pertinente, oportuna, integra y

conforme a la ciencia médica, a los procedimientos y protocolos para atender la situación física que presentaba la señora Rosa Ana. Además de que nunca abandonó o descuidó a la paciente siempre utilizó diligentemente en su atención los conocimientos médico-científicos requeridos.

Afirmó que no se acreditó el daño antijurídico sufrido por los demandantes ni la imputabilidad del mismo, como quiera que no se acreditó omisión o un mal procedimiento en la atención suministrada a la paciente por parte de la doctora Morantes, ya que desde su ingreso contó con un monitoreo constante y atención médico profesional. Adicionalmente, tampoco existió nexo de causalidad entre el procedimiento, manejo clínico y diagnóstico brindado para tratar la patología que presentaba la víctima ya que fue tratada diligentemente y conforme a la ciencia médica, según lo confirmó la perito. Luego concluyó que no hay lugar imputarle responsabilidad alguna por el daño antijurídico reclamado.

**3.7.- Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación – SCARE- (fl. 655-673)** Indicó que la parte accionante no logró acreditar la supuesta e inexistente falla del servicio y menos que la misma pueda sea imputable al actuar de la doctora Jeniffer Andrea Morantes Acevedo, médico general que atendió a la paciente los días 2 y 3 de febrero de 2012 en la ESE Hospital Regional de Miraflores, puesto que de las valoraciones se desprende que cumplió a cabalidad con las obligaciones de medio que a ella le asistían, esto es, actuó de acuerdo con la *lex artis* pues estudio de manera pertinente el cuadro clínico de la señora Rosa Ana ordenando los exámenes correspondientes y el tratamiento medicó adecuado.

Dedujo de acuerdo con el material probatorio que la doctora Morantes Acevedo y todos los médicos que atendieron a la víctima, fueron diligentes interpretando acertadamente el cuadro clínico de la paciente, así como los exámenes paraclínicos; no obstante, el caso de la paciente fue completamente súbito y rápido, pues no existió ningún criterio que sugiriera la existencia de neumonía adquirida en la comunidad, ya que el motivo por el cual fue dada de alta por la médico en mención no obedeció a un capricho sino a una actuación completamente indicada, presentándose así inexistencia de una conducta culposa y ausencia de nexo de causalidad entre el actuar adecuado de la médico y el supuesto daño alegado por los demandantes.

Finalmente, mencionó que en el evento en que se condene se tenga en cuenta que frente al llamamiento no le asiste satisfacer obligación de pago alguna, teniendo en cuenta que se configura falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que i) no es una compañía aseguradora; ii) el Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas no es un contrato ni una póliza de seguros de responsabilidad civil; iii) la doctora Morantes Acevedo no puede acceder a los beneficios jurídicos y económicos que pretendió adquirir con la afiliación al Fondo, como quiera que no cumplió con las

condiciones, deberes y términos pactadas y conocidos por ella para ser beneficiaria, siendo por tanto excluida.

### 3. CONSIDERACIONES:

#### 1.- Excepción: Falta de legitimación en la causa alegada por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación –SCARE-

Argumenta la Sociedad SCARE que no es una compañía de seguros, sino una corporación científica gremial sin ánimo de lucro y de derecho privado que apoya solidariamente a los profesionales de la salud que sean objeto de reclamaciones extra o prejudiciales, o sean vinculados a procesos civiles, penales, contenciosos administrativos, éticos o disciplinarios por el ejercicio mismo de su profesión, y que por tanto la relación que existe entre SCARE y sus afiliados no es una relación legal o contractual como refiere el artículo 225 del CPACA, sino por el contrario corresponde a una relación afiliativa que se regula por lo previsto en el reglamento del FEPASDE (Fondo Especial para el Auxilio Solidario de Demandas) que no implica un contrato de seguro, sino que se regula por los estatutos de la SCARE que prevén una serie de requisitos para el afiliado, a lo que concluye que no le asiste obligación alguna como garante y que la demandada Jennifer Morantes no se encuentra legitimada en la causa para llamar en garantía a la Sociedad en este proceso.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha reiterado que *"...la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, pues **la primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que da lugar a que se incoe la pretensión, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda y/o a la titularidad del derecho reclamado, independientemente de que dichas personas hayan demandado o sido demandadas***<sup>2</sup>. "(Negrilla fuera del texto).

Armonizando lo anterior, debe entonces precisarse el concepto de "capacidad para ser parte", el cual se ha definido por la jurisprudencia como la "la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, a saber, demandante o

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2007; Expediente: 1100103260019971350300 (13-503). C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Ver también auto del 1 de junio de 2017. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-F-2536-01(58174). C.P.: Hernán Andrade Rirón y sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02070-01(30374). C.P.: Olga Melida Valle De De La Hoz.

demandado. Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley (v.gr. art. 2º de la Ley 80 de 1993), para ser parte de cualquier relación jurídica”<sup>3</sup>.

De esta manera se ha considerado que los llamados en garantía no podrían ubicarse dentro de la relación jurídico-procesal como parte, es decir, como extremo demandante o como demandado, sino como terceros intervinientes que eventualmente pueden quedar o no atados por la sentencia que resuelva de fondo el asunto; motivo por el cual él aquí llamado en garantía no podía atacar su vinculación proponiendo la excepción de legitimación en la causa por pasiva, pues como se explicó, la misma se encuentra limitada al demandante y al demandado; teniendo entonces como vía procesal para abordar su vinculación los recursos a que hubiera lugar contra el auto que admitió el respectivo llamamiento en garantía<sup>4</sup>, por tanto, tal excepción no está llamada a prosperar.

En relación con los demás medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas y llamadas en garantía tal y como se señaló en la audiencia inicial (fl. 357) los mismos serán desarrollados de manera integral con el estudio de fondo del asunto.

## **2.- Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el 13 de febrero de 2018 (fl. 358 vto-360 vto.), corresponde al Despacho determinar si la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE ZETAQUIRA y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES son administrativa patrimonial y extracontractualmente responsables por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la muerte de la señora Rosa Ana Rojas Montaña ocurrida el día 4 de febrero de 2012, como producto de la presunta omisión consistente en una deficiente y tardía atención en la prestación del servicio médico.

Consecuentemente, y en el evento de determinarse la responsabilidad de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES, el Despacho procederá a establecer si LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, se encuentra llamada a responder por una eventual condena en atención a los amparos contenidos en las pólizas Nos. 1001854 y 1001091, suscritas por la aseguradora a favor de la ESE; al igual que los médicos JENIFFER ANDREA MORANTES ACEVEDO y FÉLIX ANDRÉS TARAZONA ALVARADO tiene responsabilidad como llamados en garantía, como quiera que fueron quienes atendieron a la señora Rosa Ana Rojas Montaña para el momento de los hechos.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 28 de febrero de 2017. Radicación número: 88001-23-33-000-2013-00094-01(52844). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>4</sup> Ibidem.

Finalmente, en caso de determinarse la responsabilidad de la señora JENIFFER ANDREA MORANTES ACEVEDO, el Despacho procederá a establecer si la SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN -SCARE-, se encuentra llamada a responder por una eventual condena en atención al plan G01 médicos de 15 años, al cual se había suscrito la llamada en garantía para poder acceder a los beneficios del Fondo de Especial para el Auxilio Solidario de Demandas.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho abordará, en su orden, los siguientes aspectos: **i)** Regímenes de Responsabilidad Patrimonial del Estado – Títulos de Imputación, **ii)** Responsabilidad del Estado por falla médica, **iii)** De la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias, **iv)** De la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica; y **v)** Caso concreto.

### **3.- Marco Jurídico:**

Inicialmente, habrá que recordarse que en tratándose del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, ha de tenerse en cuenta que en virtud del principio *iura novit curia*, corresponde al fallador determinar el régimen al cual se adecúan los hechos que han sido traídos por las partes al debate judicial. Al respecto se ha manifestado el Consejo de Estado de la siguiente manera:

*"...En efecto, es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, **corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso**, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión..."<sup>5</sup> (Negrilla fuera de texto).*

#### **3.1.- Fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.**

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia prevé el principio general de responsabilidad del Estado, al establecer:

**"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."*

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Rad.: 76001-23-31-000-195-j-01435-01(16734). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Ver también Sentencia de la misma sección de fecha 31 de mayo de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-00679-01(4 1649). C.P.: Danilo Rojas Betancourth, en la que se reiteró que: "... en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma."

De la referida norma, también se desprende que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales, a saber: **i)** un daño antijurídico y **ii)** una imputación jurídica, es decir, que el resultado (el daño) le sea atribuible al Estado, como consecuencia directa de la acción u omisión del servidor público.

La Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996 dejó por sentado que el artículo 90 Superior antes citado, consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en cualquiera de sus esferas – precontractual, contractual y extracontractual-, en virtud de la cual, los daños causados por éste le serán atribuidos bajo cualquiera de los títulos jurídicos de imputación reconocidos de antaño por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, tales como la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional<sup>6</sup>.

En similar sentido, en cuanto a la cláusula de responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha reiterado en múltiples oportunidades que:

*"(...) el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.***

*En consecuencia, **el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria** que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado".<sup>7</sup>(Negrita fuera de texto)*

Con fundamento en lo anterior, ha sido enfática la Máxima Corporación en insistir que en virtud del principio *iura novit curia*, el Juez a la hora de resolver el fondo del asunto, puede realizar el juicio de atribución de responsabilidad bajo cualquiera de los títulos de imputación señalados, aun cuando sean distintos de los invocados por el extremo demandante, siempre y cuando no se varíe la *causa petendi*; es decir, los fundamentos fácticos en que se sustentan las pretensiones de la demanda.

<sup>6</sup> En dicha providencia, destacó la Corte: "(...) el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Por el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, (...) para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad -recontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Radicación número: 76001-25-31-000-2006-02021-01 (37847). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Precisado lo anterior, es necesario definir los **elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado** a la luz de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, así:

### I). El daño:

Tradicionalmente, el daño ha sido definido por la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo como *"la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona"*<sup>8</sup>. Por su parte, la doctrina autorizada ha definido el daño como *"la alteración negativa de un estado de cosas existente"*<sup>9</sup> y como la *"aminoración patrimonial sufrida por la víctima"*<sup>10</sup>. Definición ampliada posteriormente, en el sentido de indicar que *"daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos"*<sup>11</sup>.

Así, su configuración y acreditación probatoria permitirán continuar con el estudio de los demás elementos que estructuran el juicio de responsabilidad, en la medida que resulta imposible atribuir daños inexistentes a las conductas activas u omisivas de los agentes estatales. Al respecto expuso el Consejo de Estado que *"el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, además debe ser antijurídico, como quiera que éste constituye un elemento necesario de la responsabilidad, de allí la máxima **"sin daño no hay responsabilidad"** y sólo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado"*<sup>12</sup>.

Bajo esos presupuestos, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido en forma unánime que el daño objeto de reparación será aquel que revista la connotación de **antijurídico**; es decir, aquella *"lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia del **daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable...**<sup>13</sup> (Negrita fuera del texto). De lo que se deriva entonces, que el daño será antijurídico con independencia de que la conducta que lo haya causado sea catalogada como culposa, ilícita

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación número: 63001-23-31-000-2002-01902-01(37879). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>9</sup> Henao, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado e Derecho Colombiano y Francés. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 1998. p 84.

<sup>10</sup> Ibidem

<sup>11</sup> Henao, Juan Carlos. Artículo: Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No 28, enero-junio de 2015. pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00465-01(28937). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-10128-01(34357). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

o contraria a derecho, tal como acontece en los eventos de responsabilidad objetiva del Estado donde procede su declaratoria aun cuando la causa del daño provenga de una conducta lícita.

Respecto de la **existencia y el carácter cierto del daño**, el Consejo de Estado ha resaltado:

*"El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>14</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>15</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio<sup>16</sup>.*

*La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>17</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual<sup>18</sup>."*<sup>19</sup>

## II). La imputación:

Conforme al contenido del Art. 90 Superior, para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado, además del daño antijurídico debe llevarse a cabo un análisis de imputación<sup>20</sup> que ha sido definido como *"la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello."*<sup>21</sup>, con el cual se persigue establecer un fundamento normativo del que se derive la obligación de reparar un daño a determinada persona. De lo cual, se tiene entonces que el análisis de imputación se desarrolla desde dos esferas, a saber: **i)** desde el ámbito fáctico –conocida como *"imputatio facti"* y **ii)** desde el ámbito jurídico –denominada *"imputatio iuris"*.

En lo que refiere a la **imputación fáctica**, sostiene la jurisprudencia que con ella *"se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante)"*<sup>22</sup>. Dentro de la cual, resultan relevantes las instituciones e ingredientes normativos imbricados y

<sup>14</sup>. CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.517.

<sup>15</sup>. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>16</sup>. Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 2 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

<sup>17</sup>. CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.4f 3. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

<sup>18</sup>. HENAO, Juan Carlos, El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extrac contractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131.

<sup>19</sup>. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01902-01(37879). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>20</sup>. Al respecto, Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013. Exp. 18274.

<sup>21</sup>. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).

<sup>22</sup>. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp. 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).

aplicados en la jurisprudencia contenciosa administrativa, desde la teoría de la imputación objetiva<sup>23</sup>.

Por su parte, sostiene la Sección Tercera de la Corporación, que en la **imputación jurídica**<sup>24</sup> "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 -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional)."<sup>25</sup> Así, la imputación jurídica es "un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios"<sup>26</sup>, que fueren ocasionados a partir de su culpa -falla del servicio-, de la concreción de un riesgo excepcional, o de la causación de un daño anormal y grave que rompe el equilibrio de las cargas públicas -daño especial.-

Así mismo, debe precisarse que es en la **imputación fáctica** donde cobra relevancia el estudio del **nexo de causalidad**, que permite atribuir el resultado lesivo a la conducta del agente estatal. En cuanto a la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en sentencia de 2016<sup>27</sup> el Máximo Tribunal expresó:

*"Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991<sup>28</sup>, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo<sup>29</sup>, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada. Dicho en otros términos, **la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.***

<sup>23</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569: "(...) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto (...)"

<sup>24</sup> "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, N. Iguel. Derecho administrativo. Parte general, ob., cit., p.927.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-25-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. Int: 18274.

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Exp. 66001233100020030074801(34.796)

<sup>28</sup> La complejidad del asunto traído a colación quedó puesta de presente, por vía de ejemplo, con ocasión de la aprobación del siguiente pronunciamiento por parte de esta Sala: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898). En aquella oportunidad, la posición mayoritaria de la Sala se inclinó por señalar que lo procedente de cara a llevar a cabo "el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado" es acometer dicha tarea "...a través de la siguiente estructura conceptual: 1) daño antijurídico, 2) hecho dañoso, 3) causalidad, y 4) imputación". Empero, frente a la anotada postura, el Magistrado Enrique Gil Botero optó por aclarar su voto por entender que la comprensión que se viene de referir desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico" [cita del original].

<sup>29</sup> De hecho, en el pronunciamiento que acaba de referenciarse --nota a pie de página anterior--, a pesar de la claridad en torno al título jurídico de imputación aplicable al asunto de marras --riesgo excepcional derivado del funcionamiento de redes eléctricas y de alto voltaje--, las aplicaciones de la demanda fueron desestimadas porque desde el punto de vista de la causalidad, esto es, desde una perspectiva eminentemente naturalística, fenomenológica, el actor no consiguió demostrar el acaecimiento del suceso que atribuía a la entidad demandada --una sobrecarga eléctrica-- y con fundamento en el cual pretendía que se atribuyese responsabilidad indemnizatoria a ésta última como consecuencia del advenimiento de los daños que --esos sí-- fueron cabalmente acreditados dentro del plenario. Y adhiriéndose que en relación con el sentido de la decisión --y, por tanto, en relación con esta manera de razonar-- no hizo explícito, en la también referida aclaración de voto, su desacuerdo el H. Consejero de Estado que la rubricó" [cita del original].

Finalmente, en lo que atañe a las teorías aplicadas en relación con la causalidad, el Consejo de Estado ha reiterado<sup>30</sup> el criterio definido desde el año 2002<sup>31</sup> indicando que:

*"El elemento de responsabilidad **"nexo causal"** se entiende como la **relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada** y probada o presumida, según el caso, **con el daño demostrado o presumido**. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si **aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico**. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto **dos teorías: la equivalencia de las condiciones** que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de **causalidad adecuada**, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. (...) Y sobre la teoría de la **causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce**. De estas teorías **en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito**<sup>32</sup>". (Negrita fuera de texto).*

### **3.2.- De la responsabilidad estatal por falla del servicio – Falla médica:**

En torno al punto del régimen de responsabilidad de la falla en el servicio, el Consejo de Estado ha señalado:

*"(...) la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva– del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las cuales incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte, la entidad pública demandada podrá excluir su responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos– o si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero."<sup>33</sup>.*

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que existe falla en el servicio cuando se demuestre que la entidad pública infringió por acción u omisión un deber a su cargo, y para el caso de la responsabilidad médica del Estado se ha reiterado que "la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración **no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la lex artis o, dicho de otro modo, que es consecuencia del funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, pues también la**

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Exp. 54001233100019980032001(41330).

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2001. Exp. 05001232400019930023801 (13318).

<sup>32</sup> Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Radicación número: 19201-23-31-000-2000-03226-01(26855). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

**actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra”<sup>34</sup>. (Negrilla fuera del texto)**

No obstante, cuando el daño no es producto de una falla del servicio sino por el riesgo asociado a dicha actividad médica, el Consejo de Estado ha indicado que el caso deber analizarse bajo el régimen objetivo de responsabilidad.

Así, en lo relativo a la responsabilidad del Estado por falla médica, se tiene que se han presentado diferentes títulos de imputación, explicados por el Consejo de Estado, a saber: i) se determinó que procedía el régimen subjetivo de la **falla probada del servicio**, el cual se exigía a la parte demandante la aportación de las pruebas para acreditar el daño, el incumplimiento del deber obligacional y el nexo causal entre uno y otro<sup>35</sup>; ii) luego se acogió el título de imputación de **falla presunta del servicio** que fijó en cabeza del cuerpo médico la obligación de probar que su actuar se hizo de forma diligente y conforme a los postulados de la «lex artis»; iii) posteriormente se adoptó la teoría de las **cargas probatorias**, la cual ordenaba que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia<sup>36</sup>, y vi) finalmente se acogió nuevamente el título de imputación subjetivo de la **falla probada del servicio**, el cual se aplica actualmente y exige la demostración de todos los elementos que la configura, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel.

De igual forma, el Consejo de Estado<sup>37</sup> ha reiterado que **“la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla probada del servicio”<sup>38</sup>, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado<sup>39</sup>, le son propias. Así, en el estado actual de la jurisprudencia sobre la materia, quien alegue que existió un defecto en la prestación del servicio médico asistencial, debe demostrar tal falla, así como también el daño y los elementos que permitan concluir que este último es atribuible a aquélla y no a eventos extraños<sup>40</sup>. (Negrilla fuera del texto).**

Además ha reiterado que **“las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho<sup>41</sup> son de medio y no de resultado”**, por lo que

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22421, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertussis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991. Radicado: 6253. Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, radicado: 6477. Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo entre otras.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, radicado: 11878. Magistrado ponente Alier Hernández Enríquez. Esta línea se reitero, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, radicado: 14421, Magistrado ponente Alier Hernández Enríquez y sentencia del 11 de mayo del 2006, radicado: 14400, Magistrado ponente Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 30 de marzo de 2017. Radicación número: 66001-23-31-000-2002-00576-01(37125). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>38</sup> Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, ibidem y de 3 de octubre de 2007, exp. 16400, de 28 de enero de 2009, exp. 16700 y de 9 de junio de 2010, exp. 18.683, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Con ponencia de quien proyecta este fallo ver sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 25331.

<sup>39</sup> Ver, entre otras: Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de la Subsección “B”, sentencia de 4 de junio de 2012, exp. 22411, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>40</sup> Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>41</sup> Se entiende por acto médico propiamente dicho el que involucra “la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20.502, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*"en los casos en que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, la parte actora tiene la carga de demostrar la falla del servicio atribuible a la entidad"*<sup>42</sup>.

De igual forma ha de tenerse en cuenta que tal y como lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado, este título de responsabilidad, opera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

*"... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz"*<sup>43</sup>.

De esta manera y cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la "lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz", se debe observar que esta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integralidad en la prestación de dicho servicio, frente a lo cual se ha señalado:

*"La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada"*<sup>44</sup>.

De allí que el principio de integralidad del servicio requiere, que *"todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*<sup>45</sup>. Y por tanto se considera que hay un daño *"... cuando se produce un dolor*

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 3 de mayo de 2013, Radicación número: 25000-23-26 000-2001-00572-01(26352) C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>43</sup> Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 35636.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

*intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda..."*<sup>46</sup>

Así mismo, el Consejo de Estado en relación con la **asistencia médica** ha expresado:

*"La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídica total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)"*<sup>47</sup>.

Así las cosas, se encuentra claro que por regla general el régimen aplicable a la responsabilidad médica es la falla probada del servicio, según la cual, la parte interesada debe acreditar el daño, la actividad médica y el nexo causal entre ésta y aquel, para lo cual podrá hacer uso de los medios probatorios legalmente aceptados, incluida la prueba indiciaria; no obstante, cuando dicha actividad médica implica riesgos inherentes a su ejercicio, el régimen pasa de ser subjetivo a objetivo, como quiera que ya no interesa si la actuación desplegada por la entidad fue diligente, en razón a que el riesgo asociado a la actividad médica es el que genera el daño antijurídico que se reclama.

### **3.3.- De la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias.**

En relación con la prestación del servicio de salud, y el sistema de seguridad social, tenemos que el mismo se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, la cual además determinó los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras y los niveles de atención que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones, a los cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización, dependiendo la complejidad.

Por su parte el Decreto 412 del 6 de marzo de 1992, reglamentó lo relacionado con el servicio de urgencias, señalando que dicha normatividad sería aplicable a todas las entidades prestatarias de servicios de salud, públicas y privada y en su artículo 3º adoptó las siguientes definiciones:

<sup>46</sup> Consejo de Estado 2 de mayo de 2018. Consejero Ponente: JAI ME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación interna (40958)  
<sup>47</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

*"1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*

*2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.*

*3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.*

*4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.*

*5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.*

*La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios..."*

Entonces, frente a la atención inicial de urgencia, el mencionado Decreto refirió en su artículo 4º la responsabilidad de las entidades de salud para supeditarla al nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determinará el Ministerio de Salud y la fijó desde el momento de la atención hasta que el paciente fuera dado de alta o, en el evento de remisión, hasta el momento en que el mismo ingresara a la entidad receptora.

Del mismo modo el mentado decreto refiere la responsabilidad de la entidad prestadora de salud desde el momento de la atención, es decir desde el instante mismo en que el paciente ingresa al centro médico, clínico u hospitalario, generándose de esta forma la garantía constitucional de recibir atención oportuna, eficaz y de calidad.

### **3.4.- De la valoración médica del paciente - Diagnóstico:**

Al respecto, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>48</sup> que a los médicos no se les puede imponer el deber de acertar en el diagnóstico, y que en esa medida la responsabilidad de la administración no resulta comprometida sólo porque se demuestre que el demandante sufrió un daño como consecuencia de un diagnóstico equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones.

De esta manera cuando se pretende declarar la responsabilidad de la administración por error de valoración, es deber de la parte actora acreditar que el servicio médico no se prestó apropiadamente, al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

*"En los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, la parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente por ejemplo, el profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad."<sup>49</sup> (Subraya del Despacho)*

Así las cosas, el juez deberá efectuar un análisis completo, en aras de determinar si hubo o no la falla, estudiando de manera acuciosa la información consignada en la historia clínica con objeto de comprobar cuáles fueron las acciones que se ejecutaron para orientar el diagnóstico de la enfermedad, al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

*"...En especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapen a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que "el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico"<sup>50</sup>.*

Como corolario de lo anterior, en lo que refiere al diagnóstico se tiene que: **i)** debe elaborarse sin ligereza y de forma responsable, **ii)** se basa en los síntomas que presenta el paciente y la información que el mismo suministra

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013) Radicación número: 54001-1331-000-1997-12658-01(31724).

<sup>49</sup> Ver cita 34.

<sup>50</sup> Sentencias de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, 27 de abril de 2011, exp. 19846 y de 10 de febrero de 2011, exp. 19040..."

al ingresar al servicio de urgencias, **iii)** la historia clínica es la base fundamental para determinar qué acciones se desplegaron para direccionarlo, **iv)** los elementos y situación en que se encontraba el médico de turno son determinantes para establecer su orientación.

### **3.5.- De la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica.**

Ha sido estudiada por el Consejo de Estado<sup>51</sup> desde dos ópticas: una, que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un "daño autónomo"<sup>52</sup>, y otra, que afirma que **el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal**<sup>53</sup>. Esta última frente a la cual ha aclarado que *"la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; **que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad perdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos.**"*<sup>54</sup> (Negrilla fuera del texto).

Al respecto, la Corporación<sup>55</sup> ha estimado que *"la pérdida de oportunidad constituye un daño de naturaleza autónoma, al considerar que "se ubica en el campo del daño – sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, **resulta ser un perjuicio autónomo**"*<sup>56</sup>. (Subrayado fuera del texto).

De igual forma ha reiterado<sup>57</sup> que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como **daño autónomo cobra mayor relevancia en aquellos casos en los que existe incertidumbre acerca del beneficio que pudo obtener la víctima**, que la prueba del nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la actuación de la Administración<sup>58</sup>, al señalar que *"(...) constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una*

<sup>51</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Providencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 25706 de 5 de abril de 2017; entre otras.

<sup>53</sup> Puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Expediente 25869 de 24 de octubre de 2013; Salvamento de voto formulado por el consejero Enrique Gil Botero a: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 17001 de 19 de octubre de 2008.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, providencia del 24 de octubre de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869). C.P. Enrique Gil Botero

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Providencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>56</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el 8 de junio del mismo año, exp. 19.360. y la del 26 de enero de 2012, exp. 21.726, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, exp. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) y del 9 de octubre de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286) CP; Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 25000232600020000215101, CP; Ramiro Pazos Guerreiro; Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, exp. 23-01-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP; Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).<sup>59</sup>

Por lo cual, ha establecido unos elementos esenciales para su configuración<sup>60</sup>, a saber: i) Certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado<sup>61</sup>, los cuales han sido reorganizados por la jurisprudencia para un mejor análisis en los siguientes términos:

- a) **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado**, que implica *"establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación (...)"*<sup>62</sup>
- b) **Certeza de la existencia de una oportunidad**, que conlleva *"constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar<sup>63</sup> inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente."*
- c) **Pérdida definitiva de la oportunidad**, que consiste en *"acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la*

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.645.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Providencia del 30 de mayo de 2019, Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá, 4 de agosto de 2014, expediente No. 11001-31-03-003-1998-07770-01.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, SCA., Sección Tercera, Subsección B, Providencia del 12 de octubre de 2017, Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803), C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>63</sup> ibidem

*oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual”<sup>64</sup>*

#### **4.- CASO CONCRETO:**

Atendiendo entonces al régimen jurídico aplicable al sub júdice, y a partir de los fundamentos normativos y jurisprudenciales decantados en precedencia, procederá el Despacho a establecer la existencia del daño antijurídico invocado por los demandantes, para luego y en caso afirmativo, definir si tal daño resulta fáctica y jurídicamente imputable a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE ZETAQUIRA y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE MIRAFLORES y consecuentemente a los llamados en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, FÉLIX ANDRÉS TARAZONA ALVARADO, JENIFFER ANDREA MORANTES ACEVEDO y SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN -SCARE-.

##### **4.1.- Del Daño:**

Según lo indicado en el escrito de la demanda, el daño cuya indemnización se invoca corresponde a la muerte de la señora Rosa Ana Rojas Montaña, ocurrida el 04 de febrero de 2012, la cual según los demandantes, se ocasionó por una deficiente y tardía atención médica prestada, ya que la paciente era de avanzada edad (71 años) y presentaba neumonía severa y falla cardiaca, padecimientos que consideran no fueron tratados de manera oportuna e idónea y conllevaron a su fallecimiento.

- **De la existencia del daño.**

Al respecto, encuentra el Despacho que el 04 de febrero de 2012, la señora Rosa Ana Rojas Montaña falleció, según se desprende del registro civil de defunción (fl. 20).

Así las cosas, se encuentra acreditada la existencia del daño, que consistió en la muerte de la víctima.

- **Del hecho generador del daño.**

Al respecto, de la causa de la muerte de la señora Rojas Montaña, no obra informe o protocolo de necropsia, como quiera que los familiares se negaron a la práctica de procedimiento, según se desprende de la historia clínica (fl. 198, 205, 218 vto. y 222 vto.); no obstante en el dictamen pericial se señaló que **“Teniendo en cuenta la historia clínica descrita de la señora ROSA ANA ROJAS MONTAÑA se considera como primera posibilidad la causa de muerte un proceso infeccioso pulmonar (neumonía)”** (fl. 584) (Negrilla fuera del texto). Luego se advierte que la muerte de la víctima pudo ser producto de un proceso infeccioso pulmonar.

---

<sup>64</sup> Ibidem

## 4.2. De la imputación fáctica y jurídica del daño.

### 4.2.1.- De la actividad médica desplegada por la ESE Centro de Salud de Zetaquirá<sup>65</sup> y la E.S.E. Hospital Regional de Miraflores<sup>66</sup>

#### 4.2.1.1.- El 1º y 2º de febrero de 2012.

De conformidad con la historia clínica se pudo establecer que, el 01 de febrero de 2012, la señora Rosa Ana Rojas Montaña, ingresó por urgencias a la **ESE Centro de Salud de Zetaquirá** por una dificultad respiratoria, determinándose por la médico de turno Ángela Cristina Ríos que la atendió como impresión diagnóstica: **neumonía, valvulopatía y reemplazo valvular** y como plan de manejo, entre otros, remisión a un segundo nivel, esto es, al Hospital Regional de Miraflores, según se registró en la consulta por urgencias y en el formato de referencia:

<p>01/02/2012 18:20</p>	<p>"HOJA DE CONSULTA URGENCIAS                  (...) B.1. <b>Motivo de Consulta: Dificultad respiratoria.</b>                  B.2. <i>Historia de Enfermedad Actual:</i> Paciente con cuadro clínico de 1 día consistente en dificultad respiratoria asociada a tos con expectoración y fiebre no cuantificada                  B.3. <i>Antecedentes:</i> valvulopatía con reemplazo valvular Alergia lovastatina                  (...) B.5. EXAMEN FÍSICO:                  B.5.1. <i>Signos vitales:</i> Temp. 38,9 Fc. <sup>67</sup>: 76, Fr.<sup>68</sup>: 22 (...) TA.<sup>69</sup>: 130/80 (...) Sat<sup>70</sup> 91%                  B.5.2. <i>Hallazgos</i> Mucosa oral húmeda, campos pulmonares con estertores bibasal sibilancias ruidos cardiacos rítmicos con chasquidos de apertura extremidades sin edema.                   (...) <b>B.7. Impresión diagnóstica, conducta, manejo, plan:</b>  <b>IDx Neumonía</b>  <b>Valvulopatía</b>  <b>Reemplazo Valvular</b>                   Plan: MNB<sup>71</sup> con berodual, LEV<sup>72</sup> + Dipirona  <b>Remisión a Miraflores</b></p>	<p>"Formato de referencia                  (...)B.1. <i>Motivo de Consulta:</i> Dificultad respiratoria.                  B.2. <i>Historia de Enfermedad Actual:</i> Paciente con cuadro clínico de 2 día consistente en dificultad respiratoria asociada a tos sin expectoración y fiebre no cuantificada                  B.3. <i>Antecedentes:</i> valvulopatía mitral con reemplazo valvular Alergia a lovastatina                  (...) B.5. EXAMEN FÍSICO:                  B.5.1. <i>Signos vitales:</i> Temp. 38,9 Fc. <sup>73</sup>: 76 Fr.<sup>74</sup>: 22 (...) TA.<sup>75</sup>: 130/80 (...) Sat<sup>76</sup> 90                  B.5.2. <i>Hallazgos</i> Mucosa oral húmeda, campo campos pulmonares con sibilancias y estertores bibasal?                   (...) B.7. <i>Impresión diagnóstica, conducta, manejo, plan:</i>                  IDx Neumonía?                  Valvulopatía                   MNB<sup>77</sup> Berodual                  LEV<sup>78</sup>                  Dipirona                   (...) C: DE LA REFERENCIA                  C.1 INDICACION Y ESPECIALIDAD  <b>REFERENCIA</b>  <b>Valoración</b></p>
-----------------------------	--	---

<sup>65</sup> En dicha EPS fue atendida por un médico de servicio social obligatorio: doctora Ángela Cristina Ríos, auxiliar de enfermería: Sandra Carmenza Camargo Gambo y conductor de ambulancia: Iban Zorro Alfonso (fl. 383).

<sup>66</sup> En dicho Hospital fue atendida por los médicos generales Félix Tarazona, Jennifer Morantes y Johana Lloa Melo (fl. 428).

<sup>67</sup> Frecuencia cardíaca

<sup>68</sup> Frecuencia pulmonar

<sup>69</sup> Tensión arterial

<sup>70</sup> Saturación de oxígeno

<sup>71</sup> Micronebulización

<sup>72</sup> Líquidos endovenosos

<sup>73</sup> Frecuencia cardíaca

<sup>74</sup> Frecuencia pulmonar

<sup>75</sup> Tensión arterial

<sup>76</sup> Saturación de oxígeno

<sup>77</sup> Micronebulización

<sup>78</sup> Líquidos endovenosos

	Dra. Ángela Cristina Ríos" (fl. 246, vto. y 386). (Negrilla fuera del texto).	Profesional que remite Dra. Ángela Cristina Ríos" (fl. 212, vto., 247 y vto.). (Negrilla fuera del texto)
--	---	---

En relación con dicha atención brindada a la víctima en su primer ingreso a la ESE Centro de Salud de Zetaquirá, la **doctora Ángela Cristina Ríos en su testimonio** contestó:

"(...) yo me encontraba haciendo mi año rural obligatorio, aquí llega más o menos a las 6 de la tarde la paciente es una **paciente de 73 años con una comorbilidad muy importante con una cardiopatía un reemplazo valvular aortica y valvulopatía mitral llega con un cuadro de dificultad respiratoria, un pico febril que nos había referido la familiar, disnea cabe mencionar que yo me encontraba en un centro de salud donde no contamos con urgencias habilitadas como tal solamente tenemos una prestación de una consulta prioritaria la vemos de manera casi inmediata se le hace la atención inicial y considero que con las herramientas que tengo en el momento no puedo atenderla y la traslado a otro unidad la traslado al hospital de Miraflores que era mi segundo lugar de remisión allá es trasladada (...)**<sup>79</sup>en el momento inicial es una paciente que presenta un cuadro de dificultad respiratoria con pico febril **con algunos factores de riesgo que era la edad mayor de 65 años y las comorbilidades como tal, ante esto decido remitirla porque no tengo la competencia suficiente**<sup>80</sup> (...) **Mi primera impresión diagnóstica es un paciente con un cuadro de dificultad respiratoria un síndrome febril que lo que podría marcar entre un diagnóstico sindromático que podría ser una infección de vías respiratoria sin encontrarse un proceso neumónico, mi primera impresión diagnóstica fue una neumonía pero dejo entre mi segundo diagnósticos una posible falla cardíaca dado el antecedente que el paciente puede tener de una cardiopatía.**<sup>81</sup> (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, la **perito médico internista Derly Milena Peña Ramírez**, al estudiar la atención médica brindada a la señora Rosa Ana, el día 1º de febrero de 2012 en la ESE de Zetaquirá, refirió que había sido acorde con las guías médicas:

"En el Centro de Salud de Zetaquirá la doctora Ríos valoro en la primera ocasión a la señora ROSA ANA ROJAS MONTAÑA por el interrogatorio y los hallazgos clínicos al examen físico **considero como primera posibilidad la impresión diagnóstica de neumonía por lo que inicio manejo de acuerdo a la guía que es garantizar un acceso venoso, dar manejo inicial con medicamentos broncodilatadores (berodual) y analgesia y considerar la toma de exámenes complementarios para confirmar o descartar el diagnóstico, los cuales son realizados en segundo nivel de atención (Miraflores) por lo que se realiza la remisión.**

(...) En la valoración médica realizada el día primero de febrero de 2012 **se indicó remisión a segundo nivel de atención dada la sospecha clínica de neumonía para valoración médica y toma de paraclínicos de extensión. (Radiografía y toma de exámenes de laboratorio)**" (fl. 574) (Negrilla fuera de texto).

<sup>79</sup> (Min 01:51:50 a 01:52:38)

<sup>80</sup> (Min 01:57:25 a 01:58:15)

<sup>81</sup> (Min 02:01:16 a 02:01:38)

De acuerdo con la guía de manejo de neumonía adquirida en comunidad<sup>82</sup> de la Institución se corrobora lo manifestado por la perito, ya que se señala que cuando se observe que el paciente presenta en el examen clínico efusión pleural<sup>83</sup>, descompensación de sus comorbilidades<sup>84</sup> de base (fl. 393), como fue el caso de la víctima que su estado arroja un impresión diagnóstica de neumonía que sumado con unos antecedentes de valvulopatía implicaban unos factores de riesgo de complicaciones (fl. 397), que sugirieron un manejo inicial –estabilización previa del enfermo- y como procedimiento a seguir, debido a su dificultad respiratoria era criterio de hospitalización remitirla a un nivel superior de complejidad (fl. 298, 393 y 399), que para el caso de la ESE el lugar más próximo y de mediana complejidad era el Hospital Regional de Miraflores.

Así mismo, del protocolo de referencia y contra referencia de la ESE se advierte que son procedentes los traslados para diagnóstico o tratamiento de patologías que superen la capacidad técnica y/o científica de la ESE, esto es, por ejemplo cuando se necesite la complementariedad de un servicio para la atención de un paciente (fl. 278 y 286), que para el caso que nos ocupa se requería la toma de unos exámenes complementarios (laboratorio y radiográficos) para confirmar o descartar el diagnóstico dado en un primer momento, por lo que sin duda alguna se procedió a su remisión previo la suscripción de un formulario de referencia (fl. 277, 281-282).

De lo antes expuesto, se concluye que la actuación desplegada por E.S.E. de Zetaquirá en ese primer estadio fue adecuada y conforme al nivel primario de atención para el cual está habilitada (fl. 462-463 y 477), esto es, brindar consulta externa general y consulta prioritaria (fl. 274), sin que por dicha capacidad limitada puede endilgarse responsabilidad alguna por el infortunado suceso de la víctima.

Posteriormente y en esa misma fecha **fue remitida a la ESE Hospital Regional de Miraflores**, siendo recibida en dicha entidad y atendida en un primer momento por el doctor Félix Andrés Tarazona Alvarado en el servicio de urgencias quien determinó como un posible diagnóstico **neumonía adquirida en comunidad y antecedente de prótesis valvular aortica hace 4 años** y como plan de manejo unos exámenes de laboratorio y radiológico y posterior revaloración, según se desprende de las siguientes anotaciones médicas:

01/02/2012 20:30:27	"ATENCIÓN DE URGENCIAS (...) TA: 100/67 Tº: 36.8 FC: 93X', FR: 20X', SP02: 93% SIN O2 MC <sup>85</sup> : Remitido de Zetaquirá.
------------------------	---

<sup>82</sup> "La NAC es la infección aguda del parénquima pulmonar que se desarrolla fuera del ambiente hospitalario, se manifiesta en las primeras 48 horas del ingreso al hospital o después de siete días de haber egresado." (fl. 396).

<sup>83</sup> "El derrame pleural es la acumulación anómala de líquido en el espacio pleural (el área entre las dos capas de la fina membrana que recubre los pulmones. Se puede acumular líquido en el espacio pleural como consecuencia de un gran número de trastornos, como infecciones, tumores, reumatismos, insuficiencia cardíaca o hepática, coágulos de sangre en los vasos sanguíneos del pulmón (embolia pulmonar) o fármacos. Los síntomas pueden incluir dificultad respiratoria y dolor torácico, especialmente al respirar y toser. El diagnóstico se realiza mediante radiografía de tórax, (...) Recuperado de: <http://www.diccionario.medical.com/definicion/pleuritis> y <http://www.diccionario.medical.com/definicion/pleuritis>

<sup>84</sup> "conocida como "morbilidad asociada", es un término utilizado para describir dos o más trastornos o enfermedades que ocurren en la misma persona." Recuperado de <http://www.diccionario.medical.com/definicion/morbilidad>

<sup>85</sup> Motivo de consulta

	<p>EA<sup>86</sup>: Paciente que refiere que hace 1 mes viene con deterioro de la clase funcional III/IV asociado a episodios eméticos, diarrea sin moco ni sangre, episodios febriles cuantificados hoy 38.9 desde a aproximadamente 4 días.</p> <p>Rxs: indica leve dolor abdominal, dolor torácico de 1 mes de evolución no opresivo, no irradiado.</p> <p>Ant:</p> <p>Patológicos: reemplazo de válvula aortica hace 4 años</p> <p>Alérgica a la lovastatina?</p> <p>EF: Signos vitales arriba anotados</p> <p>Paciente alerta, colaboradora, mucosas cianótica, dificultada respiratoria moderada FC: 94X' FR: 22 X'afebril, no ingurgitación yugular, RsCs con soplo en foco aórtico y mitral sistólico. Rsp con estertores en base pulmonar derecha, abdomen blando depresible, no doloroso. Extremidades sin edema, dilataciones varicosas, leve cianosis en dedos manos y pies, llenado capilar de 3 segundos.</p> <p>Análisis: paciente con cuadro clínico de predominio de síntomas respiratorios con pico febril reportado en sitio de remisión taquicardia, taquipneica, (desaturada), cianótica no desaturada, en quien se sospecha una NAC.</p> <p><b>IDX: NAC?</b></p> <p><b>ANT DE PROTESIS VALVULAR AORTICA HACE 4 AÑOS</b></p> <p><b>PLAN: SS Rx Tórax</b></p> <p><b>CH-PCR</b></p> <p><b>Revalorar con resultados</b></p> <p>Félix A Tarazona                  Médico Cirujano.</p> <p>NOTA TURNO: Se reporta ecocardiograma:                  Prótesis en posición aortica con esclerosis leve, esclerosis valvular mitral, FE: 62% V/ con diámetros y función sistólica normal disfunción diastólica.</p> <p>Félix A. Tarazona                  Médico Cirujano" (fl. 207, vto., 224 y vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
--	---

Así mismo, de tal actuación se registraron las siguientes notas de enfermería y evolución médica con sus respectivas ordenes:

F/H	Notas de turno, órdenes y evolución médica	Notas de enfermería, tratamiento y resultados exámenes
01/02/12 20+30		"CONTROL DE SIGNOS VITALES (...) T.A. 100/67 Tº. 36.8 F.C. 93X' F.R. 20X' 93% sinO2" (fl. 213, 227 vto., 416 vto. y 425)
		"(...) Ingresa paciente remitida del centro de salud de Zetaquirá, llega con vena permeable se ubica en consultorio, es valorada por el Dr Félix quien ordena tomar laboratorios tubo rojo y líla, y rayos x de Ap-la'. Pendiente resultados.23+00pm= previa valoración de laboratorios y rayos x Dr Félix ordena dejar paciente en observación se ubica en la unidad 218 y se aplica medicamentos." (fl. 210, 226, 412 vto., 415, 419 y 422)
21:47:05		<b>RESULTADO LABORATORIO CLINICO</b> (...) <u>Cuadro hemático</u> Hematocrito 42 % Hemoglobina 14 g/di Leucocitos 1110 mm Neutrófilos 83 % Linfocitos 17 % <b>INMUNOLOGIA</b>

		PCR 12 mg/L <6mg/L OBSERVACIONES
		BACTERIOLOGO" (fl. 211 vto. y 227) (Negrilla fuera del texto).
22+40	ORDENES MEDICAS (...) 1 Dieta corriente 2. La SSN 0.9% A 80CC/hora 3 Diclofenaco 75 mg IV dosis Única 4 CSV- AC RAFAEL Félix A. Tarazona Médico Cirujano" (fl. 208 y 225)	"TRATAMIENTOS (...) Diclofenaco 75 mg IV a hora 23 SSN 0.9% 500cc IV 80CC/hora 21 3er Turno Rafael" (fl. 211 y 226 vto.)

Debido a los resultados de los exámenes practicados al ingreso, la señora Rosa Ana fue dejada en observación esa noche, efectuándose los siguientes registros:

	"(...) Paciente que presento al ingreso taquipnea y cianosis con leves estertores tipo velero en base pulmonar derecha, con cuadro hemático que revela neutrofilia, PCR leve aumento positiva con RX quien presenta nódulos pulmonar. IDX: Ant de reemplazo valvular aórtico. Bronquitis? NAC? Nódulos pulmonares? <b>Se deja en observación para vigilancia de signos clínicos de SIRS</b> Félix A. Tarazona Médico Cirujano" (fl. 209 y 225 vto.) (Negrilla fuera del texto)
22+50	"NOTA TURNO 22+50 01/01/12 <b>Paraclínicos CH: LEU 11.1 N: 83 L: 17 HB: 14 HTC: 42 PCR: 12</b> <b>RX tórax: Nódulos pulmonares difusos, aumento de la rama bronco alveolar no atrapamiento aéreo.</b> Paciente en el momento con placas exantemáticas pequeñas en todo el cuerpo. Análisis: paciente con historia clínica de patrón respiratorio, no taquipnea, leve cianosis, taquicardia, sin desaturación, se <b>decide dejar en observación para vigilancia de SIRS</b> <b>Plan: observación</b> OBSERVACION VOM Félix A. Tarazona Médico Cirujano  DIAGNOSTICO DX PRINCIPAL: Bronquitis J410 (...) Impresión diagnóstica Fecha de Egreso Urgencias DIA 01 MES 02 AÑO 2012 21+50" (fl. 207, vto., 224 y vto.) (Negrilla fuera del texto)
01/02/12	EPICRISIS UNICA CONTINUA (...)MOTIVO DE CONSULTA: Dificultad respiratoria ENFERMEDAD ACTUAL: Cuadro clínico de 1 mes de evolución de deterioro de la clase funcional, aociada a tos seca. ANTECEDENTES: Reemplazo valvular aórtico hace 4 años, alérgica a lovastatina. EXAMEN FISICO: SV: FC:92 SAT:92% FR:22X', TA:140/100 , consiente, alerta, colaboradora, cianótica, taquipnea, RsRs sin soplos, RsRs con estertores ILEGIBLE abdomen normal, edema grado II en MMII OTROS DIAGNOSTICOS: Bronquitis aguda. <b>AYUDAS DIAGNOSTICAS: CH: Leu: 11.1 N:83% HB:12 PCR: 12</b> Tratamiento inicial: SSN 0.9% a 80cc hora Vigilancia de signos vitales  Félix A Tarazona Médico Cirujano." (fl. 206 y 223) (Negrilla fuera del texto)

Y generándose las siguientes anotaciones de enfermería, órdenes y tratamiento médico a seguir, la toma de unos nuevos exámenes para descartar compromiso infeccioso:

F/H	Notas de órdenes y evolución médica	Notas de enfermería y tratamiento
02/02/12 04+30		"(...) Paciente se retira voluntariamente los líquidos, se canaliza en MSI con venocath 18" previa asepsia y antisepsia en área de punción queda vena permeable." (fl. 210, 226, 412 vto., 415, 419 y 422)
05+55		"(...) queda paciente en unidad con vena permeable, no hipertermia acepto tratamiento, diuresis (+) dep (-) pendiente laboratorios. Aux = Rafael." (fl. 210 y 226)
06+00	<p>EVOLUCION MEDICINA GENERAL 6+00          Paciente de 73 años con IDX.          1. NAC?          2. Bronquitis?          3. Nodulos pulmonares          4. Ant. de reemplazo valvular aórtico (hace 4 años)          Subjetivo: Paciente refiere algo de tos seca, sin movilización de secreciones, Mejoría de la disnea, no fiebre, dolor en espalda leve.          Objetivo: SV FC: 75X", FR: 18X", TA: 65/36 SAT 92% amb          Paciente alerta, colaboradora, con mucosas rosadas, leve cianosis peribucal, no ingurgitación yugular, RsCs con soplo sistólico II/III en foco aórtico y mitral, rítmicos, RsRs con Exertores ocasionales bibasales. Abdomen blando depresible no doloroso extremidades con leve cianosis en puntas de dedos, edema grado II.          Análisis:          Paciente en que se desea descartar <b>compromiso infeccioso, por lo que solicita CH y PCR, en el momento sin SIRS, no deterioro respiratorio, tendencia a la hipotensión.</b>          Plan: SS CH y PCR 7 AM</p> <p>Félix A. Tarazona          Médico Cirujano" (fl. 209, vto. y 225 vto.).          (Negrilla fuera del texto)</p>	
06+00	<p>ORDENES MEDICAS          (...) 1. Dieta corriente          2 .SSN 0.9% a 80cc/ hora          3 CSV- AC          4 Vigilancia de signos de SIRS  <b>5 SS CH y PCR para 7 AM</b>          6 Salida</p> <p>Félix A. Tarazona          Médico Cirujano" (fl. 208 y 225) (Negrilla fuera del texto)</p>	<p>"TRATAMIENTOS (...)          SSN 0.9% 500cc IV 80CC/hora          3er Turno Rafael" (fl. 211 y 226 vto.)</p>

Con relación a dicha atención brindada a la señora Rosa Ana en el segundo nivel de complejidad de atención en su primer ingreso, luego de su remisión

de la ESE de Zetaquirá, el doctor Félix Andrés Tarazona Alvarado en su declaración manifestó:

"(...) la paciente llega remitida al Hospital Regional de Miraflores, yo la recibo de la remisión **tiene una sospecha diagnóstica de neumonía, mi proceder es dejarla en observación y solicitar exámenes de laboratorio.**<sup>87</sup> (...) Se atiende el 1º de febrero y ahí se decide dejar en observación y el 2 de febrero amanece aun en observación.<sup>88</sup> (...) ingresa la paciente se le toma biometría hemática, el estado de observación, se pasa a urgencias a una habitación que hay en el mismo servicio de urgencias para continuar su vigilancia continua a la espera de los resultados de laboratorio, de radiografía, por ese motivo también pues se deja en observación para un vigilancia continua y constante por enfermería y médicos en este caso mi persona"<sup>89</sup> (Negrilla fuera del texto.)

Por su parte, la **perito médico internista** frente al estado de salud que presentaba la paciente ese día, precisó:

"La señora ROSA ANA ROJAS MONTAÑA ingresa al hospital regional de Miraflores remitida de Zetaquirá, el día 1 de febrero valorada por el Doctor Tarazona refiriendo cuadro de un mes de evolución de deterioro funcional progresivo hasta hacerse III/IV (clasificación NYHA: disnea con actividades básicas como bañarse o vestirse) asociado a vómito, diarrea y fiebre desde hace 4 días previos, con dolor torácico no típico de enfermedad coronaria. Al examen físico con leve taquicardia, con niveles normales de oximetría de pulso (oxígeno capilar), con taquipnea, cianosis (color violáceo en cavidad oral y labios), signos de dificultad respiratoria, soplo (ruido silbante o áspero que se escucha durante un latido cardíaco, es ocasionado por un flujo sanguíneo turbulento a través de las válvulas cardíacas) aórtico y mitral, presencia de estertores en base pulmonar derecha y sin edemas. **Dichos hallazgos sugieren cuadro de falla cardíaca en progresión asociado a proceso infeccioso agudo (4 días) posiblemente de origen pulmonar.**" (fl. 576) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, en la audiencia de contradicción del dictamen cuando fue interrogada en el sentido de manifestar sí los exámenes solicitados el 1º de febrero habían sido acordes, señaló "(...) **le pidieron empezando la consulta fue lo que se pide según la indicación o el contexto de la impresión diagnóstica que ellos tenían en ese momento**<sup>90</sup> (...) **si piensa uno que el proceso infeccioso puede ser pulmonar pues esos son lo que uno pide si un cuadro hemático una PCR y una radiografía eso es lo que se solicita**<sup>91</sup>". Además cuando se le preguntó qué sí estaba indicado solicitar cuadro hemático y PCR para descartar compromiso infeccioso, contestó refiriéndose al Dr. Tarazona que "**Sí, porque él describe que los primeros estaban en límite si, que estaba con algo de leucocitosis y la PCR estaba en límite superior, entonces él prefiere pues hacerle un seguimiento, si eso está indicado y uno lo hace de rutina digámoslo así para ver si aumentan o mejora o que pasa o hacia dónde va la evolución de esos exámenes.**"<sup>92</sup>. Y frente al resultado de la primera

<sup>87</sup> [Min 00:19:04 a 00:19:24]

<sup>88</sup> [Min 00:21:08 a 00:21:19]

<sup>89</sup> [Min 00:25:35 a 00:24:04]

<sup>90</sup> [Min 00:07:20 a 00:07:32]

<sup>91</sup> [Min 00:06:15 a 00:06:25]

<sup>92</sup> [Min 00:27:19 a 00:27:43]

radiografía dijo que reportaba "(...) *nódulos pulmonares, hallazgos inespecíficos en una placa, si o sea no tienen significado patológico para darle relevancia mejor dicho a ese hallazgo*"<sup>93</sup>, y aclaró que en la primera consulta no se sugería una neumonía<sup>94</sup>, porque el cuadro inicialmente presentado por la paciente había sido bizarro, en dicho de la perito "lo que pasa es que **no da datos, o sea como un hallazgo específico para algo** fueron varias cosas como sueltas pues que sugerían en la primera valoración pues si un cuadro respiratorio pero pues pueden ser una gripa, una sinusitis, puede ser muchas cosas es **un cuadro bizarro respiratorio inicial pues lo que vi con los exámenes de control todos normales y pues la placa pues bien, pues nada eso se da siempre en egreso y si la evolución clínica del paciente está bien pues se maneja ambulatorio se da egreso.**"<sup>95</sup> (Negrilla fuera del texto).

Luego concluye el Despacho y contrario a lo afirmado por la parte actora que la atención médica brindada por la ESE de Miraflores a través del doctor Félix Tarazona el día 01 y 02 de febrero de 2012, resultó adecuada, oportuna y acorde con la *lex artis*, los protocolos definidos para diagnosticar la NAC y tratar los signos y síntomas que la paciente presentaba en el examen clínico y durante el tiempo que estuvo en observación, pues según la literatura médica, se advierte que el diagnóstico de neumonía adquirida en la comunidad, "se establece por los datos derivados de una buena historia clínica, el examen físico y el examen radiológico"<sup>96</sup>, resultando por tanto acertadas, coherentes y prudentes las decisiones tomadas por el galeno con el fin de descartar un proceso infeccioso, generándose así una ausencia de responsabilidad toda vez que tal como lo adujo el llamado en garantía se ofreció a la víctima las condiciones de oportunidad, accesibilidad y calidad en la atención médica que requería.

Al día siguiente -02 de febrero de 2012- en el turno posterior fue atendida por la doctora Jennifer Morantes, quien de acuerdo con los resultados de los segundos exámenes practicados y el examen físico de la paciente decide darle orden de egreso con un diagnóstico de **bronquitis aguda**, según se verifica de la epicrisis, así:

02/02/12	<p><b>EVOLUCION</b> <b>(...) Paciente con cuadro con predominio de síntomas respiratorios hoy mejoría de patrón respiratorio con signos vitales de FC: 75X', TA: 65/36 T2 36.2 SAT 92% sin oxígeno, con soplo sistólico II/IV en foco aórtico y mitral roncus ocasionales a estertores en ABP se desea descartar compromiso infeccioso.</b> <b>TRATAMIENTO: S/S nuevo CH Y PCR</b></p> <p><b>CH: HCTO 38 HB 12.6 LEUCOS 10.2 NUEU 68 LINFOS 32.</b> <b>Sin hallazgos al examen físico, por lo que da salida, por medicina interna</b></p> <p>Jeniffer Morantes A Médico Cirujano"</p>
----------	---

93 (Min 00:24:57 a 00:25:15)

94 (Min 00:12:09 a 00:12:22)

95 (Min 00:27:54 a 00:28:37)

<sup>96</sup>Asociación Colombiana de Infectología. GUÍA DE PRACTICA CLÍNICA Recomendaciones para el diagnóstico, tratamiento y prevención de la neumonía adquirida en la comunidad en adultos inmunocompetentes. Recuperado de <http://www.asociacioncolombiana.org/centros/colombiana/2017/07/08/2017-07-08-11-08-2017>

<p>EGRESO          DIA 2 MES 2 AÑO 12          (...) DX. DE EGRESO Bronquitis Aguda (...)          (...) ALTA" (fl. 223 vto. y 206 vto.) (Negrilla fuera del texto). (Negrilla fuera del texto)</p>
---

Y se corrobora de las siguientes notas que dan cuenta de los resultados de los segundos exámenes de revaloración practicados, y de la orden de dar de alta por no presentar deterioro respiratorio y evidenciar mejoría de paraclínicos, siendo formulada cita en la especialidad de medicina interna:

F/H	Notas de turno y órdenes médica	Notas de enfermería de la práctica y resultados de exámenes
07+30		"(...) se toma muestra de sangre para CH Y PCR se lleva al laboratorio pendiente resultados." (fl. 210, 226, 412 vto., 415, 419 y 422) (Negrilla fuera del texto)
09:06:38		<b>RESULTADO LABORATORIO CLINICO</b> (...) <u>Cuadro hemático</u> Hematocrito 38 % Hemoglobina 12,6 g/dl Leucocitos 10300 mm Neutrófilos 68 % Linfocitos 32 % <b>INMUNOLOGIA</b> PCR 6 mg/L <6mg/L <b>OBSERVACIONES</b> BACTERIOLOGO" (fl. 211 vto. y 226 vto.) (Negrilla fuera del texto)
02/02/12	<p>NOTA TURNO            Paciente en buen estado general alerta, orientado SU FC: 78X', SOT 94% al examen físico sin ningún hallazgo significativo.            CH HCT38 HB 12.6 LEUCOS 10.3 NEUT 68% LINFOS 32% PCR 6  <b>A/ paciente estable hemodinámica estable sin deterioro respiratorio con mejoría paraclínicos por lo que se da cita con consulta externa con medicina interna</b></p> <p>Jeniffer Morantes A            Médico Cirujano" (fl. 209 vto. y 226). (Negrilla fuera del texto)</p>	<p><b>CONTROL DE SIGNOS VITALES</b>          (...) T.A. 65/36 Tº. 36.2 F.C. 75X' F.R. 18X' 92% sinO2" (fl. 213, 227 vto., 416 vto. y 425)</p>
10+00		"(...) Llegan resultados de lab. Dra Yeniffer los lee; examina nuevamente la paciente; le define la salida, se terminan líquidos se retira venoclisis y se lleva historia a facturación." (fl. 210, 226, 412 vto., 415, 419 y 422) (Negrilla fuera del texto)

De la atención antes brindada la doctora Jeniffer Andrea Morantes Acevedo en su testimonio, expresó:

"Revisando la historia clínica la paciente es remitida del centro de salud de Zetaquirá con un diagnóstico interrogado de una neumonía es una paciente con múltiples comorbilidades como ya lo han referido mis compañeros que merecía determinada atención y prestar atención a los síntomas que ella

presentaba **cuando yo la recibo a las 7 de la mañana que empieza mi turno había estado en observación por aproximadamente 9 horas en las cuales mi compañero de turno le había solicitado los exámenes pertinentes para descartar la patología por la cual había sido remitida, me encontré una paciente asintomática ya con mejoría, había sido remitida por un dolor torácico también refería que dolor en la región lumbar que había presentado tos, expectoración obviamente pues cuando yo llegó a la paciente le habían aplicado un medicamento, se había tomado exámenes, la paciente tenía mejoría clínica, estaba hemodinámicamente estable eso quiere decir que sus signos vitales estaban dentro de parámetros normales que no condicionaba ninguna duda pues acerca de una inestabilidad, unos paraclínicos, unos exámenes de laboratorio que estaban dentro de los parámetros normales, aun así quedo pendiente un control de paraclínicos; precisamente pues por sus comorbilidades hace una vigilancia sin una respuesta inflamatoria sistémica que nos pudiera conducir hacia una probable neumonía u otro foco infeccioso no necesariamente neumónico unos exámenes que estaban dentro de parámetros normales al sumar esto con el estado clínico de la paciente y cumplir 12 horas de observación pues había dos conductas a seguir o se la daba salida o se hospitalizaba a la paciente, **no había ninguna indicación para realizar una hospitalización no había un diagnóstico que precisará un manejo intrahospitalario**, es más es un riesgo tener una paciente con las comorbilidades de ella dentro de un hospital sin ser necesario por lo cual pues yo decido dar salida con una orden de consulta por medicina interna ya que la paciente no tenía seguimiento por este servicio a pesar de las comorbilidades y las últimas consultas que había presentado como reposa en la historia clínica durante el 2008.<sup>97</sup> (Negrilla fuera del texto).**

Con relación a la atención brindada por dicha profesional, la **perito médico internista** contestó:

"En la atención médica de la Doctora Morantes el día 2 de febrero de 2012 a las señora ROSA ANA ROJAS MONTAÑA, **según los datos de la historia clínica se evidencia la valoración clínica y la interpretación adecuada de los laboratorios iniciales, donde encuentra a una paciente estable, sin criterios clínicos para hospitalización por lo que consideró egreso con diagnóstico de bronquitis aguda** (En la historia clínica no reposan datos del manejo ambulatorio formulado, solo el control por medicina interna)."  
" (fl. 608)

Adicionalmente, en la audiencia de contradicción del dictamen afirmó que la patología presentada por la paciente el 01 y 02 de febrero de 2012 fue un "**cuadro inicial bizarro de la paciente, se enfocó como cuadro infeccioso respiratorio alto, más valvulopatía como antecedente, con toma de paraclínicos que reportaron inicialmente leves signos de proceso infeccioso (leucocitosis, neutrofilia y pero levemente elevados) y posterior control se encontraron en parámetros normales. Asociado a radiografía sin hallazgos que indicaran proceso infeccioso activo y datos clínicos de mejoría en la primera consulta a hospital de Miraflores.**"  
(fl. 608)

Luego, al contrastarse lo anterior con la literatura médica<sup>98</sup> se observa que al haber mejorado el cuadro clínico y descartado la NAC con los resultados de la radiografía de tórax, era factible determinar como un diagnóstico final de egreso bronquitis aguda, definida esta como una "inflamación de resolución espontánea de las vías respiratorias de grueso calibre que se caracteriza por tos sin datos de neumonía, sin otra enfermedad que explique los síntomas y sin antecedente de neumopatía crónica" (fl. 590) y dar orden de salida, pues así también lo dio a entender la auxiliar de la justicia cuando indicó que al estar los exámenes de control normales y la evolución médica favorables podía darse manejo ambulatorio y orden de egreso<sup>99</sup> e insistió que con los exámenes reportados sin hallazgo de neumonía se podía considerar como en efecto sucedió, que era un cuadro viral que no requería hospitalización<sup>100</sup>.

Así las cosas, resulta claro que no existió un mal procedimiento atribuible a la profesional en este segundo estadio de atención médica prestada -02 de febrero de 2012- y menos que estuviera contraindicado darle de alta aun sabiendo que era un paciente del alto riesgo debido a su edad- 72 años- y a su antecedente de valvulopatía, sino por el contrario se advierte que la atención fue adecuada; pertinente, oportuna y conforme a los protocolos médicos, tal como lo señaló la perito, por lo que no puede imputársele responsabilidad alguna por la muerte de la señora Rojas Montaña cuando no había un diagnóstico que precisara un manejo intrahospitalario.

#### 4.2.1.3. El 03 y 04 de febrero de 2012.

Con posterioridad a la orden de salida, la señora Rojas Montaña regresó al siguiente día, esto es, el 03 de febrero de 2012 consultando nuevamente a la ESE Centro de Salud de Zetaquirá y siendo atendida por segunda vez por la doctora Ángela Cristina Ríos quien realizó una impresión diagnóstica de **falla cardíaca, síndrome de dificultad respiratoria, valvulopatía mitral y reemplazo valvular aorta**, según se verifica del historial médico, así:

<p>03/02/2012 21:00</p>	<p>"HOJA DE CONSULTA URGENCIAS                  (...) B.1. Motivo de Consulta: <b>Dificultad respiratoria.</b>                  B.2. Historia de Enfermedad Actual: Paciente quien hace 2 días consulta por dificultad respiratoria es remitida a Miraflores con dx<sup>101</sup> neumonía y se le da de alta en esa institución hoy consulta por persistencia de los síntomas asociado a dolor MSD<sup>102</sup>                  B.3. Antecedentes: valvulopatía mitral Reemplazo valvular aórtico                  B.4. Revisión por Sistemas:</p>	<p>"Formato de referencia                  (...) B.2. Historia de Enfermedad Actual: Paciente con antecedentes de reemplazo valvular aórtico y valvulopatía mitral presento (sic) hace dos días (sic) cuadro de dificultad respiratoria pico febril donde se le dio de alta, el día (sic) de hoy presenta dificultad respiratoria dolor en miembro superior izquierdo                  B.3. Antecedentes: valvulopatía                  B.4. Revisión por Sistemas: 2 episodios de diuresis en 24 horas                  B.5. EXAMEN FÍSICO:</p>
-----------------------------	---	--

<sup>98</sup> Ministerio de la Protección Social. GUÍAS PARA MANEJO DE URGENCIAS TOMO I. 2009. Recuperado de <http://www.mps.gov.co/contenidos/2012/06/16/guia%20de%20manejo%20de%20urgencias%20tomo%20i.pdf>  
<sup>99</sup> (Min 00:27:54 a 00:28:37)  
<sup>100</sup> (Min 00:41:03 a 00:42:38)  
<sup>101</sup> Diagnóstico  
<sup>102</sup> Miembro superior derecho

<p>Anotado en enfermedad actual                  valvulopatía mitral                  Reemplazo aórtico                  B.5. EXAMEN FÍSICO:                  B.5.1. Signos vitales: Temp. 36.5 Fc.<sup>103</sup>: 96, Fr.<sup>104</sup>: 31 (...) TA.<sup>105</sup>: 100/52 Glasgow 15/15 Sat<sup>106</sup> 87%                  B.5.2. Hallazgos Mucosa oral húmeda taquipneica diaforetica (sic) afebril campos pulmonares con estertores bibasales más pronunciado en el derecho abdomen blando miembro superior derecho con dolor a la movillización de región axilar miembros inferiores con edema Grado I</p> <p>(...) B.7. <b>Impresión diagnóstica, conducta, manejo, plan:</b>  <b>IDx Falla cardiaca</b>  <b>Sx<sup>107</sup> dificultad respiratoria</b>  <b>Valvulopatía mitral</b>  <b>Reemplazo valvular aorta</b></p> <p>Plan: MNB<sup>108</sup>                  Remisión por persistencia de los síntomas y deterioro clínico                  Recibe Dra Morante</p> <p>Dra. Ángela Cristina Ríos" (fl. 244, vto. y 387). (Negrilla fuera del texto)</p>	<p>B.5.1. Signos vitales: Temp. 36.5 Fc.<sup>109</sup>: 96, Fr.<sup>110</sup>: 31 (...) TA.<sup>111</sup>: 100/52 (...) Sat<sup>112</sup> 87%                  B.5.2. Hallazgos Paciente diaforetica taquipneica campos pulmonares con estertores bibasales más pronunciados en campos derecho abdomen blando extremidades con edema grado I                  Dolor a la palpación de región axilar derecha</p> <p>(...) B.7. Impresión diagnóstica, conducta, manejo, plan:                  Falla cardiaca                  Sx<sup>113</sup> dificultad respiratoria                  Valvulopatía</p> <p>Plan: MNB<sup>114</sup> Berodual  <b>Se decide remisión por persistencia de sintomatología no mejoría clínica y factores de riesgo</b></p> <p>(....) Profesional que remite Dra. Ángela Cristina Ríos</p> <p>Profesional que recibe paciente Jeniffer Morantes Médico cirujano" (fl. 204, vto., 245, vto. y 387). (Negrilla fuera del texto)</p>
---	--

Con relación a esta segunda valoración, la doctora Ángela Cristina Ríos dijo en su testimonio:

"(...) la paciente me **reingresa el 3 de febrero manifestándome los mismos síntomas con un poco más de taquipnea frecuencia cardiaca** estaba dentro de los límites estaba desaturada yo veo que **los síntomas no mejoraban pues decido remitirla nuevamente** esta remisión se inicia más o menos hacia la 09 y 09:20 de la noche y ahí es hasta donde tengo conocimiento del caso. (...) <sup>115</sup> **la segunda valoración la impresión diagnóstica** tengo dos herramientas más que decir la disminución de la diuresis de la paciente y el edema de miembros inferiores **dejo como una posibilidad diagnóstica una falla cardiaca, eso sumado a su antecedente.**"<sup>116</sup> (...) cuando ella reingresa hay una cosa que me llama la atención es que me refiere un dos solamente dos episodios de diuresis o sea estaba teniendo una especie de lo que llamamos oliganuria **y aumento de la dificultad respiratoria**, en el segundo momento la encuentro algo desaturada cosa que no teníamos en el primero de pronto el compromiso era un poco mayor creería yo pero no era algo sustancialmente evidente que eran como esa dos pequeñas sutilezas que en retrospectiva uno pudiera analizar."<sup>117</sup> (Negrilla fuera del texto).

<sup>103</sup> Frecuencia cardiaca  
<sup>104</sup> Frecuencia pulmonar  
<sup>105</sup> Tensión arterial  
<sup>106</sup> Saturación de oxígeno  
<sup>107</sup> Síndrome  
<sup>108</sup> Micronebulización  
<sup>109</sup> Frecuencia cardiaca  
<sup>110</sup> Frecuencia pulmonar  
<sup>111</sup> Tensión arterial  
<sup>112</sup> Saturación de oxígeno  
<sup>113</sup> Síndrome  
<sup>114</sup> Micronebulización  
<sup>115</sup> (Min 01:52:39 a 01:53:11)  
<sup>116</sup> (Min 02:03:03 a 02:03:41)  
<sup>117</sup> (Min 01:57:25 a 01:58:15)

Así mismo, respecto de esa segunda atención brindada el día 03 de febrero de 2012 en la ESE de Zetaquirá de primer nivel de complejidad, la **perito especialista en medicina interna**, al estudiar la historia clínica conceptuó:

*"En la segunda consulta el día 3 de febrero considera paciente con historia previa de dos días con sospecha de neumonía la cual fue dada de alta en Miraflores, **por lo que clínicamente en su valoración médica considera ya como primera posibilidad diagnóstica y con antecedente de valvulopatía el diagnóstico de falla cardíaca**, realiza micro nebulizaciones con berodual y realiza **nuevamente remisión a segundo nivel de atención** (sitio de referencia Miraflores)*

***Dichos manejos son los realizados de acuerdo a las recomendaciones dadas en las guías de manejo para neumonía y falla cardíaca según el nivel de complejidad."***

*(...) En la segunda ocasión el 3 de febrero de remite nuevamente por deterioro respiratorio y sospecha clínica de falla cardíaca y remite por no mejoría clínica, **persistencia de síntomas respiratorios y factores de riesgo de complicaciones** (como es el antecedente de la valvulopatía) (fl. 574-575).*

En la audiencia de contradicción del dictamen precisó que cuando la paciente consultó por segunda vez el 03 de febrero de 2012 **su cuadro clínico giró a algo cardíaco**<sup>118</sup>, situación de la cual se observa según el protocolo de referencia y contra-referencia de la ESE, que debía remitirse por riesgo vital la paciente aun nivel de mayor complejidad, esto es, al Hospital Regional de Miraflores, debido a que i) su nueva sintomatología cardíaca nuevamente superaba la capacidad técnico y científica del Centro de Salud (fl. 286); ii) previo a dicha referencia debía inicialmente garantizársele estabilidad hemodinámicamente y respiratoria antes de iniciar el traslado (fl. 391) y iii) por su inestabilidad hemodinámica debía trasladarse en ambulancia asistencial con médico (fl. 289) como en efecto se garantizó, según se verifica del formato de referencia (fl. 245), del testimonio del señor Iban Zorro<sup>119</sup> conductor de la ambulancia de la ESE de Zetaquirá y de la doctora Ángela Cristina Ríos, quien contestó que en el segundo procedimiento de remisión si acompañó a la paciente en la ambulancia hasta la ESE de Miraflores.

Luego según lo expuesto, no puede predicarse responsabilidad del Centro de Salud de Zetaquirá, ya que la actuación desarrollada en ese segundo ingreso se ajustó como indicó la perito a los protocolos o guías de manejo ya que la clínica sugería como un posible diagnóstico falla cardíaca, por lo que procedieron a brindarle un atención inicial, estabilizarla y luego remitirla, resultando por tanto tales acciones oportunas y coherentes con el nivel de complejidad en el que se encontraba la víctima.

<sup>118</sup> (Mh 00:11:10 a 00:11:55)

<sup>119</sup> (Mh 02:17:28 a 02:17:46)

Continuando con el análisis de la atención médica brindada se observa que debido a la persistencia de la sintomatología y a la impresión diagnóstica de falla cardíaca y dificultad respiratoria fue remitida a la ESE Hospital Regional de Miraflores, siendo recibida en esa misma fecha -03 de febrero de 2012- y atendida por segunda vez por la doctora Jeniffer Andrea Morantes Acevedo quien determinó como impresión diagnóstica **síndrome de dificultad respiratoria del adulto, dolor torácico, oliguria e insuficiencia cardíaca congestiva?**, según se advierte de las siguientes anotaciones de atención por urgencias:

<p>03/02/2012 22:20</p>	<p>"ATENCION DE URGENCIAS (...)TA: 125/80 FC: 116X' SPO2 88% Tº 36.5 °C MC<sup>120</sup>: Remitida de Zetaquira. EA<sup>121</sup>: paciente de 72 años con cuadro clínico de 5 días de evolución consiste en dolor torácico leve por lo cual consulta el 1-02-12 donde le realizan paraclínicos que revelan nódulos pulmonares sin compromiso respiratorio por lo cual se da salida para valoración por medicina interna sin embargo paciente <b>reingreso el día de hoy por exacerbación de dolor aumentado la intensidad irradiándose a miembros superior izquierdo asociándose a disnea IV/IV por lo cual consulta.</b> Antecedentes: Pat, Reemplazo de válvula aórtico, biológico fami niega TA: lovastatina? QX: Reemplazo valvular. FAM: Desconoce G/O G3P3U3 RS: Refieren oliguria Examen Físico Paciente en regular estado general alerta, orientado, hidratado con signos vitales anotados c/c conjuntivas normocromicas, pupilas reactivas a la luz, mucosas oral semiseca. C/P tirajes intercostales, Rscs velados por Rs ( ) Rrs estertores bibasales de predominio derecho, disminución de murmullo vesicular, bibasal, abd/ Blando, depresible, no dolorosos a la palpación. EXT/ tónicos, eutróficos, pulsos (+), Neur/sin déficit <b>IDX: SDRA DOLOR TORACICO? 4 ICC? OLIGURIA</b> PIAN: 1. 02 PARA Sat &gt;92% 2. SSN 0.9% 50CC IV/H 3. DIPIRONA 1g IV/ AHORA 4. RANITIDINA 50MG IV C/8H 5 <b>S/S BUN, Creat, CH, parcial de orina con sonda, PCR 6. S/S EKG 7. REVALORAR</b>  EKG: Ritmo sinusal, Eje 90º, FC.110X", Presento imagen de infradesnivel de segmento St en DIII sin otro derivación afectada, inversión de onda T en V5 V4 e imagen sugestivo de Q en DIII por lo cual <b>S/S enzimas cardiacas.</b>  Jeniffer Morantes A Médico Cirujano  1+00 NOTA TURNO CH: LEUCOS 18.050 Hb.13.3 HCTO 40 Neut 91% Linfos:7 Monocito: 2% PO D: 1020 sedimento leucos 18-20XC Hematies 4-6XC Bact ++ PCR 96MG/DL CPK 22 CPKMB 13 <b>IDX: NAC? PLAN: S/S RX DE TORAX OBSERVACION</b>  Jeniffer Morantes A Médico Cirujano</p>
-----------------------------	---

<sup>120</sup> Motivo de consulta  
<sup>121</sup> Enfermedad actual

	<p>22+25 Oxígeno por cánula nasal adulto a 2 litros x'.</p> <p>22+35 Por orden médica .Se aplica Dipirona AMP x 1 gramo IV ahora. ALICIA.                  Oxígeno x Ventury al 25%. 23 Se aplica Ranitidina amp x 50 mg IV ahora. ALICIA                  DX PRINCIPAL: NAC?                  Hospitalización                  Fecha de egreso urgencias: DIA 04 MES 02 AÑO 2012 (fl. 192, vto., 215 y vto.) (fl. 191, vto., 214 y vto.)</p>
03/02/12	<p>"EPICRISIS UNICA CONTINUA                  (...)MOTIVO DE CONSULTA: Remitida de Zetaquira.                  ENFERMEDAD ACTUAL: paciente con cuadro clínico de 5 días de evolución consiste en dolor torácico leve por lo cual consulta el 1-02-12 donde le realizan paraclínicos que revelan nódulos pulmonares sin compromiso respiratorio por lo cual se da salida para valoración por medicina interna sin embargo paciente reingreso el día de hoy por exacerbación de dolor aumentado de intensidad irradiándose a miembro superior izquierdo asociándose a disnea IV/IV.                  Antecedentes:                  Pat, Reemplazo de válvula aórtico, biológico.                  EXAMENEN FISICO DE INGRESO: SU T/A: 125/80 FC 116X", SAT 88% Tº36.5 °C C/C normal C/P RsCs velados RsRs estertores bibasales de predominio derecho disminución del murmullo vesicular de predominio derecho, Abd/ blando, depresible no doloroso Ext/tónicas, eutróficas, pulsos (+), neu/sin déficit.  <b>DIAGNOSTICO DE INGRESO: SDRA</b> <b>CODIGO CIE10:J80X</b>  <b>OTROS DIAGNOSTICOS: ICC?</b>  <b>OTROS DIAGNOSTICOS: Dolor Torácico?</b></p>
04/02/12	<p><b>AYUDAS DIAGNOSTICAS: OLIGURIA</b>                  S/S CREAT. BUN. parcial de orina, EKG, CH, PCR                  EKG: FC: 110X", EJE 90º ritmo sinusal con ondas q en DIII, S/S enzimas cardiacas.                  TRATAMIENTO INICIAL: 1. Observación                  2. Ver órdenes médicas.</p> <p>Jeniffer Morantes A                  Médico Cirujano</p> <p>EVOLUCION                  (...)Paciente con Dx. 1. Nac. 2. Icc?, 3 valvulopatía con SV FC: 107 X' TA: 85/40 Tº 36 °C SAT 95% con ventury al 50%, <b>paciente con evolución estacionaria persiste taquicardia y con requerimiento de alto flujo de oxígeno se considera que paciente puede estar cursando con patología pulmonar continua pendiente RX de torax para instaurar manejo.</b></p> <p>Jeniffer Morantes A                  Médico Cirujano" (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>

En razón a sus condiciones de ingreso, la víctima fue dejada en observación esa noche, derivándose las siguientes notas de enfermería, órdenes y evoluciones médicas, y arrojándose unos **terceros resultados de los exámenes de laboratorio** a la 01:00 am del 04 de febrero que dieron lugar a una sospecha diagnóstica de **neumonía adquirida en la comunidad** por lo que **solicitó radiografía de tórax**, así:

F/H	Notas órdenes y evolución médica	Notas de enfermería, tratamiento y resultados exámenes
03/02/2012 22+20		<p>"CONTROL DE SIGNOS VITALES                  (...) T.A. 125/80 Tº. 36 F.C. 116 F.R. 24                  SPO2 87% sin 93% con cánula con                  Ventury 97 con v" (fl. 194, 216 vto., 417 y 426)</p>
		<p>"Ingresa pte al servicio de urgencias remitida del centro de salud de Zetaquira traída en ambulancia en compañía de</p>

		<p>auxiliar de enfermería y familiar, llega con LEV funcionando SSN en MSD se controlan TA: 125/80 FC:116 SPO2 87% T36°C, es valorada de inmediato por la Dra Yenifer quien ordena oxígeno x cánula a 2 litros x', además se toma EKG y exámenes de laboratorio y parcial de orina con sonda por la pte no ha podido orinar, se cambia a oxígeno por ventury porque la pte continua con saturación de 88% con cánula." (fl. 195, 217, 413, 415, 420 y 422)</p>
		<p>"TRATAMIENTOS. (...) Oxígeno por cánula a 2 litros x' inicia." (fl. 200 y 220)</p>
		<p>"Se pasa paciente a unidad de observación cama 218 con oxígeno x ventury al 35% con LEV funcionando, con monitoreo de signos vitales continuo y con cabecera elevada. ALICIA" (fl. 195, 217, 413, 415, 420 y 422)</p>
<p>22+45 a 24+00</p>		<p>"TRATAMIENTOS. (...)          Oxígeno x ventury a 25% luego a 35%          Ranitidina Ampx50mg IV C/8 HORAS          Metoclopramida Amp10mg IV c/8 horas          Tramadol Amp 50mg IV C/8 horas          (...) 3er Turno Alicia" (fl. 200 y 220)</p> <p><b>LABORATORIO CLINICO</b>          (...)HEMATOLGIA          Leucocitos: 18050 xmm3          Hemoglobina: 13.3 gr/dl          Hematocrito: 40 %          Neutrófilos: 91%          Linfocitos: 7          (...)          Monocitos: 2          (...)  <b>UROANALISIS</b>          Color: Amarillo PH: 6          Aspecto: Liq Turbio Proteínas Neg          Densidad: 1020 Hemoglobina:          Neg          Glucosa: Neg Cetonas: Neg          Bilirrubina: Neg Urobilinogeno:          Neg          Pig. Biliares: Neg Nitritos: Neg</p> <p><b>MICROSCOPICOS</b>          Leucicitos:18-20 xcpo          Hematíes: 4-6 xcpo          Células epiteliales 4-6 xcpo          (...)Bacterias ++          (...)INMUNOLOGÍA          (...) PCR 96 mg/l</p> <p><b>QUIMICA SANGUINEA</b>          (...) BUN: 13.6 mg/dl          CREATININA: 0.7 mg/dl          CPK 22          CPK-MB 13</p> <p>(...) LABORATORIO CLINICO" (fl. 201, vto. y 220 vto.) (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>
<p>1+00</p>	<p>"ORDENES MEDICAS          1.Observacion</p>	

	<p>2 La SSN 0.9% Bolso 50 CC IV/H  3 Ranitidina 50mg IV C/8H  4. Tramadol 50MG IVC/8H  5. Metoclopramida amp 10MG IV C/8H  6. <b>02 por ventury o 35%</b>  7. <b>S/S RX de torax RA y lateral</b>  8. Curva termina  9t Control LA-LE  10 Dieta Corriente  11. CSV- AC  12. Acetaminofen 500MG C/6H  13 Pasar sonda vesical a cistoflo para cuantificar líquidos 1</p> <p>Jeniffer Morantes A  Médico Cirujano</p> <p>ALICIA" (fl. 193 y 216) (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>	
1+15		<p>"TRATAMIENTOS. (...)  SSN bolsa x 500cc pasar a 70 cc hora.  (...) 3er Turno Alicia" (fl. 200 y 220)"</p>
04+00		<p>"CONTROL DE SIGNOS VITALES  (...) T.A. 85/40 Tº. 36 F.C. 107" (fl. 194, 216 vto., 417 y 426)  "TRATAMIENTOS. (...)  Acetaminofen fab 500mg VO c/6 horas  (...) 3er Turno Alicia" (fl. 200 y 220)"</p>
04/02/2012 6+00	<p>EVOLUCION MÉDICA 6+00  Paciente de 72 años con Dx  <b>1-NAC?</b>  <b>2-ICC?</b>  <b>3-Valvulopatía</b>  S/ paciente refiere dolor en miembro superior izquierdo, tolerancia a la vía oral, refiere oliguria, gasto urinario no cuantificado.  o/ paciente en aceptable estado general alerta orientado, hidratado SV FC: 107X"  T/A 85/40 Tº 36°C SAT95% con ventury al 35% c/c con conjuntivas normocronicas, pupilas reactivas a la luz, mucosas húmedas c/p tórax normoexpandible Rsr rítmicos soplo sistólico en focos de la base RIRs Estertores de burbuja gruesa de predominio basal derecho abd blando, depresible no doloroso, no se palpa globo vesical Rsls (+) ext/tónicos, leve edema en pies pulsos (+) neur/ sin deficit.  A/ paciente <b>con evolución estacionaria persiste taquicardica y con requerimiento de alto flujo de oxígeno, se considera que paciente puede estar cursando con patología pulmonar,</b> continua pendiente Rx de Tórax para instaurar manejo. Se definió necesidad de manejo diurético ya que la paciente presento gasto urinario bajo. Se ordena pasa de sonda vesical.</p> <p>Jeniffer Morantes A  Médico Cirujano" (fl. 197 y 218) (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>	<p>"Queda paciente en unidad con oxígeno x ventury al 35% con LEV funcionando de SSN a goteo ordenado con monitor de signos vitales continuo, con cabecera elevada durante el resto de la noche no hipertermia, diuresis 1 sola vez no deposición, acepto tratamiento, continua con dolor en brazo izquierdo, no permite que se lo toquen se observa decaída pte Rx de torax para definir conducta. ALICIA" (fl. 195, 217, 413, 415 vto., 420 y 422 vto.)</p>

07+30		"Se pasa sonda vesical a cistoflo previa asepsia." (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423 ) "TRATAMIENTO (...) FUROSEMIDA X 20MG A AMP IV" (fl. 200 vto. y 220).
-------	--	---

Frente a la atención dada a la señora Rojas Montaña en esa segunda oportunidad, la **doctora Jeniffer Andrea Morantes Acevedo**, aclaró en su declaración lo siguiente:

"(...) inicialmente antes de que se le pusieran los exámenes **solicite un electrocardiograma atendiendo a la queja principal de la paciente por su antecedente para descartar un síndrome coronario aguda** que pudiera estar poniendo en riesgo súbitamente la salud de la paciente en el cual observó trastornos de repolarización, esto que significa que si tenía normalidades que podrían corresponder tanto a sus antecedentes porque no tenía un electro previo pero que tenía que prestarle atención por lo cual **solicite toda la carga de exámenes que tenemos disponibles para una ESE que incluyen un cuadro hemático, función renal, enzimas cardiacas precisamente para descartar que estuviere cursando con un infarto y se le puso oxígeno y se dejó en observaciones**<sup>122</sup>. (...) cuando regresa el síntoma cardinal, es decir, el síntoma principal que ella **aquejaba era dolor torácico dolor en el pecho que se irradiaba al miembro inferior superior izquierdo asociado pues a dificultad respiratoria por lo cual requirió colocación de oxígeno suplementario** no era congruente con el día anterior que había llegado por síntomas más respiratorios y que pues habían mejorado con aplicación de medicamentos durante el turno anterior y durante la estadía en observación."<sup>123</sup> (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, la **perito médico internista** en relación con la impresión diagnóstica dada por la profesional de salud al segundo ingreso, mencionó que:

"Al reingresar la paciente fue valorada a su ingreso a la institución dando **impresión diagnóstica de falla cardíaca sin embargo no descarto la posibilidad de proceso infeccioso asociado por lo que solicito exámenes indicados según guías para estudio de falla cardíaca y neumonía**, con anotaciones seriadas sobre la evolución de la paciente esa noche, donde se observó un deterioro lento progresivo que la llevo a la falla ventilatoria posterior aunque previamente se inició manejo antibiótico para neumonía adquirida en la comunidad. **Considero que las órdenes médicas indicadas fueron las pertinentes para la clínica de la paciente en mención en ese momento.**"

De igual forma, en la audiencia de contradicción del dictamen cuando fue interrogada para que señalara si el estado clínico de la víctima en su reingreso sugería un diagnóstico de neumonía multilobar, contestó:

"(...) según las notas en la primera valoración de Miraflores del día 03 de febrero de la Dra. Morantes lo que ella pone es una neumonía interrogada sí, allá hay un signo de interrogación y la falla cardíaca también interrogada y pues solicita todos los exámenes<sup>124</sup> (...) el momento de ingreso a las 10

<sup>122</sup> (Min 01:33:25 a 01:34:07)  
<sup>123</sup> (Min 01:32:28 a 01:33:03)  
<sup>124</sup> (Min 00:00:12 a 00:01:00)

de la noche, si señor, la doctora Jeniffer Morantes dice que reingresa por 5 días de dolor torácico, (...) **refiere dolor en el brazo izquierdo y deterioro en su clase funcional**, entonces aclaro sobre la clase funcional o la disnea IV/IV, esa disnea es una clasificación de falla cardíaca sí, no de enfermedades pulmonares sí, entonces lo que ella describe ahí es un deterioro de su clase funcional sí, ahí ella no está describiendo o **lo que está haciendo no describe hacia una infección sino hacia una falla cardíaca**, si eso es lo que ella describe y dice que por eso es que consulta, que no estaba orinando bien eso significa la oliguria que describe ella en la revisión por sistemas, reporta también su valvulopatía y dice que la encuentra con frecuencia cardíaca elevada 116, que saturaba 88 al ambiente, sin fiebre y con la tensión normal, al examen físico pues le encontró que tenía los ruidos cardíacos disminuidos y que tenía estertores bibasales (...) son hallazgos que uno puede ver en muchas cosas, entonces ella los describe pero lo que veo es que **ella pensó que el cuadro era de una falla cardíaca, si más que pensar en un proceso infeccioso.**<sup>125</sup>

Así de acuerdo con lo antes expuesto, considera el Despacho que tanto las órdenes como el tratamiento médico dado por la profesional de la salud, una vez recibe a la paciente en su reingreso y dispone su hospitalización resultó pertinente y coherente al cuadro clínico inicial que presentaba la víctima y que hacía suponer por un lado una falla cardíaca y por otro un proceso infeccioso, por lo que debido a ello solicitó nuevamente unos exámenes a fin de descartar o confirmar las impresiones diagnósticas en mención; sin embargo en dicho de la perito, su sintomatología hacía pensar más hacia una falla cardíaca, no obstante los resultados arrojados estuvieron dentro lo normal lo que viró la atención a un proceso infeccioso:

*"(...) ya piensan en más en una falla cardíaca que en el proceso infeccioso en la primera valoración piden nuevamente un cuadro hemático, renal, pide otra vez una PCR le pide un electro si pues para valorar, digamos que ya no pensando pues infeccioso sino la falla sí y **pues eso es lo mínimo y veo que le toman hasta unas enzimas cardíacas si que pues eso ayudaría en falla cardíaca a pensar si esta alta, un infarto o otras cosas bueno se las tomas las cuales las reportan ahí y que están dentro de lo normal**<sup>126</sup>(...) entonces inicialmente como lo reiteró **no pensaron en infección sino hasta que vieron los exámenes que sugería un proceso infeccioso y es cuando ya se enfocan a buscar algo infeccioso** y no solamente la falla cardíaca que fue la impresión inicial<sup>127</sup>." (Negrilla fuera del texto).*

Por lo que contrario a lo manifestado por la parte demandante, la actividad desplegada por la médico general fue diligente, oportuna y prudente, sin que pueda afirmarse que incurrió en un error manifestó en el procedimiento a seguir para descartar las patologías presentadas, o que tardíamente ordenó la respectiva radiografía, pues obro conforme a la *lex artis* y teniendo en cuenta la clínica del paciente, que al respecto cabe destacar que la víctima por presentar factores de riesgo de complicaciones tales como la edad, antecedentes de valvulopatía<sup>128</sup>, recambio de la válvula aortica biológica hace 4 años y un EPOC, esto es, una enfermedad pulmonar

<sup>125</sup> (Min 00:29:54 a 00:31:52)

<sup>126</sup> (Min 00:06:26 a 00:07:32)

<sup>127</sup> (Min 00:11:20 a 00:12:09)

<sup>128</sup> "Enfermedad que impide la apertura o el cierre correcto de una o varias válvulas del corazón." (fl. 60 :)

obstructiva crónica debido a la exposición de larga data de humo de leña<sup>129</sup>, según lo manifestó la doctora Jeniffer Morantes en su testimonio, **hicieron que la sintomatología fuera similar y confusa**, y el curso de su enfermedad empeorara rápidamente, en este caso evolucionará a una neumonía multilobar que al finalizar el turno de la doctora no se conocían aun los resultados de la radiografía de tórax que confirmara tal sospecha, en efecto así lo dejo entrever la perito al mencionar: "*Con esta historia y hallazgos clínicos se describe a una paciente con respuesta cardiovascular y pulmonar alterada con mayor compromiso a nivel pulmonar dado por tirajes, hipoxemia y estertores **indicando procesos infecciosos y/o cardiacos que conllevan hallazgos similares.***" (fl. 577) (...) después se ve la evolución pues de un proceso infeccioso muy severo los hallazgos de frecuencia cardíaca rápida, polipnea, estertores se pueden ver en muchas cosas, **la clínica y lo que describen sugería falla cardíaca pero hay vemos un claro ejemplo que no era un falla así sugiera la clínica (...) pero pues resulto ser un proceso infeccioso más adelante**"<sup>130</sup> (Negrilla fuera del texto), sin que por tanto pueda adjudicársele responsabilidad sobre el particular.

Finalizado el turno anterior y habiendo requerido alto flujo de oxígeno que daba a suponer con otros hallazgos que estaba cursando con patología pulmonar, la paciente fue valorada a las 07:45 de la mañana por la doctora Johana Roa Melo quien dictaminó como primer diagnóstico **neumonía multilobar**, de acuerdo con los resultados arrojados por la radiografía de tórax, **y choque séptico de origen pulmonar**, por lo que le ordena antibióticos, le realiza intubación orotraqueal, y solicita su remisión a tercer nivel; no obstante la víctima presenta sucesivamente **3 paros cardiorrespiratorios hasta que fallece**, según se desprende de las siguientes notas médicas y de enfermería:

F/H	Notas de turno	Notas de enfermería, tratamiento, práctica y resultados de exámenes
07+45	<p>"1. FUROSEMIDA 20MG IV AHORA  2. S/S RX MUÑECA IZQUIERDA</p> <p>Johana Roa Melo  MEDICA CIRUJANA" (fl. 193 y 216)</p>	
	<p>"NOTA TURNO.  Se interroga paciente que refiere cuadro de +/- 1 semana de evolución dolor pleurítico, astenia, adinamia, tos seca, hiporexia, por lo que hace tres días había consultado por urgencias y dieron manejo ambulatorio cuadro que se exagera hace 2 días en polipnea, disnea, niega fiebre, tos sin expectoración.  Paciente manifiesta dolor en muñeca izquierda de dos días de evolución con limitación funcional y edema, niega trauma.</p>	

	<p>Refiere cuadro de 1 día de oliguria —  <b>Rx de tórax: broncograma en ACP<sup>131</sup>, Neumonía Multilobar.</b> Rx Muñeca izq. normal.        Paciente anurica con FC: 100X", FR: 50X, TA: 60/20 SAT 90% con ventury al 35%.  <b>Paciente cursando shock séptico de origen pulmonar.</b>        P/ Hospitalizar        V.O.M</p> <p>Johana Roa Melo        MEDICA CIRUJANA" (fl. 197 vto., 218 y vto.) (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>	
7+50		<p>"Se tomó Rx de Torax y muñeca. Pastor Páez Arias. TECNÓLOGO EN RADIOLOGIA E IMÁGENES DIAGNOSTICAS." (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423 ) (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>
9+00	<p>"SSN 0.9% Bolo 1000cc IV Ahora        1. NVO HOSPITALIZAR        2. 02 x Ventury al 35% para sat &gt;90%        3. <b>Dopamina 5mcgs/K/ MIN(13CC/IV/hora)</b>        4. <b>Ceftriaxona 1 GRAMO IV C/12 HRS</b>        5. <b>Claritromicina 500MG IV C/12HRS</b>        6. Ranitidina 50MG IV C/8 HRS        7. Tramadol 50MG IV C/8HRS        8. Metoclopramida 10MG IV C/8HRS        9. Enoxoparina 40MG SC dia        10. MNB 1CC B Ipratropio +3CCSSN 3veces dia        11. Terapia Respiratoria —No        12. Curva Termica        13. <b>Monitoreo Continuo</b>        14. CLA-LE</p> <p>Johana Roa Melo        MEDICA CIRUJANA" (fl. 193, vto., 216 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>	
9+30		<p>"TA 60/20 se avisa a Dra pasar 500cc de SSN tibia en bolo. Jefe canaliza vena" (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423)</p>
9+35		<p>"Se inicia infusión de Dopamina a 5mcg/K/min, con un peso aproximado de 70/C, por bomba de infusión. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423) (Negrilla fuera del texto).</p>
10:00	<p>"NOTA DE TURNO        Paciente polipneica FR: 50 con ventury al 50% sat= 76% Anurica con TA: 60/20. Se inicia Dopamina a 5 mcgs/ kg/min.</p> <p>Johana Roa Melo</p>	

... "Broncograma aereo en ambos campos pulmonares es lo tipico que uno encuentra en una neumonia, si ese hallazgo significa que el bronquio está libre y los alveolos estan llenos de pus si, que (...) eso pues indica infección, osea hallazgo radiológico digamos que es clasico (...) de un proceso infeccioso pulmonar." (Min 00:25:36 a 00:26:08)

	MEDICA CIRUJANA" (fl. 197 vto. y 218 vto.)	
10+15		"Se pasa <b>pte a sala de reanimación</b> monitorizada con O2 por ventury al 50% saturando 80%, cifras tensionales altas 180/120, se suspende goteo de Dopamina, FC 120X', FR 50X. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423)
10+20	"Paciente persiste hipotensa se aumenta dosis de dopamina a 7 mcgs/kg/min. <b>Pasar a reanimación.</b> Se llama a dos médicos de disponibilidad.  Johana Roa Melo MEDICA CIRUJANA" (fl. 197 vto. y 218 vto.) (Negrilla fuera del texto).	
10+30	Nota turno. Paciente presenta desaturacion hasta 69% con ventury al 50%, previa sedación se realiza IOT con TOT 7.5 se fija a 23 cm a 2do <b>intento garantizando vía aérea.</b> " (fl. 199 y 219 vto.) (Negrilla fuera del texto).	"La medica de turno solicita administrar 250mg de fentanil, 5mg midazolam y 40mg de Roncuronio, para <b>intubar a la paciente,</b> con primer intento fallido, segundo HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423) (Negrilla fuera del texto). "TRATAMIENTO (...) Ceftriaxona 1000mgr 1 AMP (...) Fentanyl 250mg IV ahora Midazolam 5mg IV ahora Roncuronio 40mg IV ahora Ventury 50% O2" (fl. 200 vto. y 220).
10:35	"Siendo las 10+35 <b>paciente presenta actividad eléctrica sin pulso</b> se inician compresiones torácicas, se pasan dos ampollas de adrenalina, paciente con respuesta a los 5 minutos finalizando código azul. Se continúa goteo de Dopamina a 5mcg/Kg/min. <b>Se llama a Hospital San Rafael de Tunja para traslado de paciente como urgencia vital, se envía remisión, paciente aceptada en unidad de cuidados intensivos Hospital San Rafael de Tunja.</b>  Johana Roa Melo MEDICA CIRUJANA" (fl. 199 y 219 vto.) (Negrilla fuera del texto).	" <b>Pte presenta paro cardiaco,</b> se activa código azul, compresiones torácicas. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 217, 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423) (Negrilla fuera del texto).
	<b>REMISIÓN DE PACIENTES SOLICITUD. SERVICIO A QUE REFIERE: UCI</b> (...) Paciente de 72 años con cuadro clínico de 1 semana de evolución tos seca, dolor pleurítico, astenia, adinamia, hipoxemia. Cuadro que se exacerba hace 2 días con dificultad respiratoria dado por polipnea y disnea, por lo que consulta el día de ayer. Hoy paciente con deterioro respiratorio anurica, con SV Fc:100x Sat 76% con ventury al 50% y FC50X RX que se muestra neumonía multilobular, se realiza IOT, realiza paro cardiorrespiratorio por lo que se inicia maniobras de reanimación, paciente responde favorablemente.	

	<p>Actualmente con SV de FC: 130X, FR: AMBU TA: 116/85 SAT: 90% CON IOT. C/C. mucosa húmeda C/P RsCs Rítmicos, taquicardias, RsRs estertores en ACP, abdomen da perfusión distal neurológico: paciente bajo sedación.  Rx: Neumonía Multilobar, infiltrados, Broncograma en ACP  CH- LEUCOS (...) 18050 NEUT 91% LINF 7 PCR: 96 mg/dl PD ORINA LEUCOS 18-20 XC, PROTEINAS ++ CL EPITELIALES 4-6 XC, CPK 22 CPK — MB 13.  <b>Dx.</b>  <b>1. Shock Séptico de origen pulmonar</b>  <b>2. Neumonía Multilobar</b>  <b>3. Para cardiorrespiratorio</b>  <b>4. Antecedente de reemplazo valvular aórtico hace 4 años</b>  Tto actual:  1. TOT— ventilación x ambu  2. Dopamina a 5 mcgs/k/min  3. Ceftriaxona 1 gm IV C/12 (1 dosis)  4. Claritromicina 500mg IV C/12h (1 dosis)  5. P. Remisión a III Nivel (traslado)  Antecedentes: QX. Reemplazo valvular aórtico hace 4 años. Patcl (-) Qx(+) reemplazo Farmacológicos: ninguno.   Johana Roa Melo  MEDICA CIRUJANA" (fl. 202, vto., 221 y vto.)</p>	
10+36		<p>"Por orden medica se administra 1 amp adrenalina IV. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 217 vto., 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423)  "TRATAMIENTO (...)  Adrenalina 1mg ahora 1 amp IV" (fl. 200 vto. y 220)</p>
10+38		<p>"Se administra nueva dosis de adrenalina IV por orden médica. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 217 vto., 413 vto., 415 vto., 420 vto. y 423)  "TRATAMIENTO (...)  Adrenalina 1mg ahora 1 amp IV" (fl. 200 vto. y 220)</p>
10+40		<p>"Se finaliza primer ciclo de compresiones torácicas, se revisan signos vitales, con FC 140X', FR: 20X', TA. 140/100, SPO2 100%. Médica de turno da por finalizado código azul con resultado exitoso, se inicia remisión, por urgencia vital comentada por el CRUB a HSRT. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 195 vto., 196, 217 vto., 413 vto., 414, 415 vto., 420 vto. y 423)</p>
10+45	<p>"Nota de Turno  Paciente persiste hipotensa con cifras tensionales de 70/30 mmHg, se aumenta goteo de Dopamina a 7 mcgkg/min.   Johana Roa Melo  MEDICA CIRUJANA" (fl. 199, vto y 219 vto.)</p>	<p>"No se administraron medicamentos de la mañana de la paciente por su estado crítico. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 196, 217 vto., 414, 416, 421 y 424)</p>
11+15		<p>"TRATAMIENTO (...)</p>

		Claritromicina x 500mg amp" (fl. 200 vto. y 220)
12+20	"Paciente con signos vitales de FC: 100X, FR: x ambu, Sat: 82% con IOT, TA: 78/35, Es trasladada a la ambulancia. Mientras se monitoriza paciente en ambulancia.  Johana Roa Melo MEDICA CIRUJANA" (fl. 199 vto y 219 vto.)	"Se traslada en camilla a la ambulancia de la institución para traslado medicalizado a HSRT. HAMILTON." (fl. 196, 217 vto., 414, 416, 421 y 424)
12+30	"aproximadamente a las <b>12+30</b> paciente <b>presenta paro cardiorrespiratorio</b> se inician compresiones se administran 3 ampollas de adrenalina de 1 mg, en visoscopio se observa ritmo de fibrilación ventricular, se traslada paciente a reanimación se continúan compresiones torácicas, desfibrilador muestra ritmo de fibrilación ventricular, se desfibrila con 360Jules, se continua compresiones torácicas.  Johana Roa Melo MEDICA CIRUJANA" (fl. 199 vto y 219 vto.) (Negrilla fuera del texto).	"PTE <b>Presenta paro cardiorrespiratorio dentro del parqueadero del Hospital</b> , se suspende traslado e inicia maniobras avanzadas de reanimación con ciclos de 2 minutos de compresiones continuas, con soporte ventilatorio por tubo orotraqueal con FiO2 100% saturando 60%, se realiza aspiración de secreciones con contenido sanguinolento, espumoso, pte en asistolia, no cifras tensionales, se mantienen maniobras de reanimación avanzada con administración de 1 ampolla de adrenalina cada 2 minutos aproximadamente por solicitud médica. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 196, vto., 217 vto., 414, vto., 416, 421, vto. y 424) (Negrilla fuera del texto).
12+35 a 12+55		"TRATAMIENTO (...) Adrenalina 1mg ahora 1 amp IV" (fl. 200 vto. y 220)
13h	Paciente en asistolia, sin tensión arterial, pupilas plenas, sin reflejo corneano, se <b>declara fallecido a las 13+10</b> . Se informa a familiares se entrega certificado de defunción.  Johana Roa Melo MEDICA CIRUJANA" (fl. 199 vto y 219 vto.)	Se revisa la <b>pte, la cual no da respuesta positiva a maniobras de reanimación</b> , dentro de la ambulancia por lo cual basados en trazado electrocardiográfico compatible a fibrilación ventricular, los médicos ordenar <b>pasar pte a sala de reanimación sin suspender maniobras</b> . HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 196 vto., 414 vto., 416, 421 vto. y 424) (Negrilla fuera del texto).  "TRATAMIENTO (...) Adrenalina 1mg ahora 1 amp IV" (fl. 200 vto. y 220)
13+10		"Se evalúa el estado de la paciente por el medico Dr. Roa quien determina no reflejo pupilar, pupilas 5mm, no reflejo corneal, no signos vitales, posterior a cardiodesfibrilación con 360J, asistolia persistente no cifras Tensionales, el Dr. Roa determina suspender maniobras y dar las 13+10h como hora que fallece la pte, se informa a familiares. HAMILTON VARGAS C. ENFERMERO JEFE." (fl. 196 vto., 217 vto., 414 vto., 416, 421 vto. y 424).
14+30	"Nota de Turno <b>Paciente de 72 años con shock séptico de probable origen pulmonar quien presento paro cardiorespiatorio en 3 oportunidades, se realiza maniobras de reanimación sin obtener</b> respuesta. Paciente fallece a las 13+10.	

	<p>Se explican a familiares la necesidad de realizar necropsia para realizar estudio médico legal (...) pertinente. Familiares refieren que no aceptan procedimiento (necropsia).</p> <p>Elisabeth Rojas 50787055 BTA hija Reiner Rojas 4055401 san Eduardo hijo FIRMA ilegible CC 93288264 familiar FIRMA ilegible CC 7183791 Enfermero</p> <p>Familiares no firma consentimiento informado para negar necropsia</p> <p>Johana Roa Melo MEDICA CIRUJANA" (fl. 198 y 218 vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>	
04/02/12	<p>EPICRISIS (...) Paciente de 72 años con <b>shock séptico de probable origen pulmonar quien presenta paro cardiorrespiratorio en 3 oportunidades se realizan maniobras de reanimación sin obtener repuesta, paciente fallece a las 13+10.</b></p> <p>EGRESO (...) Día: 04 Mes: 02 Año: 2012 CONDICIONES AL EGRESO: DX. DE EGRESO: paciente fallece (...) Muerte</p> <p>Johana Roa Melo Medica Cirujana" (fl. 191, vto., 214 y vto.) (fl. 191, vto., 214 y vto.) (Negrilla fuera del texto).</p>	

Con relación a la atención médica brindada a la paciente unas horas antes de su muerte, la **Dra. Johana Roa Melo** en su testimonio explicó:

"(...) Tengo la valoración de una **paciente que esta pues con un estado o con unas comorbilidades de base y tiene un deterioro clínico, mis notas hacen alusión a que tiene está cursando con un choque séptico de probable origen pulmonar inicio los medicamentos o todos digamos todo lo competente a realizar en este momento pero la paciente hace paro respiratorio en 3 oportunidades, incluso ya cuando se iba en ambulancia a su tercer nivel de cuidados intensivos, pero pues no es exitoso** después de 3 paros cardiorrespiratorios.<sup>132</sup> (...) tiene una serie de compromiso que llamamos inestabilidad en sus signos vitales con tendencia a la hipotensión que **requiere medicamentos inotrópicos que lleva a un fallo o tiene una fallo respiratorio que lleva en ese momento a requerir apoyo ventilatorio por intubación orotraqueal que se realiza**<sup>133</sup> (...) con los laboratorios hay una radiografía que realizó ya le digo yo hasta el día 04 la valoró y es (...) lo que nosotros **consideramos una neumonía multilobar** es una neumonía que ya tiene un gran compromiso de cara intima pulmonar digámoslo así global y ya el hecho de que la paciente requiera el alto flujo de oxígeno es por eso el diagnostico por radiografía y por laboratorio sus marcadores o leucocitosis sino esto mal en ese

<sup>132</sup> (Min 00:40:10 a 00:41:56)  
<sup>133</sup> (Min 00:40:31 a 00:40:51)

*momento contaba con cifras elevadas de 18mil leucocitos que los consideramos sumados a su placa, su clínica y el requerimiento de oxígeno pues direcciona hacia una neumonía multilobar.”<sup>134</sup> (Negrilla fuera del texto).*

De igual forma, respecto, a la evolución clínica de la paciente y el procedimiento médico adelantado previo a su fallecimiento, la **perito médico internista** conceptuó:

*“En la consulta posterior el día 3 de febrero de 2012, se encontraron clínicamente datos de dificultad respiratoria, mayor compromiso pulmonar, y hallazgo de edemas en miembros inferiores y oliguria, datos que se relacionaron a cuadro de falla cardiaca, con exámenes paradiagnósticos de enzimas cardiacas negativas para infarto, parcial de orina con datos de infección pero sin síntomas irritativos urinarios, **posteriormente la paciente presento mayor deterioro respiratorio requiriendo soporte con oxígeno de alto flujo (venturi) asociado a estertores gruesos por lo que se manejó con diurético, con radiografía de tórax posterior que evidenciaría el proceso infeccioso multilobar, dando inicio a todo el manejo médico de neumonía severa (antibiótico, protección gástrica, oxígeno) y posterior proceso de reanimación volumétrica y con soporte inotrópico (dopamina) para mantener tensiones arteriales, posterior proceso de reanimación por actividad eléctrica sin pulso con masaje cardiaco y adrenalina (como indica la guía de reanimación avanzada) y posteriormente el ritmo de paro identificado previo a su traslado (fibrilación ventricular) requiriendo desfibrilación con 360 julios, sin lograr respuesta por lo que falleció a las 13+10 del 4 de febrero de 2012.”** (fl. 609) (Negrilla fuera del texto).*

En la audiencia de contradicción del dictamen, la **perito médico internista** se refirió a la atención médica brindada a la señora Rojas Montaña por la profesional de la salud en mención considerando que había sido coherente con los protocolos, al afirmar: *“entonces **el diagnóstico de neumonía lo hizo fue la doctora en su valoración de las 07:45 la doctora Roa, si, que ella es la que pone el diagnóstico vea la radiografía y dice que tiene la neumonía y en ese momento es cuando formula a las 09 de la mañana el antibiótico y se lo administra posteriormente.”**<sup>135</sup> (...) Si señora, **la doctora Roa hace el diagnóstico de la neumonía y las ordenes médicas que ella que pone sobre el antibiótico sobre todo el proceso de reanimación son coherentes y es lo que uno hace normalmente ese es el protocolo a seguir digamos que en todos los niveles** (...) y para lo que ella puso ahí le hizo todo lo que correspondía.<sup>136</sup> (...) la evolución de la señora fue muy rápida pues lo que le hicieron en la mañana **yo no tengo duda de que estuvo bien hecho, se hizo lo que tocaba es una reanimación que se hace normal en cualquier nivel de atención médica** (...)”<sup>137</sup> (Negrilla fuera del texto).*

Y en cuanto a la pertinencia y oportunidad de los antibióticos suministrados para tratar la neumonía multilobar, así como el manejo dado al choque

<sup>134</sup> {Min 00:47:43 a 00:48:34}

<sup>135</sup> {Min 00:01:00 a 00:01:39}

<sup>136</sup> {Min 00:14:28 a 00:14:57}

<sup>137</sup> {Min 00:19:17 a 00:19:37}

séptico presentado con posterioridad, precisó que había sido acorde con los protocolos y el nivel de complejidad en que se encontraba:

**"(...) dado el deterioro rápido pues inician soporte con líquidos le inician un medicamento endovenoso para mejorar la tensión e inician antibiótico pues según el protocolo le inician Ceftriaxona Claritromicina que es lo indicado y la evolución es muy rápida de la paciente en horas de las mañana observándose pues un deterioro negativo de la paciente con una hipotensión sostenida hace un episodio de actividad eléctrica sin pulso e inician reanimación hacen la remisión para el Hospital de Tunja solicitando, y contenían el manejo con líquidos e inotrópicos que es la Dopamina que es el medicamento que mencionan en la historia<sup>138</sup> (...) el diagnostico lo hace la doctora a las 07:45, según la nota donde ve la radiografía y ve que tiene neumonía multilobar y el antibiótico se administró a las 10:30 y a las 11:15, según vimos las notas, pues según ese lapso de tiempo estaría dentro de las 6 horas que es lo recomendado.<sup>139</sup> (...) El manejo inicial del choque pienso que lo que se hizo es para el nivel donde estaba, pienso que se hizo lo que tocaba, si es lo que se maneja, incluso en tercer nivel nosotros y el protocolo dice que se debe arrancar con líquidos se debe reiniciar el tratamiento con líquidos endovenosos que fue el manejo inicial, después se continua con un soporte inotrópico o vasopresor que quiere decir, eso, medicamentos que hagan que su corazón bombee con mayor fuerza para que la atención suba, el medicamento que ella le puso se llama dopamina que es un medicamento que se usa, según las guías hasta la actualidad<sup>140</sup> (...)"**

Por consiguiente, encuentra el Despacho que la atención médica brindada a la víctima, unas horas antes de su muerte por la profesional en cita fue acorde a los protocolos y guías de manejo y de acuerdo con su estado clínico, que como se acreditó luego de que le diagnosticaron neumonía multilobar presentó un deterioro muy rápido de su salud que fue ajeno al accionar médico desplegado y que conllevó una serie de maniobras de reanimación para contrarrestar los 3 paros cardiorrespiratorios y orden de remisión a tercer nivel como urgencia vital para manejo en unidad de cuidados intensivos; no obstante debido a su comorbilidades de base **"válvula biológica en posición aortica con esclerosis leve, esclerosis valvular mitral, con ventrículo izquierdo con función sistólica normal, hipertrofia concéntrica y disfunción diastólica normal, hipertrofia concéntrica y mixta hipertensiva y valvular asociado a un proceso agudo de infección pulmonar que ocasiono mayor deterioro cardiovascular en un corazón estructuralmente comprometido"** (fl. 588-589) falleció, pues su corazón ya no respondió, desenlace este que no puede ser atribuible a la ESE de Miraflores a título de falla del servicio bajo el argumento que había sido producto de una deficiente y tardía atención médica prestada y menos son de recibo las afirmaciones hechas por la parte demandante al indicar que tardíamente se le ordenó iniciar el tratamiento de antibiótico y la remisión a la UCI de adultos del Hospital San Rafael de Tunja cuando sobre el particular fue insistente la perito al contestar que: i) el tratamiento antimicrobiano solo podía brindarse una vez se tuviera certeza del

<sup>138</sup> (Min 00:25:22 a 00:27:12)

<sup>139</sup> (Min 00:31:32 a 00:33:00)

<sup>140</sup> (Min 00:17:11 a 00:18:53)

diagnóstico de neumonía multilobar, el cual según se acreditó solo se pudo confirmar unas horas antes de su muerte con un examen radiológico de tórax, por lo que procedía el inicio de cubrimiento de antibiótico biconjugado durante las 6 horas siguientes al diagnóstico de sepsis severa<sup>141</sup> como en efecto se practicó y ii) en cuanto la remisión de UCI no podía ser inmediata ya que en un principio la víctima se encontraba hemodinámicamente estable pudiendo ser manejada intrahospitalariamente con medicación en un segundo nivel como era la ESE que estaba habilitada para prestar los servicios de urgencias, laboratorio clínico, radiología e imágenes diagnósticas (fl. 466-468, 506, 508) y por tanto contaba con los recursos necesarios tratar falla cardíaca e infecciones respiratorias agudas en dicho nivel, según se verifica del protocolo de la ESE (fl. 429), mientras la paciente no requiriera atención de mayor complejidad, luego cabe destacar que solo cuando presenta inestabilidad, es intubada e inician maniobras de reanimación con Dopamina surge la indicación de ser trasladada a una Unidad de Cuidados Intensivos<sup>142</sup>, como ocurrió; no obstante, como su estado fue tan crítico a pesar de haber solicitud de referencia y habersele brindado la atención de urgencia no fue factible trasladarla en ambulancia, hasta tanto no fuera estabilizada<sup>143</sup>, circunstancia esta última que no se pudo concretar porque finalmente falleció.

De igual forma, se ha de señalar y contrario a lo afirmado por los demandantes que los médicos generales del servicio social obligatorio del Centro de Salud de Zetaquirá y del Hospital Regional de Miraflores eran profesionales competentes e idóneos para tratar las patologías presentadas por la víctima en dichos niveles de atención, pues así lo confirmó la perito al manifestar que cualquier médico está capacitado para tratar en un primer momento neumonía<sup>144</sup>, manejar una falla cardíaca, un choque séptico de origen pulmonar, para hacer una intubación orotraqueal, hacer maniobras de reanimación, todo dependiendo de la severidad del cuadro que indique la remisión al especialista o a la UCI, según el caso.

En consecuencia, es del caso denegar las pretensiones de la demanda en vista de que no se acreditó que las entidades demandadas hubieran incurrido en la falla en la prestación médico asistencial y menos que los padecimientos presentados por señora Rosa Ana Rojas Montaña no hubieran sido tratados de manera oportuna e idónea, pues así lo señaló la perito quien cuando fue interrogada para que indicara si la atención suministrada a la paciente cumplió o no con los protocolos de atención para el tipo de patología presentada, esto es, neumonía severa, síndrome de dificultad respiratoria, y falla cardíaca, concluyó:

*"Según las guías anexas de manejo del paciente con diagnóstico de neumonía, falla cardíaca (entendiendo que el edema pulmonar es una complicación de otra patología de base) y reanimación cardiovascular*

<sup>141</sup> (Min 00:03:13 a 00:03:23, 00:23:34 a 00:24:01 y 00:56:55 a 00:57:01)

<sup>142</sup> (Min 00:28:54 a 00:29:26 y 00:35:53 a 00:36:41).

<sup>143</sup> (Min 00:15:56 a 00:16:57)

<sup>144</sup> (Min 00:32:22 a 00:35:27, 00:10:06 a 00:10:24 00:23:43 a 00:23:57)

**considero que la atención de la paciente realizada desde su inicio se desarrolló en los pasos indicados por la guía y según las normas técnicas dadas por el ministerio para toma de decisiones según los niveles de complejidad de atención en los centros consultados por la paciente.” (fl. 589) (Negrilla fuera del texto).**

Y posteriormente, en la audiencia de contradicción del dictamen, precisó:

*“En la atención de la paciente ROSA ANA ROJAS MONTAÑA desde su primera consulta se conceptuó paciente con deterioro de su clase funcional, con historia importante de valvulopatía aortica con manejo quirúrgico años anteriores, asociado a cuadro no claro de disnea y tos seca, dolor no típico para enfermedad coronaria y/o pleurítico al ingreso al centro de salud de zetaquira el 1 de febrero de 2012, considerando que la primera opción era cuadro infeccioso pulmonar. Ingreso al hospital de Miraflores donde fue nuevamente re interrogada con sospecha de proceso infeccioso pulmonar, observando estabilidad clínica y confirmado inicialmente cuadro infeccioso respiratorio alto y con exámenes de control dentro de parámetros de la normalidad asociado a cambios inespecíficos: de nódulos pulmonares los cuales fueron interpretados como cambios crónicos, sin cambios de neumonía dejando diagnóstico de bronquitis probablemente origen viral. En su segunda consulta se encamino el diagnostico desde el concepto médico del centro de salud de zetaquira y en el hospital regional de Miraflores hacia un cuadro de falla cardíaca, con la sospecha diagnostica de proceso infeccioso pulmonar asociado que estuviera desencadenando los síntomas y estuviera llevando a el deterioro clínico rápido evidente en la paciente, impresión diagnostica que fue confirmada con la toma de paraclínicos y radiografía de tórax que evidencio consolidación multilobar y llevo a la paciente a falla ventilatoria hipoxemica y posteriormente el proceso de reanimación avanzada sin éxito. **Considero que el abordaje diagnostico tanto clínico y paraclínico inicial fue el que recomiendan las guías de manejo actuales.** Todo el proceso de reanimación y soporte cardiovascular también indicado según las guías.” (fl. 607-608) (Negrilla fuera del texto).*

Finalmente, ha de señalarse que en el caso que nos ocupa no puede hablarse de pérdida de oportunidad alegando una mala praxis médica por el hecho de no habersele permitido oportunamente la remisión a la UCI de adultos del Hospital San Rafael de Tunja y por ende de mejorar su estado de salud y no perder su vida, como quiera que: i) se demostró que el daño antijurídico alegado –la muerte- no resultó atribuible a la actividad médica desplegada por las entidades accionadas, sino a unas comorbilidades de base como era la edad y tener un corazón estructuralmente comprometido que fueron los que le restaron la posibilidad de vivir; ii) no se demostró cual era la posibilidad real de la paciente de mejorar su salud, si hubiese sido remitida a una Unidad de Cuidados Intensivos, más aun cuando la perito aclaró que en un tercer nivel el manejo inicial para tratar un choque séptico de origen pulmonar conlleva las mismas maniobras que se llevaron a cabo en el segundo nivel, esto es, reiniciar el tratamiento con líquidos endovenosos luego se continua con un soporte inotrópico o vasopresor, a excepción de que allí cuentan con un subespecialista en cuidados intensivos, denominado el intensivista, que tiene otra experiencia y otras habilidades para usar otros equipos diferentes para el proceso de reanimación<sup>145</sup>, según

el caso; iii) no se estableció que de darse un tratamiento diferente al brindado por la ESE Centro de Salud de Zetaquirá y ESE Hospital Regional de Miraflores se hubiera evitado el deceso de la paciente, antes bien de acuerdo con lo conceptuado por la perito en su dictamen se advierte que el manejo clínico intrahospitalario dado a la víctima estuvo de acuerdo con los protocolos y guías de manejo previstos para dicho nivel de complejidad.

## **5.- Costas:**

Conforme a lo indicado en el artículo 188 del CPACA<sup>146</sup>, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo expresamente al Código General del Proceso para efectos de su liquidación y ejecución.

Al efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso<sup>147</sup>, establece que la condena en costas -a la parte vencida- se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Luego, como quiera que se requiere fundamentar la imposición de costas en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en el CPACA, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que al haberse negado las pretensiones de la demanda se condenará en costas a la parte demandante, las cuales están debidamente acreditadas con la designación de un profesional del derecho para que representara los intereses de las entidades demandadas en el trámite procesal, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del reciente criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>148</sup>, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del CGP una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 1887 de 2003.

<sup>146</sup> ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<sup>147</sup> ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos por la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

<sup>148</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No. 1, exp. 150013333013201300095-01, M.P. Fabio Ivan Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No. 5, exp. 150013333013201400123-01, M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No. 4, exp. 150013333013201300095-01, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación -SCARE-, en calidad de llamado en garantía, según las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: ACEPTAR LA SUSTITUCIÓN** de poder otorgada por el abogado IVÁN ANDRÉS CEDIEL CARRILLO como apoderado del llamado en garantía SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN -SCARE- al abogado JUAN JOSÉ CABRALES PINZÓN identificado con C.C. No. 1.032.451.419 y T.P. 284.224, de acuerdo con el memorial obrante a folio 630 de la actuación y en los términos del artículo 75 del C.G.P.

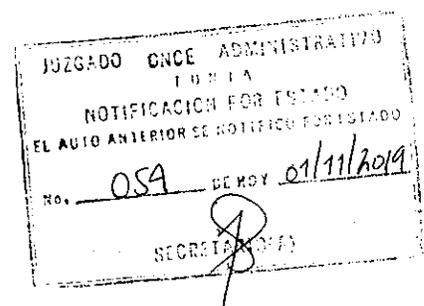
**CUARTO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte vencida, las cuales deberán ser liquidadas por Secretaría conforme al artículo 366 del CGP.

**QUINTO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**SEXTO: NOTIFICAR** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
**JUEZ**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

**DEMANDANTE: WALDINA FORERO SÁNCHEZ Y OTROS  
DEMANDADOS: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA,  
E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ Y OTROS  
LLAMADO EN GARANTÍA: COMPAÑÍA DE SEGUROS LA  
PREVISORA S.A.**

**RADICACIÓN: 15001 33 33 010 2015 00075 - 00<sup>1</sup>**

**MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia en el medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.- La demanda (fl. 4-38):**

Los señores WALDINA FORERO SÁNCHEZ, JOSÉ MELQUISEDEC SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ARMANDO SÁNCHEZ, WLADISLAO FORERO SÁNCHEZ, ALBERTO FORERO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN FORERO SÁNCHEZ, MARTHA ESPERANZA FORERO SÁNCHEZ, FRANCY MILENA FORERO SÁNCHEZ y FLOR MARÍA SÁNCHEZ esta última actuando en nombre propio y en representación de su menor nieta INGRID JASBLEIDY SÁNCHEZ PARRA, presentan demanda de reparación directa, prevista en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, contra la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ, E.S.E. CENTRO DE SALUD "RAFAEL SALGADO" DE MARIPIÍ, EMDISALUD EPS-S y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE SALUD.

Solicitan se declare administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsables a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ, E.S.E. CENTRO DE SALUD RAFAEL SALGADO DE MARIPIÍ, EMDISALUD EPS-S Y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE SALUD, por los presuntos perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte del señor JORGE EDUARDO SÁNCHEZ, producto de una presunta omisión en la obtención del

<sup>1</sup> Mediante auto del 19 de enero de 2017, el funcionario en cargo del Juzgado Décimo se declaró impedido (fl. 556-557), impedimento que fue declarado infundado mediante auto del 30 de marzo de 2017 (fl. 572-575) y a su vez se ordenó la devolución del expediente; no obstante, a 10 días de providencia de fecha 14 de junio de 2017 (588-590), dicho funcionario nuevamente volvió a declararse impedido, impedimento que fue aceptado en este Despacho mediante providencia del 21 de julio de 2017 (fl. 596), por lo que mediante providencia del 10 de agosto de 2017, se dispuso fijar fecha para la audiencia inicial (fl. 604-605).

diagnóstico, el traslado oportuno del occiso a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, y la adquisición de una enfermedad en la instalación hospitalaria.

Como consecuencia de la anterior declaración, piden se condene al pago de las siguientes sumas de dinero:

1. Por concepto de perjuicios morales la suma de 100 SMLMV para la sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez, para Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra y para Flor María Sánchez, y 50 SMLMV para cada uno de los demás demandantes.
2. Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de:
  - Daño emergente la suma de \$3.000.000 con su correspondiente indexación y a favor de Flor María Sánchez.
  - Lucro cesante a favor de Flor María Sánchez y de Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra.

Finalmente, solicitan que se ordene el reajuste de las sumas a reconocer conforme el IPC y de acuerdo con el artículo 187 del C.P.A.C.A., dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, se condene al pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Aducen los demandantes que el daño cuya reparación reclaman, resulta imputable a las entidades demandadas, como quiera que consideran que: **i).** Omitieron agotar de manera diligente y adecuada los recursos científicos y técnicos que tenían a su alcance, para determinar con precisión un diagnóstico oportuno que permitiera adoptar un tratamiento eficaz; **ii).** Incurrieron en una demora injustificada en cuanto al traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad para que le prestaran la atención médica requerida y; **iii).** No tuvieron un manejo adecuado de la higiene, limpieza y sepsis de equipos y personal; lo que ocasionó que el señor Jorge Eduardo Sánchez adquiriera una neumonía nosocomial, causándole la muerte.

## **2.- Contestación de la demanda:**

**2.1.- E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fl. 369-373).** Compareció para oponerse a las pretensiones de la demanda, al considerar que son improcedentes como quiera que: **i)** se garantizaron los servicios médicos requeridos por el paciente, dando cumplimiento a los atributos de calidad previstos en el Dto. 1011 de 2006, estos son, acceso, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad y; **ii)** no existen elementos fácticos, probatorios y jurídicos que permitan colegir con certeza la causa de la muerte del occiso y que la misma sea atribuible a la entidad.

Indica que la conducta desplegada por cada uno de los galenos y demás personal que atendió a la víctima, en la ESE fue adecuada y no está demostrado que se haya presentado algún hecho generador de las mismas, tales como la impericia, negligencia e imprudencia; por el contrario se observa que los tratamientos realizados fueron los adecuados y se realizaron con el fin de preservar la vida del paciente, así lo demuestran los exámenes, tratamientos y procedimientos que se practicaron.

Plantea como excepciones "*inexistencia de la falla en el servicio por la ESE Hospital San Rafael de Tunja*", "*inexistencia del nexo de causalidad*", "*inexistencia de causa legal*" y "*falta de legitimación en la causa por pasiva*".

**2.2.- E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá (fl. 465-494).** Señala que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico para consolidar responsabilidad patrimonial en su contra, como quiera que **i)** el señor Jorge Eduardo Sánchez fue atendido oportunamente y bajo la supervisión de personal idóneo, no obstante debido a las complicaciones que presentó su estado de salud y los exámenes especializados que requería, fue necesario remitirlo a una institución de mayor nivel de complejidad, para lo cual se siguieron los parámetros de remisión previstos en el Decreto 4747 de 2007; **ii)** constituía un riesgo haber remitido al paciente sin disponibilidad de camas, por lo que fue solo hasta cuando concurren las condiciones para determinar la existencia de una urgencia vital, que se remitió al Hospital San Rafael, por ser necesaria la internación en una unidad de cuidados intensivos; **iii)** no puede hablarse de neumonía nosocomial, por cuanto dicha patología fue una de las causas por las que el paciente fue remitido del Centro de Salud de Maripí a la E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá; **iv)** se presentó culpa exclusiva de la víctima, por haber acudido al servicio de salud, solo hasta cuando vio su condición deteriorada, y además, las complicaciones derivadas de las patologías se constituyen en un caso fortuito o de fuerza mayor y; **v)** la actividad médica es de medio y no de resultado, por lo que basta demostrar que la entidad actuó con mediana diligencia en la atención del paciente, para que pueda ser exonerada de responsabilidad administrativa ante un efecto inesperado.

Excepciona "*falta de derecho para promover la acción en contra de la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá*" y "*falta de presupuesto procesal demanda en forma*".

**2.3.- E.S.E. Centro de Salud "Rafael Salgado" de Maripí (fl. 340-348)**

Se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que se presenta inexistencia de la falla en el servicio como quiera que a pesar de haberse demostrado el daño sufrido por los demandantes, no se probó que se hubiera producido como consecuencia del servicio médico prestado por la entidad, pues se encuentra demostrado que en las dos oportunidades en que el señor Jorge Eduardo Sánchez acudió a la ESE, fue tratado de manera oportuna y eficiente, aplicando los procedimientos adecuados, ya que en el primer ingreso -25 de agosto de 2013- se le suministró la atención y los procedimientos requeridos según los síntomas presentados y se le informó claramente que debía volver a consultar en caso de continuar con los síntomas, lo que denota el interés, disposición y apoyo por parte de la entidad para superar los quebrantos de salud; en el segundo y último ingreso que fue pasados catorce (14) días -08 de septiembre de 2013-, se hospitalizó, se le practicaron los procedimientos necesarios y se le brindó el cuidado médico con el que contaba la institución y sin escatimar en esfuerzos económicos se remitió en el lapso de una (1) hora a la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá.

**2.4.- EMDISALUD-ESS-EPS-S (fl. 249-259).** Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda alegando que se garantizó el servicio de salud requerido por el señor Jorge Eduardo Sánchez, tal y como se evidencia en las autorizaciones, las solicitudes y en la historia clínica, por lo que considera que no existe responsabilidad alguna, máxime si se tiene en cuenta que se actuó diligentemente de acuerdo con la capacidad del Sistema Nacional de Salud.

**2.5.- Departamento de Boyacá (fl. 231-236).** Se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que **i)** los servicios fueron prestados teniendo en cuenta la condición de salud del paciente y bajo los protocolos propios de los entes hospitalarios y según el nivel de complejidad, sin que exista prueba de la negación de los servicios médicos y por ende, de una falta de prestación de los servicios de salud; **ii)** aunque por virtud de la ley, la entidad territorial ejerce la inspección, vigilancia y control de las instituciones prestadoras del servicio de salud, tales competencias no generan vínculo de responsabilidad para el Departamento.

Propone como excepción la que denominó "*falta de legitimación en la causa por pasiva desde el punto de vista material.*"

### **3.- Llamada en garantía - La Previsora S.A Compañía de Seguros (fl. 34-38 c. llam. 1)**

Se opone a las pretensiones de la demanda y al llamamiento en garantía, argumentando que **i)** la llamante en garantía realizó los procedimientos médicos conforme a los protocolos establecidos y; **ii)** la póliza

No.1004102 corresponde a la vigencia de 10/04/2013 a 28/01/2014, lapso en el que ocurrió el suceso, y además fue adquirida para atender una eventual indemnización por responsabilidad civil por acto médico, no obstante, no puede hacerse efectiva por no cumplirse la condición expresamente establecida, relacionada con que el evento debió ser reclamado y notificado por primera vez durante la vigencia de la póliza.

Frente a la demanda y al llamamiento en garantía propuso como excepciones: *"inexistencia de la falla del servicio por parte del Hospital San Rafael de Tunja", "inexistencia de obligación por parte de la Previsora S.A., por las pólizas", "sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos, contenidas en las pólizas señaladas en el escrito de llamamiento", "imposibilidad de hacer efectivo el seguro ante la ausencia de responsabilidad de la entidad demandada ESE Hospital San Rafael de Tunja" y "Deducible y sublímite pactados 1004102 de vigencia 10/04/2013 al 28/01/2014".*

**4.- Alegatos de conclusión:** Corrido el traslado para alegar (fl. 1126 vto.), el Ministerio Público guardó silencio y las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

**4.1.- Parte demandante (fl. 1144-1153):** Manifestó que se encuentra acreditado el daño antijurídico alegado, esto es, la muerte del señor Jorge Eduardo Sánchez ocurrida el 06 de octubre de 2013 y que la misma tuvo lugar como consecuencia de no haberse combatido idóneamente las enfermedades hematológicas que padecía.

Insistió en que dicho daño aparejó unos perjuicios morales para la víctima (en favor de su sucesión) y sus familiares, así como también materiales encontrándose acreditada la actividad económica que ejercía y quienes dependían de él (su madre y su hija discapacitada), según lo confirmaron los testigos José Ruperto Olmos Murcia y Zoilo Gabriel Gaitán en sus declaraciones, y a quienes considera debe reconocérseles lucro cesante consolidado y futuro. Además señaló que se demostró la discapacidad cognitiva y de desarrollo que tiene la menor Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra dictaminada en un 45%, que sugiere dependencia de por vida, por lo que solicita se disponga indemnización plena por lucro cesante, o en caso contrario, se calcule de manera proporcional al grado de invalidez determinado o se disponga condena en abstracto para que el porcentaje sea reexaminado frente al rol laboral ulteriormente.

Adujo igualmente que el hecho dañoso se produjo como consecuencia de la no realización de un examen diagnóstico "biopsia de médula ósea", de la no obtención de los servicios integrales del III nivel de atención, porque EMDISALUD no garantizó el acceso a dicho servicio, ni autorizó su traslado. Adicionalmente, mencionó que se demostró que hubo tardanza

en la remisión de la paciente, tanto que incluso su traslado a la ESE Hospital San Rafael de Tunja no se dio por la autorización de EMDISALUD, sino por la decisión motu proprio del Hospital Regional de Chiquinquirá al entrar el paciente en estado de urgencia vital.

Consideró de acuerdo con lo manifestado por los testigos Renán Alberto Morales Abaunza y Edward Yecid Rozo Ortiz que: **i)** la patología de la víctima superaba la capacidad del Hospital Regional de Chiquinquirá no debiendo permanecer en aquel lugar; **ii)** la ESE había omitido priorizar la entrega del paciente y por ende había remitido tardíamente la víctima a pesar de sospecharse la presencia de cáncer en la sangre que era responsable de la enfermedad nosocomial adquirida y, **iii)** se incurrió en irregularidad en el registro de la historia clínica el 19 de septiembre de 2013, pues a pesar de haber declarado urgencia vital no fue remitido en ese momento, sino hasta el 05 de octubre.

En relación con el dictamen pericial, señaló que no realizó el examen de aspirado de médula ósea, el cual era indispensable e insustituible para el diagnóstico y tratamiento que necesitaba la víctima para tratar la enfermedad de base que padecía, señalando que el procedimiento de biopsia de médula podía hacerse de forma ambulatoria y que hubo una tardanza en la remisión del paciente por parte del sistema de salud, hecho que contribuyó a su muerte.

Finalmente concluyó que la falla del servicio resulta atribuible a: 1). EMSISALUD por no garantizar el acceso al diagnóstico y tratamiento en el III Y IV nivel de atención que requería la víctima a pesar de tener la obligación de brindarle dicha atención a través de su red de prestadores contratada; 2). al Departamento de Boyacá por omitir la adecuada vigilancia y control de la EPS; 3). a la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá por no hacer lo suficiente para obtener claridad en el diagnóstico y adelantar el direccionamiento del paciente; 4). a la ESE Hospital San Rafael de Tunja al no contar con el servicio de hematología y al no haber realizado el aspirado de médula ósea, que requería el paciente.

**4.2.- E.S.E Hospital San Rafael de Tunja (fl. 1164-1167):** Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, señalando que el servicio prestado por los profesionales de la ESE Hospital San Rafael de Tunja se ajustó a los protocolos, guías de práctica clínica para el manejo de pacientes en sepsis y estado de choque, la toma de decisiones sobre el soporte inotrópico y la cobertura con antibiótico, y a su vez fue adecuado en aras de preservar la vida del paciente, razón por la cual considera que no se le puede endilgar responsabilidad alguna ya que no existió falla en el servicio médico prestado.

Insistió en que se realizaron a la víctima todos los procedimientos necesarios, así mismo, se le garantizó el acceso, oportunidad, seguridad, pertenencia y continuidad de los servicios médicos de urgencias requeridos; no obstante, el paciente ingresó en pésimas condiciones generales, con deterioro en la mayoría de sus órganos de forma tal que a pesar de ponerse a disposición toda la tecnología médica no era posible evitar su muerte.

#### **4.3.- E.S.E Hospital Regional de Chiquinquirá (fl. 1134-1140)**

Adujo que de acuerdo con lo evidenciado en la historia clínica, el señor Jorge Eduardo Sánchez fue atendido oportunamente por el personal médico idóneo, a saber especialistas en medicina interna y médicos generales con los que cuenta la ESE y remitido a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, entidad de Tercer Nivel de atención debido a las complicaciones que presentó en la estancia final en el Hospital de acuerdo con la evolución de las patologías que lo aquejaban, y pese a que la EPS EMDISALUD no autorizó la remisión de dicho paciente a una entidad de mayor nivel de complejidad.

Añade que el mismo día de ingreso a la ESE se solicitó la remisión a un nivel mayor de complejidad por considerar que lo afectaban distintas patologías, como cáncer, neumonía, falla respiratoria, síndrome mieloproliferativo, y al parecer un síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

Aclaró que según lo indicó el perito en su dictamen la víctima tenía una enfermedad mieloproliferativa que podía desencadenar en leucemia y que para poder determinar la existencia de alguna complicación incluida la leucemia, se debía realizar un examen denominado aspirado de médula y así confirmar el diagnóstico presuntivo y el tratamiento a seguir, examen que solo se practica en instituciones que cuenten con la especialidad de hematología, servicio con el cual no cuenta la entidad y por el cual se solicitó la remisión. Que para la práctica de dicho procedimiento no se podía remitir al paciente ambulatoriamente y ordenar la contra-remisión del mismo, por cuanto el paciente estaba en condiciones que no permitían doble traslado, máxime cuando el tratamiento según los resultados debía continuarse en una entidad de III o IV nivel de complejidad; agrega que debido a que en el diagnóstico se encontró una posible trombocitopenia y ante el deterioro de la salud del paciente, se hizo necesaria la remisión por parte de la ESE como urgencia vital ante la ESE Hospital San Rafael de Tunja para atención en UCI por no contar con dicho servicio.

Así mismo, indicó que en el presente proceso no puede hablarse de pérdida de oportunidad en razón a que el paciente presentaba un síndrome desmielizante de difícil pronóstico, y que tenía una multiplicidad

de condiciones que lo aquejaban, que hacían difícil su mejoría aun cuando se hubiera podido practicar el examen de aspirado y biopsia de la médula ósea, procedimiento que solo era para confirmar la enfermedad mieloproliferativa y determinar el tratamiento a seguir.

Adicionalmente, manifestó que no es cierto que la patología de tránsito hospitalario neumonía nosocomial haya sido adquirida en la ESE, ya que la misma fue detectada previamente en los exámenes diagnosticados en la entidad luego de ser remitido del Centro de Salud de Maripí.

Concluyó que hubo diligencia total por parte de la ESE tanto en la atención inicial como en la remisión inmediata de acuerdo con los exámenes de laboratorio, auscultación y determinación de las patologías por parte de los médicos tratantes, sin que pueda endilgarse una falla en el servicio, retraso o ineficiencia, y menos que exista nexo causal entre la actuación de los médicos de la ESE, la evolución del paciente, los procedimientos realizados y el deceso de la víctima.

**4.4.- E.S.E Centro de Salud "Rafael Salgado" de Maripí (fl. 1157-1163):** Presentó escrito de alegaciones afirmando que la muerte del señor Sánchez no fue consecuencia de una negación de prestación de servicio, o debido a la atención prestada por el Centro de Salud, ya que como se demostró en la historia clínica, la entidad prestó la atención médica en los términos establecidos según el nivel de atención (primario de atención básica), garantizando de forma diligente y oportuna todos los medios humanos y físicos con los que contaba al momento de atender a la víctima.

Añadió que la entidad prestó una atención prioritaria, ya que en el término de una (1) hora ofreció la atención, diagnóstico y tratamiento, remitiendo de manera pronta el paciente desde Maripí al Hospital de segundo nivel de Chiquinquirá, y que conforme con el dictamen pericial no se demostró que se hubiere omitido prestar los servicios de salud (médicos, tecnológicos asistenciales, farmacéuticos y de laboratorio), por lo cual consideró que no puede endilgarse responsabilidad alguna, toda vez que las complicaciones de salud de la víctima no se debieron a una falla en la prestación del servicio médico asistencial de primer nivel, sino al deterioro clínico del paciente.

**4.5. EMDISALUD EPS-S (fl. 1131-1133):** Señaló que como quiera que no se pudo determinar el grado de agresividad de la leucemia aguda padecida por el señor Jorge Eduardo Sánchez, consideró que tanto los médicos tratantes como las instituciones prestadoras de servicios de salud realizaron todas las gestiones tendientes a salvaguardar la vida del paciente en el marco de unas obligaciones de medios y no de resultados,

no obstante, por circunstancias ajenas y debido a los graves padecimientos del usuario se desencadenó su fallecimiento.

Así mismo, reiteró que de acuerdo con las pruebas aportadas quedo claro que la entidad realizó todas las gestiones pertinentes para garantizar el acceso efectivo de los servicios de salud requeridos por el usuario, que cumplió con cabalmente con su obligación de autorizar y garantizar los servicios de salud requeridos de forma eficiente, oportuna y continua; no obstante debido a las deficiencias del sistema de seguridad social en salud se restringió el proceso de remisión y aceptación debido a la autonomía y discrecionalidad de las IPS que cuenta con los servicios requeridos y frente a las cuales no tiene injerencia la EPS.

Finalmente, mencionó que no se demostró la existencia del nexo causal entre los hechos planteados y las autorizaciones expedidas por la EPS de los servicios requeridos por el usuario y menos la responsabilidad de la entidad sobre lo acontecido con la víctima, por lo que considera que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

**4.6.- Departamento de Boyacá (fl. 1141-1143):** Indicó que se ratifica en la oposición a la prosperidad de las pretensiones y en los argumentos de las excepciones planteadas, porque: i) se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto no prestó el servicio médico de salud por el cual se demanda, no ostentó la calidad de prestador de salud, ni tiene la función de prestar servicios asistenciales, exámenes de laboratorio, hospitalización, etc., por lo que consideró que no se le puede adjudicar falla en la prestación del servicio que no prestó y que no estaba obligada a prestar; ii) la ESE Hospital San Rafael de Tunja y la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá, son entidades públicas dotadas de personería jurídica y representadas por su respectivo gerente, por lo cual no puede predicarse relación alguna de dependencia ni subordinación con el ente territorial para imputarse responsabilidad alguna por dichas actuaciones; y iii) se trató del hecho de un tercero, ya que la entidad territorial no tuvo injerencia alguna en el personal médico y administrativo de las entidades demandadas que labora para dichas instituciones y no para la Secretaría de Salud de Boyacá. Por lo que pide se denieguen las pretensiones y se condene en costas.

**4.7.- La Previsora Compañía de Seguros S.A (fl. 1154-1156):** Refirió que de acuerdo con las pruebas allegadas y practicadas, en especial el dictamen pericial, no se advierte responsabilidad alguna de la ESE San Rafael de Tunja a título de falla del servicio, ya que quedó demostrado que al señor Jorge Eduardo se le brindaron todos los procedimientos oportunos y de forma diligente, de acuerdo con el reglamento médico e institucional de la entidad a fin de salvarle la vida, por lo que solicita se nieguen las pretensiones.

De igual forma, reiteró la inexistencia de la obligación por parte de la compañía de seguros, la imposibilidad de hacer efectivo el seguro ante la ausencia de responsabilidad de la ESE San Rafael de Tunja, las condiciones, cobertura de la póliza, los deducibles y sublímite pactados, para que sean tenidos en cuenta ante una eventual condena.

### **CONSIDERACIONES:**

#### **1.- De la excepción de falta de legitimación en la causa alegada por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y el Departamento de Boyacá.**

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha reiterado que *"... la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa... la primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que da lugar a que se incoe la pretensión, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda y/o a la titularidad del derecho reclamado, independientemente de que dichas personas hayan demandado o sido demandadas<sup>2</sup>. "(Negrilla fuera del texto).*

Precisado lo anterior, y como quiera que en el presente caso la legitimación de hecho ya fue analizada en la audiencia inicial celebrada el 26 de septiembre de 2017 (fl. 628), es del caso, analizar si las demandadas, es decir, la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y el Departamento de Boyacá - Secretaría Departamental de Salud se encuentran legitimadas materialmente en la causa, así:

- **E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.**

Argumenta que no está llamada a responder por el daño alegado, como quiera que la atención prestada al señor Jorge Eduardo Sánchez fue eficiente, oportuna y de calidad, pues se le brindó los procedimientos necesarios, según se desprende de la historia clínica, por lo que considera

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2007; Ex. ediente: 11001032600019971850300 (13.503). C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Ver también auto del 1 de junio de 2017. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02536-01(\$817- I. C.P.: Hernán Andrade Rincón y sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02070-01(30874). C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

que nunca existió negligencia y falla en la atención médica que se le brindó.

Al respecto encuentra el Despacho que de los supuestos fácticos de la demanda y la historia clínica aportada visible a folios 123 ss y 371 ss, se predica la existencia de una relación entre los demandantes y la E.S.E demandada -Hospital San Rafael de Tunja- derivada de la atención médica prestada por urgencias y posteriormente en la Unidad de Cuidados Intensivos Adulto por el personal de salud de dicho establecimiento los días 05 y 06 de octubre de 2016, fecha esta última en la cual ocurrió el fallecimiento del señor JORGE EDUARDO, de allí que resulte procedente afirmar que dicha entidad se encuentra legitimada materialmente para responder por una eventual condena en el evento en que se acredite su responsabilidad en la causación del daño que se invoca en la demanda y por tanto, es del caso declarar no probada la excepción propuesta.

- **Departamento de Boyacá - Secretaría de Salud.**

Alega que no se le puede adjudicar falla en el servicio, como quiera que no prestó el servicio médico de salud por el cual se demanda, no ostentó la calidad de prestador de salud, ni tiene la función de prestar servicios asistenciales, exámenes de laboratorio, hospitalización, etc., que les corresponde a las ESE. Además, precisa que si bien en virtud de la ley, ejerce la función de inspección, vigilancia y control de las instituciones prestadoras del servicio de salud, también lo es, que considera que por tales competencias no se le puede imputar responsabilidad alguna por las actuaciones surtidas por dichas entidades del sector salud ya que son personas jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Al respecto advierte el Despacho que la entidad territorial no se encuentra materialmente legitimada para responder por los hechos que se le imputan a título del falla del servicio como quiera que: i) no intervino en la atención médica brindada al señor Jorge Eduardo Sánchez y tampoco tenía a su cargo la función de prestarle los servicios de salud que este requería; ii) si bien de la Ley 715 de 2001<sup>3</sup> (artículo 43) se desprenden algunas competencias en salud a cargo de los departamentos, tales como efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, así como adelantar la vigilancia y el control correspondiente en lo que se refiere al sistema único de habilitación de prestadores de salud (Decreto 1011 de 2006<sup>4</sup> y Ley 1438 de 2011<sup>5</sup>), que para el caso que nos ocupa se acreditó que las entidades demandadas se encontraban habilitadas para prestarle los servicios médicos que requirió la víctima (fl. 676-691), también lo es, que de las atribuciones conferidas

<sup>3</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 289, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

<sup>4</sup> Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

<sup>5</sup> Por medio de la cual se reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

en la Ley 715 no se deriva la función de ejercer inspección, control y vigilancia sobre las EPS como alega la parte actora, toda vez que dicha función es propia de la Superintendencia Nacional de Salud, según se desprende del artículo 4º del Decreto 1018 de 2007<sup>6</sup> y del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007<sup>7</sup>, normas que resultan aplicables para la época de los hechos. En consecuencia, es del caso declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En relación con los demás medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas y llamada en garantía, cabe precisar que las mismas no son excepciones propiamente dichas, sino que constituyen extensiones de las razones de oposición<sup>8</sup> frente a las pretensiones que no impiden ni extinguen el derecho que se reclama, luego tales argumentos solo serán tenidos en cuenta como alegaciones de la defensa, susceptibles de ser analizados con el fondo del asunto, tal y como se señaló en la audiencia inicial (fl. 628)

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de "*Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*" se recuerda que la misma fue declarada no probada en audiencia inicial del 26 de septiembre de 2017 (fl. 628).

## **2.- Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el 26 de septiembre de 2017 (fl. 630 vto.), corresponde al Despacho determinar si la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ, E.S.E. CENTRO DE SALUD RAFAEL SALGADO DE MARIPIÍ y EMDISALUD EPS-S, son administrativa y extracontractualmente responsables por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la muerte del señor Jorge Eduardo Sánchez, producto de la presunta omisión consistente en: **i)** no agotar de manera diligente y adecuada los recursos científicos y técnicos que tenían a su alcance para obtener de manera oportuna un diagnóstico médico, **ii)** no realizar las gestiones necesarias para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad y, **iii)** no evitar la adquisición de una enfermedad en la instalación hospitalaria.

Consecuentemente, y en el evento de determinarse la responsabilidad de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, el Despacho procederá a establecer si la Compañía Aseguradora La Previsora S.A. en calidad de llamada en garantía vinculada al trámite de la presente acción, se

<sup>6</sup> "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones."

<sup>7</sup> Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

<sup>8</sup> Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pág. 408, sexta edición: "La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que este se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho..."

encuentra llamada a responder por una eventual condena de acuerdo al amparo contenido en la póliza No. 1004102.

Así mismo, se pronunciará el Despacho respecto de las causales exonerativas de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y fuerza mayor o caso fortuito invocadas por la E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho abordará, en su orden, los siguientes aspectos: **i)** Regímenes de Responsabilidad Patrimonial del Estado - Títulos de Imputación, **ii)** Responsabilidad del Estado por falla médica, **iii)** De la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias, **iv)** De la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica; y **v)** Caso concreto.

### **3.- Marco Jurídico:**

Inicialmente, habrá que recordarse que en tratándose del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, ha de tenerse en cuenta que en virtud del principio *iura novit curia*, corresponde al fallador determinar el régimen al cual se adecúan los hechos que han sido traídos por las partes al debate judicial. Al respecto se ha manifestado el Consejo de Estado de la siguiente manera:

*"...En efecto, es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio iura novit curia, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, **corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso**, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión..."<sup>9</sup> (Negrilla fuera de texto).*

#### **3.1.- Fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.**

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia prevé el principio general de responsabilidad del Estado, al establecer:

**"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."*

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Rad.: 76001-23-31-000-1991-01435-01(16734). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Ver también Sentencia de la misma sección de fecha 31 de mayo de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-00679-01(+0648). C.P.: Danilo Rojas Betancourth, en la que se reiteró que: "... en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio iura novit curia, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma."

De la referida norma, también se desprende que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales, a saber: **i)** un daño antijurídico y **iii)** una imputación jurídica, es decir, que el resultado (el daño) le sea atribuible al Estado, como consecuencia directa de la acción u omisión del servidor público.

La Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996 dejó por sentado que el artículo 90 Superior antes citado, consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en cualquiera de sus esferas – precontractual, contractual y extracontractual-, en virtud de la cual, los daños causados por éste le serán atribuidos bajo cualquiera de los títulos jurídicos de imputación reconocidos de antaño por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, tales como la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional<sup>10</sup>.

En similar sentido, en cuanto a la cláusula de responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha reiterado en múltiples oportunidades que:

*"(...) el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.***

*En consecuencia, **el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado**".<sup>11</sup>(Negrita fuera de texto)*

Con fundamento en lo anterior, ha sido enfática la Máxima Corporación en insistir que en virtud del principio *iura novit curia*, el Juez a la hora de resolver el fondo del asunto, puede realizar el juicio de atribución de responsabilidad bajo cualquiera de los títulos de imputación señalados, aun cuando sean distintos de los invocados por el extremo demandante,

<sup>10</sup> En dicha providencia, destacó la Corte: "(...) el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, (...) para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual); así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02021-01 (37847). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

siempre y cuando no se varíe la *causa petendi*; es decir, los fundamentos fácticos en que se sustentan las pretensiones de la demanda.

Precisado lo anterior, es necesario definir los **elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado** a la luz de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, así:

### **I). El daño:**

Tradicionalmente, el daño ha sido definido por la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo como *"la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona"*<sup>12</sup>. Por su parte, la doctrina autorizada ha definido el daño como *"la alteración negativa de un estado de cosas existente"*<sup>13</sup> y como la *"aminoración patrimonial sufrida por la víctima"*<sup>14</sup>. Definición ampliada posteriormente, en el sentido de indicar que *"daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de repararse encuentran reunidos"*<sup>15</sup>.

Así, su configuración y acreditación probatoria permitirán continuar con el estudio de los demás elementos que estructuran el juicio de responsabilidad, en la medida que resulta imposible atribuir daños inexistentes a las conductas activas u omisivas de los agentes estatales. Al respecto expuso el Consejo de Estado que *"el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, además debe ser antijurídico, como quiera que éste constituye un elemento necesario de la responsabilidad, de allí la máxima **"sin daño no hay responsabilidad"** y sólo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado"*<sup>16</sup>.

Bajo esos presupuestos, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido en forma unánime que el daño objeto de reparación será aquel que revista la connotación de **antijurídico**; es decir, aquella *"lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia del **daño, el cual**

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01902-01(37879). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>13</sup> Henao, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá D. C. Universidad Externado de Colombia, 1998. p 84.

<sup>14</sup> *Ibidem*

<sup>15</sup> Henao, Juan Carlos. Artículo: Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2015. Radicación número: 25000-13-26-000-2001-00465-01(28937). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

**debe ser cierto y determinado o determinable...**<sup>17</sup> (Negrita fuera del texto). De lo que se deriva entonces, que el daño será antijurídico con independencia de que la conducta que lo haya causado sea catalogada como culposa, ilícita o contraria a derecho, tal como acontece en los eventos de responsabilidad objetiva del Estado donde procede su declaratoria aun cuando la causa del daño provenga de una conducta lícita.

Respecto de la **existencia y el carácter cierto del daño**, el Consejo de Estado ha resaltado:

*"El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>18</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>19</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio<sup>20</sup>.*

*La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>21</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual<sup>22</sup>."*<sup>23</sup>

## II). La imputación:

Conforme al contenido del Art. 90 Superior, para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado, además del daño antijurídico debe llevarse a cabo un análisis de imputación<sup>24</sup> que ha sido definido como *"la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello."*<sup>25</sup>, con el cual se persigue establecer un fundamento normativo del que se derive la obligación de reparar un daño a determinada persona. De lo cual, se tiene entonces que el análisis de imputación se desarrolla desde dos esferas, a saber: **i)** desde el ámbito fáctico –conocida como *"imputatio facti"* y **ii)** desde el ámbito jurídico –denominada *"imputatio iuris"*.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-10128-01(34357). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

<sup>18</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.507

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>20</sup> Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

<sup>21</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.402. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

<sup>22</sup> HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01902-01(37879). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>24</sup> Al respecto, Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013. Exp. 18274.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa [E]

En lo que refiere a la **imputación fáctica**, sostiene la jurisprudencia que con ella *"se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante)"*<sup>26</sup>. Dentro de la cual, resultan relevantes las instituciones e ingredientes normativos imbricados y aplicados en la jurisprudencia contenciosa administrativa, desde la teoría de la imputación objetiva<sup>27</sup>.

Por su parte, sostiene la Sección Tercera de la Corporación, que en la **imputación jurídica**<sup>28</sup> *"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 -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional)."* <sup>29</sup> Así, la imputación jurídica es *"un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios"*<sup>30</sup>, que fueron ocasionados a partir de su culpa -falla del servicio-, de la concreción de un riesgo excepcional, o de la causación de un daño anormal y grave que rompe el equilibrio de las cargas públicas -daño especial.-

Así mismo, debe precisarse que es en la **imputación fáctica** donde cobra relevancia el estudio del **nexo de causalidad**, que permite atribuir el resultado lesivo a la conducta del agente estatal. En cuanto a la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en sentencia de 2016<sup>31</sup> el Máximo Tribunal expresó:

*"Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991<sup>32</sup>, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo<sup>33</sup>, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio*

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590)

<sup>27</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569: "(...) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto (...)"

<sup>28</sup> "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. Int: 18274.

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Exp: 6600123310002003C74801 (34.796)

<sup>32</sup> "La complejidad del asunto traído a colación quedó puesta de presente, por vía de ejemplo, con ocasión de la aprobación del siguiente pronunciamiento por parte de esta Sala: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 76001-23-25-000-1996-02792-01(16808). En aquella oportunidad, la posición mayoritaria de la Sala se inclinó por señalar que lo procedente de cara a llevar a cabo "el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado" es: cometer dicha tarea "...a través de la siguiente estructura conceptual: 1°) daño antijurídico, 2°) hecho dañoso, 3°) causalidad, y 4°) imputación". Empero, frente a la anotada postura, el Magistrado Enrique Gil Botero optó por aclarar su voto por entender que la comprensión que se viene de referir desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, 0) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico" [cita del original].

<sup>33</sup> De hecho, en el pronunciamiento que acaba de referenciarse —nota a pie de página anterior—, a pesar de la claridad en torno al título jurídico de imputación aplicable al asunto de marras —riesgo excepcional derivado del funcionamiento de redes eléctricas y de alto voltaje—, las súplicas de la demanda fueron desestimadas porque desde el punto de vista de la causalidad, esto es, desde una perspectiva eminentemente naturalística, fenomenológica, el actor no consiguió demostrar el acaecimiento del suceso que atribuía a la entidad demandada —una sobrecarga eléctrica— y con fundamento en el cual pretendía que se atribuyese responsabilidad indemnizatoria a ésta última como consecuencia del advenimiento de los daños que —esos sí— fueron cabalmente acreditados dentro del plenario. Y adviértase que en relación con el sentido de la decisión —y, por tanto, en relación con esta manera de razonar— no hizo explícito, en la también referida aclaración de voto, su desacuerdo el H. Consejero de Estado que la rubricó" [cita del original].

*valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada. Dicho en otros términos, **la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.***

Finalmente, en lo que atañe a las teorías aplicadas en relación con la causalidad, el Consejo de Estado ha reiterado<sup>34</sup> el criterio definido desde el año 2002<sup>35</sup> indicando que:

*"El elemento de responsabilidad **"nexo causal"** se entiende como la **relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido.** La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si **aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico.** Sobre el nexo de causalidad se han expuesto **dos teorías: la equivalencia de las condiciones** que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de **causalidad adecuada**, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. (...) Y sobre la teoría de la **causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce.** De estas teorías **en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito**<sup>36</sup>". (Negrita fuera de texto).*

### **3.2.- De la responsabilidad estatal por falla del servicio – Falla médica:**

En torno al punto del régimen de responsabilidad de la falla en el servicio, el Consejo de Estado ha señalado:

*"(...) la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligatorio, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las cuales incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte, la entidad pública demandada podrá excluir su responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligatorio que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos- o si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor,*

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Exp. 54001233100019980032001(41330).

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Exp. 05001232400019930028801 (13313).

<sup>36</sup> Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

*hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.”<sup>37</sup>.*

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que existe falla en el servicio cuando se demuestre que la entidad pública infringió por acción u omisión un deber a su cargo, y para el caso de la responsabilidad médica del Estado se ha reiterado que “la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración **no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la lex artis o, dicho de otro modo, que es consecuencia del funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, pues también la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra**”<sup>38</sup>. (Negrilla fuera del texto)

No obstante, cuando el daño no es producto de una falla del servicio sino por el riesgo asociado a dicha actividad médica, el Consejo de Estado ha indicado que el caso deber analizarse bajo el régimen objetivo de responsabilidad.

Así, en lo relativo a la responsabilidad del Estado por falla médica, se tiene que se han presentado diferentes títulos de imputación, explicados por el Consejo de Estado, a saber: i) se determinó que procedía el régimen subjetivo de la **falla probada del servicio**, el cual se exigía a la parte demandante la aportación de las pruebas para acreditar el daño, el incumplimiento del deber obligacional y el nexo causal entre uno y otro<sup>39</sup>; ii) luego se acogió el título de imputación de **falla presunta del servicio** que fijó en cabeza del cuerpo médico la obligación de probar que su actuar se hizo de forma diligente y conforme a los postulados de la «lex artis»; iii) posteriormente se adoptó la teoría de las **cargas probatorias**, la cual ordenaba que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia<sup>40</sup>, y vi) finalmente se acogió nuevamente el título de imputación subjetivo de la **falla probada del servicio**, el cual se aplica actualmente y exige la demostración de todos los elementos que la configura, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel.

De igual forma, el Consejo de Estado<sup>41</sup> ha reiterado que **“la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla**

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Radicación número: 19001-23-31-000-2000-03226-01(26855). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertussis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991. Radicado: 6253. Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, radicado: 6477. Magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo entre otras.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, radicado: 11878. Magistrado ponente Alier Hernández Enriquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, radicado: 14421. Magistrado ponente Alier Hernández Enriquez. y sentencia del 11 de mayo del 2006, radicado: 14400, Magistrado ponente Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Radicación número: 66001-23-31-000-2002-00576-01(37125). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

**probada del servicio**<sup>42</sup>, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado<sup>43</sup>, le son propias. Así, en el estado actual de la jurisprudencia sobre la materia, quien alegue que existió un defecto en la prestación del servicio médico asistencial, debe demostrar tal falla, así como también el daño y los elementos que permitan concluir que este último es atribuible a aquélla y no a eventos extraños<sup>44</sup>. (Negrilla fuera del texto).

Además ha reiterado que *"las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho*<sup>45</sup> *son de medio y no de resultado"*, por lo que *"en los casos en que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, la parte actora tiene la carga de demostrar la falla del servicio atribuible a la entidad"*<sup>46</sup>.

De igual forma ha de tenerse en cuenta que tal y como lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado, este título de responsabilidad, opera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

*"... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz"*<sup>47</sup>.

De esta manera y cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la "lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz", se debe observar que esta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integralidad en la prestación de dicho servicio, frente a lo cual se ha señalado:

*"La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las*

<sup>42</sup> Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, ibidem y de 3 de octubre de 2007, exp. 16402, de 28 de enero de 2009, exp. 16700 y de 9 de junio de 2010, exp. 18.683, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Con ponencia de quien proyecta este fallo ver sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 25331.

<sup>43</sup> Ver, entre otras: Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 17.750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de la Subsección "B", sentencia de 4 de junio de 2012, exp. 22411, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>44</sup> Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Caavedra Becerra.

<sup>45</sup> Se entiende por acto médico propiamente dicho el que involucra "la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20.502, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 3 de mayo de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00572-01(26352). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>47</sup> Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 35656.

*entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada"*<sup>48</sup>.

De allí que el principio de integralidad del servicio requiere, que *"todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*<sup>49</sup>. Y por tanto se considera que hay un daño *"... cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda..."*<sup>50</sup>

Así mismo, el Consejo de Estado en relación con la **asistencia médica** ha expresado:

*"La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)"*<sup>51</sup>.

Así las cosas, se encuentra claro que por regla general el régimen aplicable a la responsabilidad médica es la falla probada del servicio, según la cual, la parte interesada debe acreditar el daño, la actividad médica y el nexo causal entre ésta y aquel, para lo cual podrá hacer uso de los medios probatorios legalmente aceptados, incluida la prueba indiciaria; no obstante, cuando dicha actividad medica implica riesgos inherentes a su ejercicio, el régimen pasa de ser subjetivo a objetivo, como quiera que ya no interesa si la actuación desplegada por la entidad

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

<sup>50</sup> Consejo de Estado 2 de mayo de 2018. Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación interna (40958)

<sup>51</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

fue diligente, en razón a que el riesgo asociado a la actividad médica es el que genera el daño antijurídico que se reclama.

### **3.3.- De la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias.**

En relación con la prestación del servicio de salud, y el sistema de seguridad social, tenemos que el mismo se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, la cual además determinó los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras y los niveles de atención que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones, a los cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización, dependiendo la complejidad.

Por su parte el Decreto 412 del 6 de marzo de 1992, reglamentó lo relacionado con el servicio de urgencias, señalando que dicha normatividad sería aplicable a todas las entidades prestatarias de servicios de salud, públicas y privada y en su artículo 3º adoptó las siguientes definiciones:

*"1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*

*2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.*

*3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.*

*4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.*

*5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.*

*La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios..."*

Entonces, frente a la atención inicial de urgencia, el mencionado Decreto refirió en su artículo 4º la responsabilidad de las entidades de salud para supeditarla al nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determinará el Ministerio de Salud y la fijó desde el momento de la atención hasta que el paciente fuera dado de alta o, en el evento de remisión, hasta el momento en que el mismo ingresara a la entidad receptora.

Del mismo modo el mentado decreto refiere la responsabilidad de la entidad prestadora de salud desde el momento de la atención, es decir desde el instante mismo en que el paciente ingresa al centro médico, clínico u hospitalario, generándose de esta forma la garantía constitucional de recibir atención oportuna, eficaz y de calidad.

### **3.4.- De la valoración médica del paciente - Diagnóstico:**

Al respecto, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>52</sup> que a los médicos no se les puede imponer el deber de acertar en el diagnóstico, y que en esa medida la responsabilidad de la administración no resulta comprometida sólo porque se demuestre que el demandante sufrió un daño como consecuencia de un diagnóstico equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones.

De esta manera cuando se pretende declarar la responsabilidad de la administración por error de valoración, es deber de la parte actora acreditar que el servicio médico no se prestó apropiadamente, al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

*"En los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, la parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente por ejemplo, el profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad,*

o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad.<sup>53</sup> (Subraya del Despacho)

Así las cosas, el juez deberá efectuar un análisis completo, en aras de determinar si hubo o no la falla, estudiando de manera acuciosa la información consignada en la historia clínica con objeto de comprobar cuáles fueron las acciones que se ejecutaron para orientar el diagnóstico de la enfermedad, al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

*"...En especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapan a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que "el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico"<sup>54</sup>.*

Como corolario de lo anterior, en lo que refiere al diagnóstico se tiene que: **i)** debe elaborarse sin ligereza y de forma responsable, **ii)** se basa en los síntomas que presenta el paciente y la información que el mismo suministra al ingresar al servicio de urgencias, **iii)** la historia clínica es la base fundamental para determinar qué acciones se desplegaron para direccionarlo, **iv)** los elementos y situación en que se encontraba el médico de turno son determinantes para establecer su orientación.

### **3.5.- De la referencia y contra referencia de pacientes.**

Con la expedición del Decreto 4747 de 2007<sup>55</sup>, se regularon algunos aspectos de la relación entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, tales como el trámite de referencia y contra referencia, que fue definido en el artículo 3º literal e), en los siguientes términos:

*"Referencia y contra referencia. 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***

<sup>53</sup> Ver cita 34.

<sup>54</sup> Sentencias de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, 27 de abril de 2011, exp. 13846 y de 10 de febrero de 2011, exp. 19040..."

<sup>55</sup> "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"

*acuerdo con el nivel de resolución, dé respuesta a las necesidades de salud.*

*La contra referencia es la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia, da al prestador que remitió. La respuesta puede ser la contra remisión 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.” (Negrilla fuera del texto).*

Así mismo, en el artículo 17 del Decreto en mención se estipuló que el diseño, organización, documentación y operación del sistema de referencia y contra referencia es **obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud**<sup>56</sup> **“quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones. Con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención, es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes.”**

Luego se advierte que el proceso de referencia y contra referencia implica i) 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 se requiera según las necesidades de salud del paciente; y ii) una obligación a cargo de las entidades responsables del pago de servicios de salud, esto es, para el caso que nos ocupa, de la EPS de prestar adecuadamente a través de una red de prestadores los servicios de salud que requieran los pacientes; lograr la consecución de una institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes y garantizar la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios de servicios de salud, así como la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo.

### **3.6.- De la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica.**

<sup>56</sup> Entidades responsables del pago de servicios de salud: Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales.” (artículo 3º literal b del Decreto 4747 de 2007). (Negrilla fuera del texto).

Ha sido estudiada por el Consejo de Estado<sup>57</sup> desde dos ópticas: una, que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un "daño autónomo"<sup>58</sup>, y otra, que afirma que **el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal**<sup>59</sup>. Esta última frente a la cual ha aclarado que *"la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; **que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad pérdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos.**"*<sup>60</sup> (Negrilla fuera del texto).

Al respecto, la Corporación<sup>61</sup> ha estimado que *"la pérdida de oportunidad constituye un daño de naturaleza autónoma, al considerar que "se ubica en el campo del daño - sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, **resulta ser un perjuicio autónomo**"*<sup>62</sup>. (Subrayado fuera del texto).

De igual forma ha reiterado<sup>63</sup> que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como **daño autónomo cobra mayor relevancia en aquellos casos en los que existe incertidumbre acerca del beneficio que pudo obtener la víctima**, que la prueba del nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la actuación de la Administración<sup>64</sup>, al señalar que *"(...) constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible*

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Providencia del 30 de mayo de 2019, Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890), C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 38267 de 31 de mayo de 2016; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 21706 de 5 de abril de 2017; entre otras.

<sup>59</sup> Puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Expediente 21569 de 24 de octubre de 2013; Salivamento de voto formulado por el consejero Enrique Gil Botero a: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 17001 de 1º de octubre de 2008.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Providencia del 24 de octubre de 2013, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869), C.P.: Enrique Gil Botero.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Providencia del 30 de mayo de 2019, Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890), C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>62</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 1: 714, C.P. Gladys Agudeo Ordóñez, en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el 8 de junio del mismo año, exp. 19.360, y la del 26 de enero de 2012, exp. 21.726, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-02517-01(30286) CP: Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 25000232600020000215101, CP: Ramiro Pazos Guerreiro, Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 20. 4, exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01(46107), CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).*<sup>65</sup>.

Por lo cual, ha establecido unos elementos esenciales para su configuración<sup>66</sup>, a saber: i) Certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado<sup>67</sup>, los cuales han sido reorganizados por la jurisprudencia para un mejor análisis en los siguientes términos:

- a) **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado**, que implica *"establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación (...)"*<sup>68</sup>
- b) **Certeza de la existencia de una oportunidad**, que conlleva *"constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar<sup>69</sup> inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente."*
- c) **Pérdida definitiva de la oportunidad**, que consiste en *"acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual"*<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.646.

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Providencia del 30 de mayo de 2019, Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890), C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>67</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá, 4 de agosto de 2014, expediente No. 11001-31-03-003-1998-07770-01.

<sup>68</sup> Consejo de Estado, SCA., Sección Tercera, Subsección B, Providencia del 12 de octubre de 2017, Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803), C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>69</sup> *ibidem*

<sup>70</sup> *ibidem*

#### **4.- CASO CONCRETO:**

Atendiendo entonces al régimen jurídico aplicable al sub júdece, y a partir de los fundamentos normativos y jurisprudenciales decantados en precedencia, procederá el Despacho a establecer la existencia del daño antijurídico invocado por los demandantes, para luego y en caso afirmativo, definir si tal daño resulta fáctica y jurídicamente imputable a la E.S.E. CENTRO DE SALUD RAFAEL SALGADO DE MARIPIÍ, E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ, EMDISALUD EPS-S y E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, y consecuentemente a la COMPAÑÍA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A.

##### **4.1.- Del Daño:**

Según lo indicado en el escrito de la demanda, el daño cuya indemnización se invoca corresponde a la muerte del señor Jorge Eduardo Sánchez, ocurrida el 06 de octubre de 2013, la cual según los demandantes, se ocasionó por una presunta omisión consistente en: i) no agotar de manera diligente y adecuada los recursos científicos y técnicos que tenían a su alcance para obtener de manera oportuna un diagnóstico médico, ii) no realizar las gestiones necesarias para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad y, iii) no evitar la adquisición de una enfermedad en la instalación hospitalaria.

- **De la existencia del daño.**

Al respecto, encuentra el Despacho que el señor Jorge Eduardo Sánchez falleció el día 06 de octubre de 2013, según se desprende del registro civil de defunción (fl. 39).

Así las cosas, se encuentra acreditada la existencia del daño, que consistió en la muerte de la víctima.

- **Del hecho generador del daño.**

Al respecto, de la causa de la muerte del señor Jorge Eduardo Sánchez, obra anotación en la epicrisis de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud de la ESE San Rafael de Tunja, en los siguientes términos: *"1+38 AM 06-10-2013 PACIENTE CON PERISTENCAI (SIC) DE INESTABILIDAD (SIC) HEMODINAMICA MARCADA PRESENTA NUEVA BRADICARDIA EXTREMA QUE PROGRESA ASISTOLIA EL CUAL NO RESPONDIO A MANIOBRAS DE REANIMACION Y PACIENTE FALLECE. SE CIERRA HISTORIA CLINICA. SE REALIZA CERTIFICADO DE DEFUNCION. SE INFORMA A FAMILIAR"* (fl. 125 vto. y 416 vto.)

Luego se advierte que la muerte de la víctima se produjo como consecuencia de una inestabilidad hemodinámica que desencadenó una bradicardia extrema<sup>71</sup> y luego progresó a una asistolia<sup>72</sup>, sin que de tales anotaciones pueda determinarse de manera precisa -como lo afirmó la parte actora- que la misma ocurrió como consecuencia de no haber combatido idóneamente las enfermedades hematológicas que padecía.

#### 4.2. De la imputación fáctica y jurídica del daño.

##### A). De la actividad médica desplegada por las entidades demandadas.

###### ▪ E.S.E. CENTRO DE SALUD RAFAEL SALGADO DE MARIPI.

De conformidad con la historia clínica se pudo establecer que, el **25 de agosto de 2013**, el señor Jorge Eduardo Sánchez, ingresó por urgencias a la **ESE Centro de Salud de Maripí** por un dolor de garganta y determinándose por la médico de turno como enfermedad actual "*paciente con cuadro de odinofagia (...) lesiones vesiculares en paladar blando sin síntomas asociados hace varios días*", como diagnóstico principal y relacionado "**amigdalitis**" y "**gingivoestomatitis**", respectivamente, (fl. 67 y 352), según se verifica de las siguientes anotaciones médicas:

25-08-2013	"(...) Aseguramiento EPS EMDISALUD  (...) Antecedentes Patologías (-) Alergias (-) QX (-) Farmacológico (-)  Revisión por sistemas Diuresis (+) deposición (+)  IV. DATOS DE INGRESO (EPICRISIS)  Hallazgo del examen físico T/A: 120/70 FC: 75 FR: 18 Tº. 36.2 (...) Mucosa oral húmeda conjuntiva normocromica paladar lesiones vesiculares cuello simétrico sin masas ni adenopatías faringe placas blanquecinas (...) tórax simétrico ruidos cardiacos rítmicos sin soplos ruidos respiratorios sin agregados abdomen blando ruidos intestinales (+) no masas no megalias extremidades sin edemas pulsos distales presentes neurológico sin déficit
09:00 a 09:49	Conducta Penicilina benzatínica 2400.000 Penicilina cristalina 1000.000 UI para prueba de penicilina
	V. DATOS DE EVOLUCION  (...) Paciente hemodinámicamente estable, saturando adecuadamente afebril <b>mejoría de síntomas posterior a la aplicación del medicamento. Se da salida con signos de alarma y recomendaciones enjuagues con nistatina y se explica si no mejora de los síntomas reconsultar.</b>  V. DATOS DE EGRESO Plan manejo ambulatorio Naproxeno tab. x 250mg 1c/12horas Diclofenaco ampolla x 75mg IM # 2 interdiaria Nistatina jarabe hacer enjuagues (...) Dra. Carolina Bocanegra MÉDICO GENERAL" (fl. 67 vto. y 353) (Negrilla fuera del texto)

<sup>71</sup> "se define como un ritmo cardíaco lento o irregular, normalmente inferior a 60 latidos por minuto. En este ritmo, el corazón no puede bombear suficiente sangre rica en oxígeno al cuerpo durante la actividad normal o el ejercicio." Recuperado de <https://www.merck.com/medicines/antipulmonologias/latido-cardiaco-lento.html>

<sup>72</sup> "ausencia de actividad eléctrica cardíaca". Recuperado de <https://www.revespcardiol.org/es/guias-practica-clinica/medicina-preventiva-y-promocion-de-salud/espanola-articulo-103628910369015037sejgex?true>

Posteriormente, el **08 de septiembre de 2013**, la víctima reingresa al Centro de Salud de Maripi, por fiebre y se determina como enfermedad actual "*paciente con cuadro de fiebre de hace 3 días asociado a lesiones vesiculares rojas en área gingival, lesión tipo celulitis en miembros inferiores y superiores*" y como diagnóstico principal "**síndrome anémico**" (fl. 70 y 358), según se desprende de la hoja de consulta por urgencias y de las notas de enfermería:

F/H	Nota médica	Notas de enfermería
<p>08-09-2013</p> <p>16:00 a 17:00</p>	<p>"IV. DATOS DE INGRESO (EPICRISIS)</p> <p>Hallazgo del examen físico T/A: 100/60 FC: 75 FR: 18 Tº. 38.5 (...)</p> <p>Mucosa oral húmeda palidez generalizada cuello simétrico sin adenopática lesión en paladar blando con lesiones vesiculares de color rojo morado edematizadas tórax simétrico ruidos cardiacos tarquicardicos sin soplos abdomen blando ruidos intestinales (+) no masas extremidades edemas grado II pulsos distales presentes lesiones con edema calor y rubor generalizadas en miembros inferiores y superiores neurológico sin déficit</p> <p>Conducta S/S hb y HCTO Catteter (sic) heparinizado</p> <p>V. DATOS DE EVOLUCION</p> <p>(...) <b>Paciente en regulares condiciones generales febril palidez generalizada</b> hb: 6 HCTO 20 no se cuenta con bacterióloga para toma de resto de laboratorios hemodinámicamente estable sin dificultad respiratoria se remite a Chiquinquirá para valoración y apoyos DX</p> <p><b>Resultados de procedimiento hb` 6 HCTO 20</b> (ver también fl. 69 y 351)</p> <p>V. DATOS DE EGRESO Plan manejo ambulatorio <b>Remisión a Chiquinquirá</b> (...) Dra. Carolina Bocanegra MÉDICO GENERAL" (fl. 70 vto. y 349) (Negrilla fuera del texto)</p>	<p>"16+00 (...) Ingreso paciente masculino al servicio de urgencias caminando por sus propios medios en compañía de familiar, manifestando inflamación en miembros inferiores se observa edema en rostro se informa a medico de turno quien valora y ordena canalizar, tomar paraclínicos y hospitalizar. Omar.</p> <p>16+30 (...) Se cumple orden médica. Omar.</p> <p>17+00 (...) llegan reportes de laboratorio y son entregados a medico de turno, inicia tramites de remisión a 2º nivel, <b>es aceptado paciente en hospital de Chiquinquirá</b>, sale paciente en ambulancia orientado en sus tres esferas con adoper permeable en compañía de auxiliar Monica y familiar. Omar." (fl. 68,121 y 350). (Negrilla fuera del texto)</p>

Por lo que debido a su clínica y a los resultados de laboratorio clínico arrojados, se decide remitirlo a un segundo nivel de complejidad, según se desprende del formato de referencia y contra referencia:

<p>08-09-2013</p>	<p><b>REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA</b></p> <p>(...) EPS EMDISALUD</p> <p>(...) C. SOLICITUD DE ATENCIÓN (...) <b>DIAGNOSTICO (S)</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>Síndrome anémico?</b></li> <li>2. <b>Dengue?</b></li> <li>3. <b>Síndrome nefrótico</b></li> </ol> <p>(...) MOTIVO REVISIÓN: <b>valoración x medicina interna</b> Evolución de la enfermedad actual: Paciente de 47 años quien ingresa x cuadro de fiebre hace 3 días asociado a edema Grado II lesión tipo vesicular generalizada en todo el cuerpo.</p> <p>ANTECEDENTES: patológicos (-) Alergias (-) QX (-) Farmacológico (-) REVISIÓN POR SISTEMAS: Diuresis (+) deposición (+)</p> <p>EXAMEN FISICO AL INGRESO: TA 120/70 FC: 75xmin Mucosa oral húmeda, paladar congestiones eritematosas rojas cuello simétrico sin masas ni adenopatías tórax simétrico ruidos cardiacos rítmicos sin soplos ruidos respiratorios sin agregados</p>
-------------------	---

*abdomen blando ruidos intestinales positivos no masa no megalia extremidades edema Grado II pulso distales presente neurológico sin déficit*

*PARACLINICOS: hb:6 HCTO 20*

*EVOLUCION: Paciente de 47 años con catéter heparinizado*

*Se toma hb: 6 HCTO 20. No se cuenta con laboratorio- bacterióloga en el momento. Se remite para valoración*

*EXAMEN FISICO AL MOMENTO DE LA REMISION*

*Paciente TA= 110/60 FC 78x/min*

*Sin cambios*

**SOLICITUD DE SERVICIO**

**Valoración x medicina interna**

*Dra. Carolina Bocanegra MÉDICO GENERAL" (fl. 122) (Negrilla fuera del texto)*

De acuerdo con lo anterior, no se advierte que la atención médica brindada por dicha entidad de primer nivel –ESE MARIPI- hubiera sido contraria a la *lex artis*, ni que hubiera incidido en la muerte de la víctima, como quiera que se observa que en el primer ingreso al Centro de Salud le fue diagnosticado amigdalitis y gingivoestomatitis, enfermedades que según se señala en la literatura médica<sup>73</sup> son de escasa afectación del estado general, que evolucionan favorablemente en cuatro o cinco días, que conllevan tratamiento sintomático y que el tratamiento de elección es penicilina, medicamento que según se constata de la historia le fue suministrado a la víctima en dicha oportunidad y que dio lugar a la mejoría de su sintomatología y posterior egreso con signos alarma y recomendaciones.

Ahora en lo que atañe al reingreso por segunda vez a la ESE de Maripi, se observa que su ingreso fue 13 días después, con una sintomatología diferente a la del 25 de agosto de 2013, que arrojó un síndrome anémico, que se corroboró con los reportes de laboratorio del cuadro hemático (hemoglobina –HB- y hematócrito -HCTO -) (fl. 35), exámen clínico que según se desprende de la literatura médica<sup>74</sup> se practica en un primer momento para establecer la presencia de la anemia, mas no resulta ser suficiente para determinar la naturaleza y causa de la anemia ya que dicha patología posee una cantidad de etiologías, que hacen necesaria la realización de unos exámenes complementarios y un tratamiento que supera la capacidad técnica y científica del Centro de Salud, según se desprende de la Constancia de Habilitación en el Registro Especial de Prestadores de Salud de la Secretaría de Salud Departamental de Boyacá pues solo está habilitado para prestar, entre otros servicios, los siguientes: medicina general, servicio de urgencias, laboratorio clínico (fl. 688-691). Luego se advierte que tal situación hizo necesaria la remisión a un nivel de mayor complejidad, donde tuvieran la especialidad en medicina interna, en este caso, a la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá<sup>75</sup>, IPS a la cual EMDISALUD EPS autorizó el servicio de

<sup>73</sup> S. MONTEQUI NOGUES, J.C. SANTOS SÁNCHEZ. BOLETÍN DE LA SOCIEDAD DE PEDIATRÍA DE ASTURIAS, CANTABRIA, CASTILLA Y LEÓN Protocolos de Enfermedades Infecciosas Infecciones bacterianas de vías altas: Otitis, amigdalitis. BCI PEDIATR 2006; 46: 294-303 Recuperado de [http://www.sccsp.org/boletines/46\\_sup12/EnfPediatri\\_2006\\_46\\_sup1\\_294-303.pdf](http://www.sccsp.org/boletines/46_sup12/EnfPediatri_2006_46_sup1_294-303.pdf).

<sup>74</sup> Organización Panamericana de la Salud. Anemia: hematología para un diagnóstico básico. Serie PALTEX para ejecutores de programas de salud. Recuperado de <http://www.paho.org/contenidos/123456789/4567>

<sup>75</sup> Está inscrita en el Registro Especial de Prestadores de Salud de la Secretaría de Salud Departamental de Boyacá como una entidad de segundo nivel de atención y se encuentra habilitada para prestar, entre otros servicios, los siguientes: medicina interna, servicio de urgencias, transfusión sanguínea (fl. 682-687).

internación en el servicio de complejidad mediana, según consta en la autorización de servicios por evento No. 1869753 (fl. 278).

De acuerdo con lo expuesto, no puede afirmarse que el Centro de Salud de Maripi incurrió en falla del servicio por omisión en la obtención del diagnóstico y en el traslado del occiso a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, cuando resulta claro que remitió de manera oportuna a la víctima a una IPS de mediana complejidad a fin de que se estableciera un diagnóstico definitivo. Adicionalmente tampoco se encuentra acreditado que durante su estancia en dicho nivel de baja complejidad hubiera adquirido una enfermedad intrahospitalaria que le resulte imputable a la entidad.

▪ **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ.**

Luego de ser traslado del Centro de Salud de Maripi, fue recibido el 08 de septiembre de 2013 a las 16:39 en **la E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá**, por el servicio de urgencias en la especialidad de medicina interna (fl. 71), con un diagnóstico de ingreso de "*neumonía multilobar y síndrome linfoproliferativo*", según se verifica del epicrisis y de las siguientes anotaciones médicas en la especialidad de medicina interna, donde se advierte además que fue hospitalizado por alrededor de 28 días, estaba durante la cual se prescribieron como posibles diagnósticos: "***neumonía multilobar, sepsis de origen pulmonar, síndrome anémico, síndrome linfomieloproliferativo e inmunodeficiencia a estudio***" y se insistió por el personal médico de turno en la **necesidad y urgencia de la remisión a un tercer nivel que tuviera la especialidad de hematología para estudio de médula ósea (aspirado), análisis complementarios y manejo integral** para efectos de que se determinara el diagnóstico definitivo y tratamiento a seguir:

F/H	ANOTACIONES Y ORDENES MEDICAS
08-09-13	"Consentimiento informado para la aplicación de medicamentos vía parental (fl. 518)
19+10	(...) Ordenes médicas (...) 1. Observación 2. L Ringe a 40 cc/h 3. Ranitidina 50mg iv c/8h 4. Metoclopramida 1gc iv c/8 h 5 s/s paraclínicos 6. CSV-AC 7. Oxígeno x CN a 3 litros Dr. Yamit Guerrero Médico Cirujano (...) (fl. 516)
09/09/13	"(...) Se considera paciente en sepsis de origen pulmonar, Sx anemia en estudio Sx linfoproliferativo e inmunosupresión en estudio se <b>remite a III nivel para manejo integral</b> <b>IDX 1. Neumonía Multilobar</b> <b>2. Sepsis de origen pulmonar</b> <b>3. Sx anémico</b> <b>4. Sx linfoproliferativo?</b> <b>5. Inmunodeficiencia a estudio</b> Pl Hosp., aislamiento, <b>remisión a III nivel para manejo integral.</b> Dr. Jorge Andrés Russi Internista Epidemiólogo" (fl. 86 y 519) (Negrilla fuera del texto)
10/09/13 09+45	"Evolución medicina interna Paciente masculino de 44 años de edad en 1er día de HX con dxd:

11+05 horas	<p>ECOGRAFIA DE TORAX (...) conclusión derrame pleural libre bilateral de predominio derecho (fl. 117).</p>
20/09/13 11+05 am	<p>"Evolución Med interna  Pte masculino de 44 años con Dx de:  1. Sx linfoproliferativo a estudio  2. Falla médular secundaria  3. Bicitopenia secundaria  4. Trombocitopenia severa  S/Paciente refiere no tener cambios en su sintomatología (...)  A/Paciente conocido con Dx anotados persiste sin sx de SIRS, no estigmas de sangrado, no signos de focalización  <b>Se aguarda remisión a III nivel de forma prioritaria ya que paciente requiere estudios adicionales para establecer diagnóstico</b>  Plan: Ver ordenes medicas  Dr. Víctor Francisco Medicina Interna" (fl. 85 vto. y 525 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p> <p><b>REMISION DE PACIENTES SOLICITUD (...) DE ESE HRC A EMDISALUD (...) SERVICIO AL CUAL SE REMITE Manejo Integra III Nivel</b>  (...) Dx de 1. Sx linfoproliferativo a estudio  2. Falla médular asociado  3. Bicitopenia  3.1. Sx anémico  3.2. Trombocitopenia severa  4. Neutropenia febril  Fiebre de origen tumoral</p> <p>s/s Remisión a III Nivel para manejo integral  Dr. Víctor Francisco Medicina Interna" (fl. 185, 157 y 387) (Negrilla fuera del texto)</p>
13+00	<p>M Interna  Paciente presenta pico febril documentado en 40.2 ° C por lo que se inicia Tto antibiótico y manejo (...) considerando <b>IDX 1. Neutropenia febril a fiebre de origen tumoral</b>  P/ V.O.M.  Dr. Víctor Francisco Medicina Interna" (fl. 85 vto. y 525 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
21/09/13	<p>"Evolución Medicina interna  Paciente con diagnóstico de :  1. Síndrome linfoproliferativo a estudio  2. Falla médular descompensada a  3. Bicitopenia secundaria  4. Trombocitopenia severa  S/ Estoy un poco mejor refiere leve mejoría de su cuadro febril (...)  A/ Paciente con diagnósticos anotados en el momento con cifras tensionales con tendencia a la hipotensión quien el día de ayer presentó pico febril posiblemente fiebre de origen tumoral, <b>continuamos en trámite de remisión para estudio por hematología s/s CH hemocultivo PCR</b>  <b>Pcte en espera de tramite a III Nivel</b>  Pronóstico reservado  Dr. (...) Medicina Interna" (fl. 79, 85 vto., 525 vto. y 526) (Negrilla fuera del texto)</p>
22/09/13	<p>"EVOLUCIÓN MEDICINA INTERNA  Paciente con diagnóstico de :  1. Síndrome linfomieloproliferativo a estudio?  2. Falla médular  3. Bicitopenia  4. Trombocitopenia  S/Refiere sentirse bien tolerando la vía oral no picos febriles no hemorragias  O/ Paciente consciente (...)  A/ Paciente con evolución clínica estacionaria en el momento hipotenso no deterioro cardiorrespiratorio ni neurológico. <b>Continuamos en espera para traslado a hematología de carácter urgente hoy paraclínicos de control</b> con leu:8.250 Leu recuento diferencial Leu 02% linf 29% plaquetas 28.000 recuento manual 39.9000 con macroplaquetas  Paciente con alta sospecha síndrome linfoproliferativo anemia secundaria <b>se decide transfundir 20 GR ahora. Hace 48 horas presentó pico febril pero clínico no hay signos de infección pero posiblemente fiebre de origen tumoral debe remitirse de carácter urgente riesgo de la vida del paciente.</b>  Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 79, 526 y vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
13:26	<p>"Resultados de laboratorio clínico hematología y banco de sangre (fl. 109 y 504)</p>
05:41	<p>"Resultados de laboratorio clínico hematología y química (fl. 94-95)</p>
23/09/13 07:03	<p>"Resultados de informe previo de laboratorio clínico hematología (fl. 107, 505 y 506)  "Reporte preliminar de microbiología hemocultivos" (fl. 107 y 507)</p>
09+30 am	<p>"EVOLUCIÓN M. INTERNA  Pte masculino de 44 años con día # 14 de hospitalización con Dx de  <b>1. Sx linfomieloproliferativo interrogado</b>  <b>2. Falla médular secundaria</b>  <b>3. Bicitopenia</b>  <b>4. Trombocitopenia bajo niveles seguros</b>  <b>5. Fiebre de origen tumoral</b>  S/ Paciente no refiere cambios en su sintomatología de base (...)</p>

	<p>A/ Pte conocido con Dx anotados el día de ayer presenta pico febril cuantificado en 38,9 ° C no se evidencia foco infeccioso <b>se considera probable fuente de origen tumoral</b> en el momento sin Sx de SIRS hemodinámicamente estable <b>se aguarda remisión a III nivel</b> control de plaquetas por debajo del nivel de seguridad. Se recibe (...)          Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 82 y 527) (Negrilla fuera del texto)</p> <p><b>REMISION DE PACIENTES SOLICITUD (...) DE ESE HRC A EMDISALUD (... ) SERVICIO AL CUAL SE REMITE Aspirado de médula ósea</b>          (...) Dx de 1. Sx linfoproliferativo en estudio          2. Falla medular secundaria          3. Bicitopenia          4. Trombocitopenia bajo niveles seguros          5. Fiebre de origen tumoral (...)          s/s Aspirado medular para confirmar Sx linfoproliferativo          Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 134, 158 y 386) (Negrilla fuera del texto)</p>
24/09/13 08+50	<p>"Evol. M. INTERNA          Pte masculino de 44 años con día # 14 de hospitalización con Dx de          1. Sx linfomieloproliferativo a descartar          2. Falla medular secundaria          3. Bicitopenia Trombocitopenia bajo niveles seguros          4. Fiebre de origen tumoral          S/Paciente el día de hoy no refiere nuevos episodios febriles no otro cambio sin sintomatología de base (...)          A/ Paciente conocido con DX anotados en el momento sin nuevos picos febriles desde inicio de prueba terapéutica con Naproxeno por hemocultivo negativos y buena respuesta al Naproxeno se considera fiebre de origen tumoral. <b>Pendiente remisión a III nivel hematológico para aspirado medular.</b>          NDTA DE REVISTA          Pte en nuestra institución no le podemos brindar estudios adicionales, <b>necesitamos que sea de manera urgente realización de aspirado de médula ósea para así determinar dx y dar tto, porque a diario se ha ido deteriorando clínicamente.</b> s/s CH + Rto plaquetas ahora.          Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 82 y 527 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
15:47	<p>"Resultados de informe previo de laboratorio clínico hematología (fl. 111 y 508)</p>
25/09/13 08+55 am	<p>"Evol. M. INTERNA          Pte masculino de 44 años con día # 15 de hospitalización con Dx de          1. Sx linfomieloproliferativo a descartar          2. Falla medular secundaria          3. Bicitopenia          4. Trombocitopenia bajo niveles seguros          5. Fiebre de origen tumoral          S/Paciente no refiere ningún cambio de su sintomatología (...)          A/ Paciente conocido con DX anotados en el momento hemodinámicamente estable son Sx de SIRS. <b>Se aguarda remisión a III nivel para aspirado de médula, se insiste sobre la importancia de este procedimiento para el paciente.</b>  <b>Reporte de paraclínicos</b> que muestran:          -CH leuc 5.510 Recuento diferencial: N: 1% L:63% M:1% B:1% cel inmadu:34% Hb:87 Hto: 25          Pla: 33 Rto manual aprox: 52.500          A/paciente sin clínica de SIRS hemocultivos negativos fiebre origen tumoral disminución de células inmaduras <b>persiste anémico y trombocitopenia se requiere urgente estudio de médula ósea</b>          Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 78, vto., 528 y vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
26/09/13	<p>"Evol. M. INTERNA          Pte masculino de 44 años en DH # 16 con Dx de:          1. Sx linfomieloproliferativo a descartar          2. Falla medular          3. Bicitopenia-anémico-Trombocitopenia &lt;30R          4. Fiebre de origen tumoral          S/Paciente no refiere cambios en su sintomatología (...)          A/ Paciente conocido con DX anotados con cuadro clínico estable hemodinámicamente estable sin Sx de SIRS, <b>se aguarda remisión a III nivel hematología para estudios adicionales y manejo integral</b>          Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 78 vto. y 528 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
27/09/13 09+00 AM	<p>"Evol. M. INTERNA          Pte con Dx de:          1. Sx linfomieloproliferativo a descartar          2. Falla medular          3. Bicitopenia- Trombocitopenia-anemia          4. Fiebre de origen tumoral          S/Paciente sin cambios en su sintomatología (...)          A/ Pte conocido con Dx anotados sin SIRS en las últimas 24 horas hemodinámicamente estable, <b>se aguarda remisión a III nivel</b>  <b>Reporte de cuadro hemático:</b> leuc 23.070 L:26% M:8% hb: 8.8 Hto:26 plaq:69 Rto manual:84600  <b>Se necesita remitir de manera urgente para estudio de médula ósea</b>          Plan: V.O.M.          Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 87 y 529) (Negrilla fuera del texto)</p>
28/09/13	<p>"Evol. M. INTERNA          Pte masculino de 44 años con Dx de:</p>

		<p>1. Sx linfomieloproliferativo a descartar  2. Falla médular  3. Bicitopenia- anemia-Trombocitopenia  4. Fiebre de origen tumoral  S/Paciente no refiere cambios en su sintomatología (...)  CH:WBC 37670 N:2% L:20 M 9% Cel inmadura 69% presencia (...) Hb: 8,3 MCV: 93,8 MCH: 30,7  Plt:88, 00 recuento manual:138.600  A/Pte con diagnostico anotados en CH de hoy se evidencia aumento del # de plaquetas aumento de la (...) <b>se aguarda remisión a III nivel</b>  Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 87 vto. y 529 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
29/09/13		<p>"Evol. M. INTERNA  Pte masculino de 44 años con Dx de:  1. Sx linfomieloproliferativo a confirmar  2. Falla médular  3. Anemia normocítica normocromica homogénea  4. Fiebre de origen tumoral  S/Paciente refiere sentirse bien sin nueva sintomatología asintomático para sangrado (...)  A/ Pte conocido con Dx anotados sin Sx de SIRS hemodinámicamente estable. <b>Se aguarda remisión a III nivel para manejo integral</b>  Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 88 y 530) (Negrilla fuera del texto)</p>
07/05		<p>"Resultados de laboratorio clínico hematología (fl. 113-114 y 512-513)</p>
30/09/13 09+20am		<p>"Evol. M. INTERNA  Pte masculino de 44 años:  1. Sx linfoproliferativo a confirmar  2. Falla médular  3. Anemia normocítica normocromica homogénea  4. Fiebre de origen tumoral  S/ Paciente refiere sentirse bien sin nueva sintomatología (...) no refiere síntomas de sangrado (...)  A/ Pte conocido con Dx anotados sin Sx de sangrado sin Sx de SIRS el día de hoy hemodinámicamente estable, <b>se aguarda remisión a III nivel para manejo integral</b>  Dr. Edwar Rozo O Medicina Interna" (fl. 530 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
01/10/13 09+00		<p>"MED INTERNA  Paciente masculino de 44 años en su día 23 de hospitalización con diagnósticos de:  <b>1. Sínd linfoproliferativo a confirmar</b>  <b>2. Falla médular</b>  <b>3. Anemia normocítica normocromica homogénea</b>  <b>4. Fiebre de origen tumoral</b>  S/Refiere sentirse mejor, tolerando vía oral, sin nuevos episodios febriles, distensión abdominal  O/consciente, hidratado (...)  A/ paciente hemodinámicamente estable, no SIRS, sin presentar nuevos picos febriles, <b>a la espera de remisión a tercer nivel para estudio de cuadro clínico</b>  Dr. Jorge Andrés Russi L. Internista- Epidemiólogo" (fl. 93 y 531) (Negrilla fuera del texto)</p>
02/10/13		<p>"MED INTERNA  Paciente masculino de 44 años en su día 24 de hospitalización con diagnóstico de:  1. Sínd linfoproliferativo a confirmar  2. Falla médular  3. Anemia normocítica normocromica homogénea  4. Fiebre de origen tumoral  S/Paciente refiere sentirse bien, no fiebre, con tolerancia a la vía oral, diuresis y deposiciones positiva (...)  A/ Paciente con diagnósticos anotados, hemodinámicamente estable, no SIRS, sin presentar nuevos episodios febriles, <b>a la espera de la remisión a tercer nivel para estudio de cuadro actual</b>  Pte a quien se le (...) neumónica tiene leucocitosis por mieloproliferativos reacción leucemoide con &gt;50% (...) (p) remisión  Dr. Jorge Andrés Russi L. Internista- Epidemiólogo" (fl. 93 vto. y 531 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
03/10/13 08+00		<p>"Resultados de laboratorio clínico microbiología (fl. 503)</p>
09+30h		<p>"MED INTERNA  Paciente masculino de 44 años en su día 25 de hospitalización con diagnóstico de:  1. Sínd linfoproliferativo a confirmar  2. Falla médular  3. Anemia normocítica normocromica homogénea  4. Fiebre de origen tumoral  S/Paciente refiere sentir distensión abdominal, no fiebre, tolerando vía oral, diuresis y deposiciones posit (...)  A/paciente con diagnostico anotados, no SIRS, no fiebre, <b>pendiente remisión a tercer nivel para aspirado de médula ósea</b>  Dr. Jorge Andrés Russi L. Internista- Epidemiólogo" (fl. 93 vto. y 531 vto.) (Negrilla fuera del texto)</p>
04/10/13 09+30am		<p>"MED INTERNA  Paciente masculino de 44 años en su día 26 de hospitalización con diagnóstico de:  1. Sínd linfoproliferativo a confirmar  2. Falla médular  3. Anemia normocítica normocromica homogénea  4. Fiebre de origen tumoral  S/Refiere sentirse mejor, mejoría de distensión abdominal, no fiebre, deposición y diuresis positiva (...)</p>

	A/ paciente con diagnósticos anotados, hemodinámicamente estable, no SIRS, sin presentar picos febriles continua vigilancia de evolución y <b>pendiente remisión a tercer nivel</b> s/s paraclínicos Dr. Jorge Andrés Russi L. Internista- Epidemiólogo" (fl. 89 y 532) (Negrilla fuera del texto)
12:01	"Resultados de informe previo de laboratorio clínico hematología (fl. 112 y 508-510)
05/10/13 15:42	"Resultados de laboratorio clínico hematología (fl. 115-116 y 514-515)  "Paciente masculino de 44 años en su 27vo día Hx con Dx 1. Sind linfoproliferativo a confirmar 2. Falla médular 3. Anemia normocítica normocromica homogénea 4. Fiebre de origen tumoral S/Paciente refiere sentirse mejor con disminución (...) abdominal, no fiebre, diuresis y deposición O/ paciente consciente orientado, a febril (...) A/ Paciente con diagnósticos anotados hemodinámicamente inestable, sin SIRS, sin presencia de picos febriles. <b>reporte de paraclínicos</b> CH Leuc 23.07, NB.0% L% 26.6 E0% células inmaduras 62% Hq 8.8. HTO 26.1 PlaQ 69000, <b>con deterioro del estado (...) en espera de Rta EPS para remisión III nivel para manejo integral</b> Dr. Jorge Andrés Russi L. Internista- Epidemiólogo  Paciente con Dx anotados a quien en las horas de la mañana se dio indicación de realización de cateterismo vesical por imposibilidad de diuresis y se ajustó diurético, pero quien <b>ha venido presentando deterioro en su clase funcional asocio a disnea, edema, por lo cual se insiste en remisión a III nivel ya que no ha evolucionado satisfactoriamente a pesar de manejo instaurado se insiste tramite de remisión como urgencia vital, por deterioro clínico del paciente</b> Dr. Jorge Andrés Russi L. Internista- Epidemiólogo" (fl. 90 y 532, vto. y 533) (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior cabe destacar que durante la evolución estacionaria del paciente en la ESE de Chiquinquirá (del 08 de septiembre y hasta el 05 de octubre de 2013), el personal médico a cargo llevó a cabo y de manera diligente un seguimiento periódico y oportuno a los síntomas que presentaba, tan es así, que pese a ser necesaria y reiterativa la orden de remisión a un tercer de nivel de mayor complejidad para la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea a fin de determinar el diagnóstico y el tratamiento a seguir frente al presunto síndrome mieloproliferativo que padecía, le controlaron sus signos vitales, le realizaron exámenes paraclínicos, transfusiones de sangre, además le brindaron medicamentos con el objetivo de tratarle otras patologías que tuvo al ingreso de la E.S.E. como las que fueron surgiendo durante la estadía, con el fin de mantenerlo hemodinámicamente estable mientras se dada el traslado respectivo.

Sin embargo, debido a su progresivo deterioro clínico en su clase funcional que requería atención por UCI, la víctima fue remitida el 05 de octubre de 2013 a un tercer nivel como urgencia vital, esto es, a la ESE Hospital San Rafael de Tunja y con un diagnóstico de egreso: **"síndrome linfomioproliferativo a descartar, falla médular, anemia normocítica normocromica homogénea y fiebre origen tumoral"**, según registro de traslado:

	REGISTRO DE TRASLADO (...)
05/10/13	(...) DIAGNOSTICO 1. Síndrome linfomioproliferativo a descartar
15+00	2. Falla médular 3. Anemia normocítica normocromica homogénea
a	4. Fiebre origen tumoral
21+00	(...) MEDICAMENTOS ADMINISTRADOS DURANTE EL TRASLADO Omeprazol 20 (...) oxigeno ventury 50% EVOLUCION MEDICA Y/O ENFERMERIA DURANTE EL TRASLADO

**Paciente en regulares condiciones generales, con ventury al 50% afebril hidratado en el momento no signos ni síntomas de dificultad respiratoria. Se entrega paciente a medio turno (...) urgencias (...) (fl. 534) (Negrilla fuera del texto)**

Anotación de la cual se corrobora que para ese momento el paciente se encontraba en regulares condiciones generales, que si bien no presentaba dificultad respiratoria había requerido el suministro de oxígeno mediante Venturi al 50%, así como la realización de cateterismo vesical por imposibilidad de diuresis, lo que hacía suponer que su estado era crítico y que requiera atención en unidad de cuidados intensivos.

De la anterior atención médica brindada por la ESE de Chiquinquirá durante la estadía del paciente en sus instalaciones, el médico internista Renán Alberto Morales Abaunza que atendió a la víctima durante los días 17 al 19 de septiembre de 2013, indicó en su declaración:

*"Paciente de aproximadamente de cuarta época de la vida, que viene remitido del Municipio de Maripi, que **ingresa por un cuadro de fiebre, de unos días de evolución síntomas constitucionales por pérdida de peso y malestar general, quien ingresa al Hospital remitido a valoración por urgencias y medicina interna en segundo nivel el Hospital Regional de Chiquinquirá encontrando como un dato predominante una leucocitosis desproporcionada con una disminución de las líneas eritroide y de plaquetas, que obligaban a considerar el diagnóstico de una patología neoplásica hematológica y que por sus resultados probablemente era linfoblástica o de células inmaduras asociado a eso se evidencia el compromiso a nivel pulmonar de una probable infección a este nivel, por lo cual fue hospitalizado en la institución, iniciándose el manejo correspondiente de tratamiento antibiótico para la probable neumonía que tenía el paciente e iniciando trámites para aclarar el diagnóstico de una probable neoplasia hematológica hacia un centro que dispusiera de los medios diagnósticos y los especialistas como un hematólogo con capacidad de hacer un aspirado de médula ósea, etc. y emitir conceptos sobre la patología hematológica del paciente.**"<sup>76</sup> (...) Entiendo que ese trámite fue pues demoró varias días, **se intentó varias veces hay algunos soportes de referencia, donde pues no hubo respuesta ver hacia donde se podría dirigir el paciente porque siempre se colocó al paciente en evolución diaria por parte de los especialistas de medicina interna con respecto a todo lo que pudiera pasar en el día a día, síntomas que pudieran ser atribuidos en el día a día el hecho de la presencia de fiebre, de anemia, disminución de la plaquetas atribuidos principalmente a una probable como decimos a una neoplasia de origen hematológico, que necesitaba ser aclarada pues con un diagnóstico y de ahí pues recibir el tratamiento indicado o la posibilidad que coexistiera con infecciones que era el otro diagnóstico pues asociado al que probablemente estaba predispuesto el paciente por su condición de base, entiendo que la condición fue deteriorándose hasta que hubo un momento en que no hubo ante la no respuesta de remisión hasta un centro de mayor complejidad con la capacidad resolutive, tanto en personal, como de medios, la necesidad de remitirlo como urgencia vital dado la condición***

ominosa del paciente de deterioro especialmente de su estado respiratorio.”<sup>77</sup>

Por su parte, el médico internista Edward Jassir Rozo Ortiz que también atendió a la víctima durante los días 22 al 30 de septiembre de 2013 en la ESE de Chiquinquirá, dijo en su testimonio:

**“Es un paciente que viene remitido de Maripi, ingresa al servicio de urgencias el 09 de septiembre del 2013, el motivo de remisión como reza en la historia clínica es un síndrome anémico en estudio, leyendo el motivo de ingreso el médico de urgencias él considera que es un paciente de 44 años que llega por un síndrome anémico de causa no clara y evaluando los exámenes de rigor de ingreso se evidencia en uno específico que es el cuadro hemático una alteración de la línea celular donde predominaba las células de la defensa muy altas que medicamente se llama leucocitosis con una gran compromiso en la línea celular desde el punto de vista de la hemoglobina en las plaquetas con indicación franca de transfusión, le hacen la interconsulta o solicitan el concepto por el servicio de medicina interna quien es valorado por el internista de ese momento él considera que el paciente efectivamente si tiene una alteración en la línea celular que lo clasificamos nosotros como probable síndrome linfoproliferativo asociado a una bicitopenia que es el compromiso de las dos líneas celulares. Por qué hablamos que tenía un compromiso linfoproliferativo porque las células de la línea de la defensa están supremamente elevadas, vi que los cuadros hemáticos estaban sobre 53.000, 48.000 cuando el valor normal es 10.000 y con un nivel de hemoglobina muy bajo, el paciente además tenía una línea celular anormal muy alta predominante sobre el 60% de todas las líneas celulares, eso no hacía pensar que si tiene un síndrome linfoproliferativo y que necesitaba una remisión urgente. En el segundo nivel aparte de su estado de inmunocomprensión de su estado de su alteración de las líneas celulares se trató desde nuestro punto de vista hacer lo que nos corresponde en un segundo nivel que era pues poderle resolver la anemia transfundiéndole en varias ocasiones unidades de glóbulos rojos, en un segundo nivel no teníamos o en ese nivel no se tiene con facilidad de plaquetas o yo nunca he transfundido plaquetas por no disponibilidad de ese Hospital, aparte de su estado de inmunocomprensión tenía un estado de nutrición baja no por ingesta o en que su casa el no viniera así sino por su enfermedad como tal, se evidenció que tenía los niveles de globulina bajos eso es probablemente es explicado por su situación linfática, como reza en una ecografía se evidenció que tenía un derrame pleural aparte el paciente luego de una larga instancia prologada que tuvo en la institución se evidencia que hizo un compromiso de una neumonía en la cual se le manejo con el esquema antibiótico habitual y ese punto de vista fue resuelto de manera satisfactoria, cuando yo lo evalué yo encuentro un paciente en hospitalización en muy mal estado general, se evidenciaba su estado de anemia yo le indicé trasfundir dos unidades de glóbulos rojos y le explico a él y a la familia que el nivel de complejidad que nosotros tenemos ahí era imposible poder hacerle algo más brindarle otra ayuda diferente a lo que ya estaba rezado en la remisión porque lo que leí en la historia**

<sup>77</sup> (Min 00:14:09 a 00:15:45)

**clínica el internista que lo valoró por primera vez inicia un plan de remisión de carácter prioritario para un cuarto o tercer nivel donde tuviéramos disponibilidad de hematología para hacerle biopsia de médula ósea ya que esto es lo que nos da el diagnóstico y obviamente nos clasificaría como tratarlo en caso de necesitar quimioterapia, nosotros en esa institución pues no tenemos ni cómo hacer biopsia de médula ósea, no tenemos habilitados los servicios especializados para ello, ni tampoco tenemos la forma de que sea valorado por un hematólogo, que me competía a mi pues escribir en la historia clínica el estado como yo lo encontré y que el paciente necesita transfusión el primer día que lo vi se hizo la transfusión no presentó ninguna reacción secundaria a la sangre pero **siempre en la historia clínica se registraba que se necesitaba de carácter urgente ser remitido a otra institución ya que en esta no podíamos brindarle ninguna otra atención o sea nuestro nivel en ese momento o ese nivel del hospital es muy difícil tratar un paciente de ese tipo porque no tenemos nada más que brindarle o sea nuestra ayuda era estabilizarlo hemodinámicamente, recuperarle la anemia pero pues era perdido por su estado de daño celular y daño médular hacia anemias con frecuencia y nosotros tratamos de recuperarle la sangre, recuperarle su proceso infeccioso que lo tenía por su inmuno-comprensión y evitar que hiciera un síndrome grave que se llama lisis tumoral que eso fue lo que nos competió a nosotros.**"<sup>78</sup> (Negrilla fuera del texto).**

De igual forma y en relación con la atención desplegada por el personal médico de la ESE de Chiquinquirá, el perito en la audiencia de contradicción del dictamen manifestó que la víctima recibió tratamiento adecuado para tratar la neumonía multilobar, sepsis de origen pulmonar, síndrome anémico y derrame pleural, a saber:

**"(...) si recibió tratamiento antibiótico que es el tratamiento de elección para la neumonía multilobar, recibió tratamiento en la institución hospitalaria de segundo nivel ESE de Chiquinquirá el cual fue adecuado, también recibió tratamiento empírico para la neumonía cuando llega al Hospital del tercer nivel Hospital San Rafael recibió tratamiento antibiótico empírico ese es el tratamiento ideal para esa neumonía, y el derrame pleural fue como efecto de la misma neumonía así que el tratamiento es el mismo el antibiótico. El síndrome anémico el paciente fue transfundido en el Hospital de Chiquinquirá así que también se le dio tratamiento hasta donde pudiera ser un hospital de segundo nivel de Chiquinquirá"**<sup>79</sup>. (Negrilla fuera del texto).

Además aclaró que a pesar de que se le trataron dichas patologías, el paciente no evolucionó hacia la mejoría **"porque el síndrome mieloproliferativo siempre estuvo, no recibió ningún tratamiento porque ni siquiera hubo confirmación de la enfermedad y eso conlleva que a pesar de los tratamientos para la neumonía multilobar, para el derrame pleural y la sepsis de origen pulmonar no haya una mejoría clara porque **está comprometido el sistema de defensa del organismo,****

<sup>78</sup> (Min 00:44:46 a 00:50:29)  
<sup>79</sup> (Min 00:28:49 a 00:29:45)

***el síndrome mieloproliferativo está relacionado con el sistema inmunológico y por más tratamiento adecuado que exista y antibióticos pertinentemente ordenados no va a mejorar el paciente, es decir, está en relación al síndrome mieloproliferativo la no mejoría del paciente a pesar del adecuado tratamiento para los otros diagnósticos.***<sup>80</sup> (Negrilla fuera del texto).

Frente a la remisión a un tercer nivel adujo que dicha conducta había sido oportuna, en los siguientes términos: "(...) *el Hospital de Chiquinquirá desde el momento del ingreso del paciente a la institución hace la solicitud de remisión a tercer nivel y era lo que tenía que hacerse para la condición del paciente ya que se hace una sospecha de síndrome mieloproliferativo desde el ingreso prácticamente a la institución, así si la remisión fue oportuna la solicitud de la remisión*"<sup>81</sup> (...) *deber del médico tratante era elaborar oportunamente la remisión y así se hizo.* (Negrilla fuera del texto).

Así, de acuerdo con lo antes expuesto se concluye, que:

**i) La ESE de Chiquinquirá a través de su personal médico hizo lo que estaba a su alcance de acuerdo con su capacidad humana, técnica y tecnológica para mantener estable hemodinámicamente al paciente, y obtener claridad en la sintomatología presentada y direccionarlo a un posible diagnóstico, tan es así, que le brindaron tratamiento oportuno frente a las patologías de neumonía multilobar, sepsis de origen pulmonar, síndrome anémico y derrame pleural que se fueron dando durante su estancia, además le trataron el síndrome anémico con transfusiones sanguíneas; que si bien frente al diagnóstico presuntivo de síndrome linfomieloproliferativo no se pudo confirmar o descartar la enfermedad por no contar con el servicio y la especialidad requerida, también lo es, que al día siguiente de su ingreso y hasta el último día en que permaneció en la ESE de Chiquinquirá, se consignó en la historia clínica de manera reiterativa por el personal médico la necesidad de remitirlo a un tercer nivel para un manejo integral del diagnóstico presuntivo de síndrome linfoproliferativo e inmunosupresión en estudios, **sin que pueda afirmarse que la entidad omitió agotar de manera diligente y adecuada los recursos científicos, técnicos y administrativos que tenían a su alcance, para lograr obtener con precisión un diagnóstico oportuno y un tratamiento eficaz frente al presunto síndrome mieloproliferativo que padecía**, pues se aclara la ESE de Chiquinquirá no estaba en la obligación de concretar el traslado del paciente, esto es, de conseguir la institución prestadora de servicios de salud receptora que garantizara los recursos humanos, físicos o tecnológicos requeridos para la atención de la víctima, sino que tal**

(Min 00:29:46 a 00:30:41)

(Min 00:20:55 a 00:21:15)

gestión le correspondía a la EPS; luego su obligación se circunscribía a hacer la solicitud de remisión a la EPS a la cual estaba afiliada la víctima, la cual -como aseveró el perito- fue oportuna, y mientras se daba el efectivo traslado, era además su responsabilidad el manejo y cuidado del paciente hasta tanto este ingresara a la IPS de mayor complejidad encargada de brindarle el servicio médico requerido.

Al respecto el Consejo de Estado ha aclarado que "**las obligaciones derivadas de la actividad médica son de medio y no de resultado, razón por la que el deber que tienen los profesionales de la salud se circunscribe a "desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer en lo posible, el interés primario de su [paciente] que dista de un resultado particular (...)"**<sup>82</sup> (Negrilla fuera del texto).

Luego en tales términos, no podía exigírsele a la ESE de Chiquinquirá que lograra obtener un diagnóstico oportuno y un tratamiento eficaz frente al presunto síndrome mieloproliferativo que padecía la víctima, si no contaba con los recursos humanos, técnicos y tecnológicos para realizarle el examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y menos aún para brindarle tratamiento integral en la especialidad de hematología, quedando supeditada a brindarle diligentemente la asistencia médica propia de un segundo nivel mientras se efectivizaba el traslado a un nivel de mayor complejidad.

**ii) Tampoco puede afirmarse que la ESE de Chiquinquirá no realizó las gestiones necesarias para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad para que le prestaran la atención médica requerida,** como quiera que tal como lo aclaró el perito y lo ratificaron los testigos, al día siguiente de haber ingresado a la ESE de Chiquinquirá se determinó de manera pronta y oportuna por parte del personal médico a cargo, la necesidad y urgencia de remitir a la víctima a un tercer nivel para un manejo integral en la especialidad de hematología, así como la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea, para lo cual -luego de haberse generado la orden médica- la ESE en mención procedió en atención a lo previsto en el artículo 13<sup>83</sup> del Decreto 4747 de 2007<sup>84</sup> en concordancia con el parágrafo 3<sup>o</sup><sup>85</sup> del artículo 4<sup>o</sup> del Decreto 003047 de 2008<sup>86</sup>, a solicitar a la EPS la remisión a otro prestador; que si bien es cierto dicha orden de remisión no se concretó en el traslado efectivo del paciente a

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Exp. 33.817 g

<sup>83</sup> "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."

<sup>84</sup> 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

<sup>85</sup> 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."

<sup>86</sup> "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"

un nivel mayor de complejidad, pues duró internado por alrededor de 28 días, también lo es, que dicha demora no obedeció a un capricho de la ESE de Chiquinquirá sino a la precaria condición de salud en que llegó remitido el paciente del Centro de Salud de Maripi que obligaba a la ESE en cita a hospitalizarlo mientras se tenía claridad sobre el diagnóstico; y como quiera que a pesar recibir tratamiento para las demás patologías y del esfuerzo del personal médico de mantenerlo estable mientras se daba su remisión, su estado clínico fue empeorando por la falta de diagnóstico frente a la sospecha del síndrome linfomioproliferativo, sin que la entidad pudiera a *motu proprio* remitirlo sin autorización previa por parte de la EPS a la cual estaba afiliada la víctima -EMDISALUD, ya que según, se desprende del artículo 2º del Decreto 5261 de 1991 "**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.**". (Negrilla fuera del texto), por lo que debía esperar hasta que la EPS confirmara la IPS receptora.

Además, cabe destacar que el traslado a un nivel de mayor complejidad tampoco podía darse sin que se garantizara adecuadamente por parte de la EPS cual sería la IPS responsable del manejo y cuidado del paciente, ya que del Decreto 2751 de 1991<sup>87</sup>, se advierte tal como lo ha reiterado el Consejo de Estado "**la obligación, por parte de las entidades públicas o privadas del sector salud, que hayan prestado la atención inicial de urgencias, garantizar la remisión adecuada de estos usuarios hacia la institución del grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención. Así, la entidad remitora será responsable del paciente hasta que ingrese a la institución receptora.**"<sup>88</sup> (Negrilla fuera del texto). Obligación esta que también se desprende del artículo 17 del Decreto 4747 de 2007<sup>89</sup> y de los principios básicos de la atención en salud asociados al proceso de referencia y contra-referencia, referidos por la Oficina Gestión Territorial Emergencia y Desastres del Ministerio de Salud (fl. 1015-1016 y 1033-1034), por lo que hasta tanto no se efectuara la remisión e ingreso efectivo del paciente en la IPS receptora sería responsabilidad de la ESE de Chiquinquirá continuar brindándole atención en salud a la víctima hasta tanto lo requiriera y de acuerdo a la capacidad resolutoria de un segundo nivel de complejidad.

De igual forma, se ha de señalar que si bien era urgente la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea, para efectos de definir un diagnóstico definitivo y tratamiento a seguir, ya que de dicho síndrome mieloproliferativo<sup>90</sup> presuntivo dependía la recuperación de la víctima

<sup>87</sup> Por el cual se organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia.

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, providencia del 1º de marzo de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> "Son enfermedades de la sangre y de la médula ósea. En condiciones normales la médula ósea produce las células madre, células inmaduras, que se convierten en células sanguíneas maduras de tres tipos, glóbulos rojos o hematíes, glóbulos blancos o leucocitos y plaquetas o trombocitos. Los glóbulos rojos o hematíes transportan oxígeno y otros materiales, a todos los tejidos del cuerpo. Los glóbulos blancos o leucocitos combaten las infecciones y enfermedades. Y las plaquetas ayudan a evitar el sangrado mediante la formación de coágulos sanguíneos." Recuperado de <http://www.who.int/es/temas/enfermedades/miembros/sistema-sanguineo/espana/1-que-son-los-sindromes-mieloproliferativos/>

frente a los demás diagnósticos que le iban apareciendo por estar relacionado con el sistema inmunológico, también lo es, que a pesar de ser un proceso ambulatorio<sup>91</sup> no era factible remitirlo con el fin de que solo le practicara dicho examen y volver nuevamente a la ESE de Chiquinquirá tal como lo asevera la parte actora, ya que como lo explicó el perito, resultaba riesgoso debido a las condiciones clínicas del paciente ya que podría tener complicaciones durante el trayecto, tales como sangrado<sup>92</sup>, por lo que insistió que además del examen se requería un manejo integral intrahospitalario en la especialidad de hematología (encargada de estudiar la morfología de la sangre y los tejidos que la producen, además de generar diagnósticos, y tratar las enfermedades de la sangre y de sus componentes celulares<sup>93</sup>), lo cual exigía una remisión con fines de hospitalización para efectos del análisis de los resultados y del tratamiento a seguir, así lo señaló en la audiencia de contradicción:

***"Definitivamente el paciente tenía que ser remitido de forma intrahospitalaria porque el cuidado del paciente y los riesgos que se podían asumir al mandarlo de forma ambulatoria, es decir, el cuidado desde el egreso de la institución hasta el reingreso de la institución estaba a cargo digamos de personal que era su familia, entonces eso lo exponía a un riesgo de sangrado post realización del procedimiento incluso sangrado pre realización del procedimiento con lo cual me parece importante que debía la observación de que **obligatoriamente tenía que ser intrahospitalario**, en una remisión de hospital a hospital a través de un servicio de ambulancia en el cual no se perdiera la cadena del cuidado del paciente por el servicio por el personal de salud<sup>94</sup> (...) se habla de una opción ambulatoria y es que nosotros siempre rechazamos o mi peritaje evidencia de que **no hay opción ambulatoria porque más allá de solo la realización del examen los internistas de Chiquinquirá no podían tomar una conducta diferente con este examen, el examen que se tomaba debía o provocaría un tratamiento para el cual un hospital de segundo nivel no está en capacidad de realizar, por eso pidió, el hospital de Chiquinquirá solicita una remisión integral para que no solo se realice el examen si no que se haga el tratamiento adecuado en esta institución de tercer o cuatro nivel de complejidad (...) porque **hacerle un aspirado de médula ósea al paciente, remitirlo y devolverlo a Chiquinquirá donde no hay los recursos para tratarlo no tendría ningún fin, es decir, no se trata solamente de la realización de un aspirado de médula ósea, se trata que con el resultado de la médula ósea ser tratado por profesionales de mayor capacitación en el área en el que el paciente estaba enfermo, entonces más allá de la solicitud y realización de un aspirado de médula ósea se requería la atención con ese aspirado de profesionales de la hematología**"<sup>95</sup>*****  
(Negrilla fuera del texto).

Luego resulta claro que debido a la condición clínica del paciente este requería un manejo integral de carácter intrahospitalario, esto es,

<sup>91</sup> Ver folio 1024 del expediente y (Min 00:11:08 a 00:12:13..

<sup>92</sup> (Min 00:13:05 a 00:13:22)

<sup>93</sup> Recuperado de <https://www.gub.ve/portal-servicios/definicion-de-hematologia>

<sup>94</sup> (Min 00:19:25 a 00:20:05)

<sup>95</sup> (Min 00:32:43 a 00:34:21)

internación en un hospital que contara con la especialidad de hematología, que analizara los resultados del estudio de la médula ósea y según el caso diera un diagnóstico definitivo en caso de no requerirse más exámenes y a su vez determinara un tratamiento a seguir, y no ambulatorio, como lo señala la parte actora, pues ello implicaba, por una parte, poner en riesgo la vida de la víctima y por otra, resultaba inoperante dada la limitada capacidad resolutoria de la ESE de Chiquinquirá.

Además cabe destacar que la anterior afirmación, fue confirmada por el médico internista Edward Jassir Rozo Ortiz (ESE de Chiquinquirá), al contestar que no era recomendable enviar a la víctima en ambulancia para la práctica del examen de forma ambulatoria, porque "(...) **intentar trasladar un paciente inmunosuprimido, anémico con una probable síndrome linfoproliferativo era para mí ponerlo más en riesgo que un beneficio**, el transporte era a otra institución en una ambulancia medicalizada hay soportes pero no todos, **viajando los pacientes se pueden inestabilizar muy rápido**, yo la verdad como hablamos en la historia clínica **la remisión era netamente integral no para un examen porque con el examen nosotros tampoco pudiéramos hacer nada porque en el segundo nivel no podríamos intervenir de otro tipo.**"<sup>96</sup> (Negrilla fuera del texto).

En igual sentido señaló el médico internista Renán Alberto Morales Abaunza (ESE de Chiquinquirá), al indicar: "(...) **no era un paciente para manejo ambulatorio sino que requería un control intrahospitalario** (...) "<sup>97</sup>.(Negrilla fuera del texto), quienes también coincidieron en que la víctima requería un control y seguimiento intrahospitalario en la especialidad de hematología.

Ahora, en lo que atañe a que omitió priorizar la entrega del paciente y por ende remitió tardíamente e injustificadamente a la víctima, advierte el Despacho que **no debe confundirse la solicitud de remisión urgente a un tercer nivel para el examen de estudio de la médula ósea y atención en la especialidad de hematología, con la remisión por urgencia vital que se llevó a cabo por la ESE de Chiquinquirá un (1) día antes de la muerte de la víctima -05 de octubre de 2013-, toda vez que esta última ocurrió por la alteración de los signos vitales y deterioro clínico del paciente y no porque fuera vital la realización del examen y posterior manejo integral**, pues así lo aclaró el perito en la audiencia de contradicción:

"(...) hay que diferenciar eso dos términos una cosa es urgencia vital y otra es urgente, entonces **el aspirado de médula ósea era urgente es decir que se debía realizar con premura, muy diferente al**

<sup>96</sup> (Min 01:20:49 a 01:21:32)  
<sup>97</sup> (Min 00:34:01 a 00:34:59)

**término que se usa al final de la historia clínica que se llama urgencia vital que como lo he mencionado antes significa que tiene que ser trasladado de inmediato sin confirmación previa a una institución que tenga soporte vital de cuidado intensivo en este caso. El Hospital Regional de Chiquinquirá hace la urgencia vital al Hospital de Tunja para que le den el soporte vital de cuidado intensivo no pretendía con esto que se le hiciera el aspirado de médula ósea porque allí no hay el recurso yo no estoy asumiendo sino estoy estableciendo los hechos y la remisión se hace con el fin de brindarle el soporte vital avanzado que el paciente necesitaba y que en el Hospital de Chiquinquirá no tiene porque no tiene unidad de cuidado intensivo**<sup>98</sup> (Negrilla fuera del texto)

Y a su vez frente a la urgencia vital conceptuó y aclaró:

**"Realizar una remisión como urgencia vital, implica que el estado de vida del paciente se encuentra agudamente amenazado y que en caso de no brindar un soporte vital como ventilación mecánica o soporte vasoactivo de manera inmediata, el paciente puede fallecer en cuestión de horas. Decidir remitir un paciente bajo esta condición implica que el beneficio supera el riesgo del traslado. La realización de ayudas diagnósticas que no busquen definir de manera urgente una conducta para evitar la muerte de un paciente a corto plazo, no se considera como un criterio para remitir un paciente como urgencia vital, en este sentido, dadas las condiciones del paciente en los días anteriores, no había indicación de remitirlo como urgencia vital pues el aspirado de médula ósea y la biopsia no son ayudas diagnósticas que se realicen de manera urgente sino de manera programada, dada la disponibilidad de hematología con la que cuente una institución."** (fl. 1029) (Negrilla fuera del texto)

**"(...) los signos vitales del paciente durante toda la estancia hospitalaria estuvieron estables y solo hasta que se deterioran ellos tienen la obligación de enviarlo como urgencia vital y así se hace. En el momento en que el paciente inestabilizó los signos se arma una urgencia vital, entonces la pregunta es si se podría haber hecho una urgencia vital antes, cierto?, para tratar de acelerar el procedimiento del aspirado de la médula ósea antes no, porque no tenía un compromiso de los signos vitales no tendría que, si se hubiera generado la remisión como urgencia vital tendría que ser a un sitio donde contara con el servicio de hematología, el Hospital Regional de Tunja, el Hospital San Rafael de Tunja no cuenta con el servicio de hematología entonces se envía es por alteración de urgencia vital como urgencia vital por su alteración de signos vitales a cuidado intensivo que es diferente, no a hematología, la urgencia vital se hace a cuidado intensivo<sup>99</sup>. (...) el centro hospitalario debía generar la remisión, en el momento en que se alteraron los signos vitales se generó la urgencia vital con lo cual estoy de acuerdo me parece que fue oportuna si esa es la pregunta, la remisión de urgencia vital se hizo en el momento en que debía hacerse, la remisión para hematología y aspirado de médula ósea también se hizo en el momento que tenía que hacerse<sup>100</sup> (...) la urgencia vital es el riesgo balance versus beneficio empieza a ponderar en la parte**

<sup>98</sup> (Min 00:47:14 a 00:48:10)

<sup>99</sup> (Min 00:24:27 a 00:25:56)

<sup>100</sup> (Min 00:39:36 a 00:40:00)

**final de la historia clínica del Hospital de Chiquinquirá porque allí si hay alteración de los signos vitales, es decir, el riesgo de muerte supera el beneficio del aspirado el beneficio de esperarse un aspirado, entonces por eso los médicos deciden hacer una remisión con urgencia vital al Hospital del tercer nivel que es su Hospital de nivel mayor de complejidad que tiene unidad de cuidado intensivo disponible.**<sup>101</sup> (Negrilla fuera del texto)

Luego, se concluye una vez más que la solicitud de remisión urgente a un nivel de mayor complejidad para la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y manejo integral que solicitó reiteradamente el personal médico de la ESE de Chiquinquirá a la EPS EMDISALUD no constituía una remisión por urgencia vital, dado que desde el 08 de septiembre y hasta el 04 de octubre de 2013, la víctima no requirió soporte vital en unidad de cuidados intensivos, sino solo hasta el 05 de octubre cuando necesito la realización de cateterismo vesical y el suministro de oxígeno, que ameritó su remisión a una entidad de tercer nivel que tuviera Unidad de Cuidados Intensivos, como lo fue la ESE Hospital San Rafael de Tunja.

Igualmente se destaca que las anteriores afirmaciones, fueron confirmadas por el médico internista Renán Alberto Morales Abaunza (ESE de Chiquinquirá) al manifestar en su testimonio que: "**(...) en el momento en que se tomó la decisión de remitirlo como urgencia vital fue porque hubo un deterioro de tipo respiratorio inminente en ese momento, el resto de días lo que se hacía era un seguimiento y se valoraba la probabilidad de que hubiera una complicación que ameritara un manejo inmediato y eso era lo que se hacía a diario y en los días anteriores pues no se había determinado esto siempre se hizo pues como la salvedad de que había hemoglobinas bajas, recuento de glóbulos rojos bajos, plaquetas bajas, que predisponían a sangrado pero que aun en ese momento estaba en el rango de seguridad y lo que necesitaba era que fuera valorado pues cuando antes para poder determinar la etiología y de pronto un tratamiento dirigido, pero hasta ese momento en todas las evoluciones se ve que fue hasta el momento en que se determinó la urgencia vital, que sí el paciente se encontraba en realidad inestable.**"<sup>102</sup> (Negrilla fuera del texto)

De igual manera, el médico internista Edward Jassir Rozo Ortiz (ESE de Chiquinquirá), al señalar en su declaración que "**(...) en el momento en el cual el ingreso no tenía criterios de urgencia vital, tenía criterios de remisión urgente a otro servicio donde prestaran hematología, (...)**"<sup>103</sup> (Negrilla fuera del texto). Afirmaciones estas que dan cuenta que el traslado efectuado en ambulancia por la ESE de

<sup>101</sup> (Min 00:48:57 a 00:51:13)

<sup>102</sup> (Min 00:29:00 a 00:30:03)

<sup>103</sup> (Min 01:08:20 a 01:09:15)

Chiquinquirá a la ESE San Rafael de Tunja fue coherente y oportuno, según las condiciones clínicas del paciente.

Y en lo que respecta al señalamiento de que la ESE de Chiquinquirá incurrió en irregularidad en el registro de la historia clínica el 19 de septiembre de 2013, pues a pesar de haberse declarado urgencia vital no fue remitido en ese momento, sino hasta el 05 de octubre, encuentra el Despacho que no se configuró una irregularidad por parte de la ESE, pues como se señaló en precedencia solo hasta el 05 de octubre de 2013, el paciente presentó inestabilidad de sus signos vitales, hecho que ameritó remisión a un nivel de mayor complejidad que tuviera Unidad de Cuidados Intensivos para poder darle el soporte vital que requería en ese momento y no con anterioridad.

Por lo que el hecho de que en la historia clínica se haya consignado para esa fecha *"Actualmente Rto plaquetario esto por debajo de 28.200 lo cual sería indicativo de transfusión de plaquetas si hay trastornos de la hematuria primaria clínica o si Rto plaquetas <10000 sin sangrado también deberá ser transfundido ante no disponibilidad de plaquetas si pasa alguno de esto se enviara como urgencia vital. (...) se insiste Remisión III nivel y valoración a hematología URGENTE"* (fl. 81, vto. y 524 vto.), no cambia la situación antes descrita, pues al respecto el perito en la audiencia de contradicción manifestó que dicha anotación o evolución médica no implicaba una remisión por urgencia vital, sino por el contrario "***(...) hablan de que requiere la remisión y establece que si hay un disminución mayor de las plaquetas con riesgo de sangrado se tiene que remitir con urgencia vital, pues que como le he mencionado antes pondría en riesgo la vida del paciente, el sangrado y el sangrado por la disminución de plaquetas. Entonces los colegas que evaluaron al paciente en ese momento consideran que si la disminución de las plaquetas sigue progresando de forma rápida y pone en riesgo el sangrado del paciente, el paciente tiene que ser remitido con urgencia vital, pero es por esto para poderle darle el soporte con transfusión de plaquetas y con la transfusión de hemoderivados nuevamente si lo requiriera (...)***"<sup>104</sup> (Negrilla fuera del texto).

Por último, aclaró el perito respecto de la remisión por urgencia vital que esta no podía utilizarse con el fin de brindarle a la víctima un servicio ambulatorio –aspirado y/o biopsia de médula ósea-, sin tener comprometidos sus signos vitales porque ello implicaba someter al paciente a un riesgo de sangrado:

*"(...) el traslado a tercer nivel hablando del beneficio supera el riesgo, el traslado a un tercer nivel me refiero al servicio de hematología Boyacá*

*no cuenta con el servicio de hematología dentro de la red pública, es ese contexto el traslado se tenía que hacer a Bogotá, la distancia de Chiquinquirá a Bogotá expone al paciente aun riesgo de sangrado y probablemente y mucho menos si es bajo un servicio ambulatorio, es decir, si no tenemos el recurso cercano en el Departamento de Boyacá sino solamente en Bogotá, remitirlo a ciegas como urgencia vital donde no están comprometidos los signos vitales, pero que se pretende tener el beneficio del aspirado pronto con un riesgo de sangrado lo pondría en riesgo durante el traslado y puede que no le está garantizando que se le realice el aspirado, ir y dejar el paciente sin confirmación previa en una institución hematológica solo expone al paciente, segundo es responsabilidad del Hospital que lo remite que no haya ninguna alteración durante el traslado y sería en ese momento y se desconocería los riesgos, es decir, me parece que remitir al paciente a ciegas a un servicio de tercer nivel el Bogotá con riesgo de sangrado durante el camino donde en una ambulancia no se puede resolver ese tipo de sangrados porque no hay unos hemoderivados dentro de una ambulancia sería irresponsable.”<sup>105</sup>*

Luego en tales términos **no puede hablarse que la ESE de Chiquinquirá omitió remitir oportunamente al paciente por urgencia vital, cuando dicho concepto es utilizado para referir a la inestabilidad de los signos vitales de los pacientes que en ocasiones requieren soporte vital básico o reanimación<sup>106</sup>**, situación que para el caso que nos ocupa solo se dio hasta el 05 de octubre de 2013 cuando fue remitido a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, pues se reitera durante los días anteriores se mantuvo estable a pesar de requerir para su diagnóstico y tratamiento de la patología presuntiva de síndrome linfomieloproliferativo la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y manejo integral en la especialidad de hematología.

**iii)** Finalmente, en lo que atañe al argumento concerniente a que la ESE de Chiquinquirá es responsable por no evitar la adquisición de una enfermedad en la instalación hospitalaria, por no tener un manejo adecuado de la higiene, limpieza y sepsis de equipos y personal, lo que ocasionó que el señor Jorge Eduardo Sánchez adquiriera una neumonía nosocomial<sup>107</sup>, causándole la muerte, debe señalar el Despacho lo siguiente:

Se advierte que no se observa que la neumonía en mención haya sido producto de un defectuoso manejo intrahospitalario por parte de la entidad y que la misma le hubiese causado la muerte, pues sobre este punto no obra protocolo de necropsia que así lo confirme, antes del bien de lo expresado por el perito en la audiencia de contradicción se avizora

<sup>105</sup> (Min 00:48:57 a 00:51:13)

<sup>106</sup> Carlos Bibiano Guillén. Manual de Urgencias: coordinadores y SANED. 2018. Recuperado de <https://www.repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/document/11111/1/Manual-de-Urgencias-2018.pdf>

<sup>107</sup> “Las infecciones Asociadas a la atención en Salud (IAAS) anteriormente llamadas nosocomiales o intrahospitalarias son aquellas infecciones que el paciente adquiere mientras recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica y en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución, se asocian con varias causas incluyendo pero no limitándose al uso de dispositivos médicos, complicaciones postquirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos.” (Neg: Ila fuera del texto). Ver Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 29 de septiembre de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00964-01(21 '74). C.P.: Stella Conto Diaz Del Castillo

que debido a ese diagnóstico presuntivo de síndrome mieloproliferativo era factible a pesar de garantizarse las medidas sanitarias necesarias que el paciente recayera en un proceso infeccioso como posible complicación por estar comprometido el sistema inmunológico, y aun así que volviera recaer a pesar de habersele brindado el respectivo tratamiento con antibiótico y que a su vez presentara otras patologías relacionadas tales como sepsis de origen pulmonar y derrame pleural, que como se probó fueron tratadas oportunamente en el segundo nivel de atención, y que no pueden ser atribuibles a la entidad a título de falla del servicio.

Pues según la literatura médica el síndrome mielo y linfoproliferativo, constituye un subgrupo de enfermedades de la sangre y de la médula ósea, entre las cuales esta leucemia mieloide crónica, leucemia linfática crónica<sup>108</sup>; que presentan como síntomas *"fiebre; piel más pálida de lo normal; petequias (manchas planas, localizadas debajo de la piel causadas por el sangrado); pérdida de apetito; pérdida de peso; escasez de glóbulos rojos (anemia) puede causar cansancio excesivo, dificultad al respirar y la palidez de la piel; falta de suficientes glóbulos blancos normales (leucopenia) puede causar infecciones frecuentes o graves; a menudo el neutrófilo es el tipo de glóbulos blancos que escasea (a esta afección se le llama neutropenia); escasez de plaquetas (trombocitopenia) puede causar la formación de moretones y sangrado fácilmente"*<sup>109</sup> (Negrilla fuera del texto).

En suma resulta claro que debido a las condiciones clínicas del paciente que hacían suponer un presunto síndrome mieloproliferativo, que a su vez había comprometido el sistema inmunológico de la víctima, era factible que este estuviera expuesto a infecciones frecuentes o graves, como en efecto se confirma de la historia clínica, sin que por ello haya de responsabilizarse a la ESE de Chiquinquirá ya que como quedó demostrado está a través de su personal y a pesar de no haberse logrado un diagnóstico definitivo del síndrome en mención -por no concretarse el traslado a nivel de mayor complejidad por parte de la EPS- le garantizó a la víctima la atención, seguimiento y tratamiento médico que requirió hasta el último momento y que estuvo en la capacidad humana, técnica y tecnológica de brindarle como entidad de segundo nivel, pues al respecto el Consejo de Estado ha aclarado que cuando los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, no pueden constituir fundamento para imputar el daño cuando este es atribuible, entre otros, a la falta de recursos (conocimientos y elementos científicos necesarios) que no están al alcance de las instituciones médicas del Estado<sup>110</sup>, por lo que no puede endilgársele responsabilidad alguna a título de falla del servicio toda vez que actuó de forma

<sup>108</sup> Recuperado de <http://www.elnuevoes.com/que-es-salud/temas/cancer/leucemia13.html>

<sup>109</sup> Recuperado de <https://www.fundacioninfancia.org/temas/uploads/2017/02/13/0221.pdf>

<sup>110</sup> Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 29 de noviembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01(38725). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

adecuada, oportuna, conforme a la *lex artis* y al nivel de complejidad para el cual fue habilitada para prestar servicios de salud.

▪ **E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.**

Continuando con el análisis de la atención médica brindada se observa que debido al deterioro funcional y clínico de la víctima, fue remitido el **05 de octubre de 2013** como urgencia vital a la **ESE Hospital San Rafael de Tunja** donde determinaron como impresión diagnóstica de ingreso "*síndrome de dificultad respiratoria -SDR-, síndrome linfoproliferativo, Cor anémico y falla multiorgánica*", además le suministraron medicamentos, le realizaron análisis de sangre, electrocardiograma, entubación orotraqueal, radiografía de tórax, canalización venopunción y aplicación de 2 unidades de glóbulos rojos (fl. 142, 145, -147 vto., 150, 155, 395-397 vto., 400, 405, 426-429 vto.); no obstante, falleció al día siguiente -06 de octubre de 2013- a la 1:38 de la madrugada, según se advierte de la epicrisis de la historia clínica:

<p>05/10/13</p>	<p>REPORTE DE ADMISION (...)  (...) DIAGNÓSTICO INGRESO: ANEMIA DE TIPO NO ESPECIFICO (...)  (...) TIPO DE AFILIACION DEL PACIENTE: SUBSIDIADO ENTIDAD: EMDISALUD (...) (fl. 124, 376 y 415 vto.)</p> <p>TRIAGE (...)  (...) ANTECEDENTES RELEVANTES  SDR  Síndrome mieloproliferativo</p> <p>DATOS DE ATENCION DE URGENCIAS  (...) MOTIVO DE CONSULTA: "Remitido como urgencia vital"  ENFERMEDAD ACTUAL: pte quien se encontraba hospitalizada en ESE Chiquinquirá hace 26 días con DX de SX linfomioproliferativo, falla medular y anemia A quien remite por deterioro del patrón respiratorio.</p> <p>(...)REVISION POR SISTEMAS: Medico con familiar refiere que se encuentra hospitalizada HX por presentó neumonía tratada con Ceftriaxona.</p> <p>(...) IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA:  1. SDR  2. SX linfoproliferativo  3. Cor anémico?  4. Falla Multiorgánica" (fl. 129-130, 381-382 y 407-409)</p>
<p>05/10/13  a  06/10/13</p>	<p>EPICRISIS  UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS ADULTO  (...) INGRESO  PACIENTEMASCULINO DE 45 AÑOS DE EDAD QUIEN PRESENTA CUADRO DE APROXIMADAMENTE 2 MESES DE EVOLUCION CONSISTENTE EN FIEBRE NO CUANTIFICADA, MALESTAR GENERAL ASTENIA Y ADINAMIA, POSTERIOR EDEMA DE MIMEBROS INFRIORES, MOTIVO POR EL QUE CNSULTA A CENTRO DE SALU LOCAL EN DONDE SEGUN HERMANA DX AMIGDALITIS BACTERIANA Y DAN MANEJO ANTIBIOTICO, CON REMISION ARCIAL DE SINTOMAS, POSTERIOR NUEVOS EPISODIOS DE FIEBRE MOTIOV POR EL QUE RECONSULTA Y HACE UN MES ES REMITIDO A HOSPITAL DE CHIQUINQUIRA EN DONDE HA ESTADO HOPSITALIZADO DESDE ENTONCES, CON APARENTE PERSISTENCIA DE PICOS FEBRILES <b>SIN PODER DETEMINAR FOCO INFECCIOSO CON TOMA DE PARACLINICOS CON EVIDENCIA DE TROMBOCITOPENIA SEVREA Y PREDOMINIO DE FORMAS INMADURAS Y ANEMIA, SOSPECHA DE SÍNDROME MIELOPROLIFERATIVO INICIAN TRAMITES DE REMISION PARA MANEJO POR HEMATOLOGIA LA CUAL NO SE HABIA LOGRADO</b>, PACIENTE PRESENTA DETERIORO CLINICO CON PERSIETENCIA DE FIEBRE Y COMPROMISO DE PATRON RESPIRATORIO EDEMA GENERALIZADO, CON ALTA PROBABILIDAD DE FALLA RESPIRATORIA Y REQUERIMIENTO DE SOPORTE VENTILATOIO MOTIVO POR E QUE REMITEN A ESTA INSTITIJCION, AL INRESO. EN MUY MALAS CONDICIONES GENERALES CON INESTABILIDAD HEMODINAMICA QUI: EPRSISTE A PESAR DE REANIMACION VOLUMETRICA, SE PASA CATETER CENTRAL EN URGENCIAS Y SE INICIA SOPORTE VASOPRESOR PERO POR ESTADO. CRITICO DE PACISTE SE TRASLDA A LA OCI PARA CONTINUAR ESTUDIOS Y MANEJO.</p> <p>(...)</p> <p>IDX:</p>

**SHOCK SEPTICO DE ORIGEN PULMONAR**  
**SEPSIS DE ORIGEN PULMONAR**  
**NEUMONIA NOSOCOMIAL EN PACIENTE INMUNOCOMPROMETIDO**  
**SINDROME MIELOPROLIFERATIVO**  
**FALLA RESPIRATORIA AGUDA**  
**SINDROME ANEMICO**

PLAN:

**INTUBACION OROTRAQUEAL Y SOPORTE VENTILATORIO**, SEDACION CON FENTANYL, SOPORTE CARDIOVASCULAR VASOACTIVO CON NOREPINEFINA, ENJUAGUES ORALES CON ACETATO DE CLORHEXIDINA PARA PREVENCIÓN DE NEUMONIA ASOCIADA A CUIDADOS DE LA SALUD, INICIO DE **MANEJO ANTIBIOTICO** DE AMPLIO ESPECTRO POR CONSIDERAR CUADRO INFECCIOSO EN PACIENTE INMUNOSUPRIMIDO CON VANCOMICINA Y DORIPENEM, MANEJO ANTIMICOTICO CON FLUCONAZOL, SE INDICA **TOMA DE PARACLINICOS**, **RX TOMAX** Y GASES ARTERIOVENOSOS CON LACTATO, RASTREO PARA SEPSIS, MARCADORES CONFIABLES DE PROCESO SEPTICO CON PROCALCITONINA, **PRONOSTIO RESERVADO ALTA MORTALIDAD ESPERADA** SE EXPLICA A FAMILIARES.

NOTA DE PROCEDIMIENTO

PREVIA SECUENCIA DE INDUCCIÓN RÁPIDA CON MIDAZOLAM Y BROMURO DE VECURONIO SE PROCEDE A REALIZAR INTUBACION OROTRAQUEAL CON TOT N 7.5 EL CUAL SE FIJA A COMISURA LABIAL EN 22 CM, SE COMPRUEBAN 5 PUNTOS AUSCULTATORIOS, Y SE INICIA SOPORTE VENTILATORIO Y SEDACION, DR. DIEGO SEVERICHE MEDICO ESPECIALISTA-DRO MORALES

EVOLUCION:

PACIENTE QUE A LA 1 AM DEL 06-10-2013 PRESENTA CUADRO DE TAQUICARDIA SUPRAVENTRICULAR CON POSTERIOR CUADRO DE BRADICARDIA EXTREMA QUE PROGRESA ASISTOLIA POR LO QUE SE INICIARON **MANIOBRA DE REANIMACION** POR 5 MINUTOS CON POSTERIOR SALIDA A TAQUICARDIA SUPRAVENTRICULAR POR LO QUE REQUIRIO CONVERSION ELECTRICA. PACIENTE CON INESTABILIDAD HEMODINAMICA MARCADA CON REQUERIMIENTO DE SOPORTE VASOACTIVO A DOSIS ALTAS POSTERIOR SALIDA A RITMO SINUSAL A LOS 5 MINUTOS PRESENTA NUEVO CUADRO DE TAQUIARRITMIA POR LO QUE REQUIRIO NUEVA CONVERSION GASES ARTERIALES CON PRESENCIA DE ACIDOSIS METABOLICA SEVERA PH 6.8 LACTATO DE 15

1+38 AM 06-10-2013

PACIENTE CON PERISTENCIA DE INESTABILIDAD HEMODINAMICA MARCADA PRESENTA NUEVA BRADICARDIA EXTREMA QUE PROGRESA ASISTOLIA EL CUAL NO RESPONDIÓ A MANIOBRAS DE REANIMACION Y PACIENTE FALLECE

SE CIERRA HISTORIA CLINICA  
SE REALIZA CERTIFICADO DE DEFUNCION  
SE INFORMA A FAMILIAR

DR DIEGO SEVERICHE MEDICO ESPECIALISTA- DR MORALES

(...)

**DIAGNÓSTICOS EGRESO**  
**CHOQUE SEPTICO DE ORIGEN PULMONAR**  
**NEUMONIA NOSOCOMIAL EXTRAHOSPITALARIA**  
**FALLA RESPIRATORIA SECUNDARIA**  
**SX MIELOPROLIFERATIVO**  
**ESTADO POP RGCP**  
**REANIMACION NO EXITOSA" (fl. 125-128, 139, 377-380, 391 y 416-420) (Negrilla fuera del texto).**

En relación con la atención médica brindada por esta entidad de tercer nivel de complejidad, el perito en la audiencia de contradicción del dictamen manifestó: "(...) **el paciente ingresa al Hospital San Rafael de Tunja en una condición crítica en el cual ameritaba realizar otros procedimientos a parte del aspirado de médula ósea, incluso antes del aspirado de médula ósea que era el soporte vital avanzado, un soporte vasopresor y soporte ventilatorio, que significa eso la ventilación mecánica y los medicamentos que ayudan a elevar la presión arterial para mantenerlo vivo, es una condición muy diferente a la que tenía previamente y por lo cual era una prioridad el ingreso a cuidados intensivos como se hizo**

***en ese Hospital. Y como lo hemos mencionado antes no hay otro paraclínico que remplace el aspirado de médula ósea<sup>111</sup>”.***

Luego de acuerdo con lo expuesto, no puede afirmarse que la ESE San Rafael de Tunja incurrió en falla del servicio por no contar con el servicio de hematología y al no haber realizado el aspirado de médula ósea que requería el paciente, habida cuenta que según se desprende del Registro Especial de Prestadores de Salud de la Secretaría de Salud Departamental de Boyacá dicha entidad pertenece al tercer nivel de atención y se encuentra inscrita y habilitada para prestar, entre otros servicios, los siguientes: cuidado intensivo adultos, medicina interna, servicio de urgencias, transfusión sanguínea (fl. 676-681), dentro de los cuales no está la especialidad de hematología y menos la realización del examen de aspirados y/o biopsia de médula ósea, lo cual se corrobora del contrato de prestación de servicios de salud – modalidad evento No. 33119 suscrito entre EMDISALUD ESS EPS-S y la ESE Hospital San Rafael de Tunja para la vigencia del 01 de junio al 31 de diciembre de 2013 (fl. 268-273).

Adicionalmente, tampoco puede imputarse responsabilidad alguna relacionada con el deceso de la víctima en vista de que una vez llegó con urgencia vital por deterioro clínico e inestabilidad hemodinámica, la ESE de Tunja le brindó atención oportuna a fin de preservarle la vida y además le garantizó los servicios que requirió, los cuales fueron acordes con el nivel de atención que conllevó manejo en Unidad de Cuidados Intensivos, y con la guía clínica de manejo de pacientes en sepsis<sup>112</sup> y choque séptico<sup>113</sup>, que según la literatura médica<sup>114</sup> prevé de manera general como manejo efectivo: reanimación, terapia antibiótica, drenaje de foco de infección, monitoreo, medidas específicas y medidas de soporte, según corresponda.

Y menos aseverarse que incurrió en omisión en la obtención de un diagnóstico definitivo, y en el traslado del occiso a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, pues se insiste debido a la condición crítica del paciente debía primero garantizarle la vida facilitándosele los soportes necesarios para estabilizarle sus signos vitales, como en efecto se realizó sin que puede endilgarse responsabilidad alguna.

Pues al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>115</sup> ha reiterado que *“(…) en los eventos de responsabilidad médica el fallador debe ubicarse en la posición en la que se encontraba el médico al momento de atender*

<sup>111</sup> (Min 00.22:27 a 00.23.04)

<sup>112</sup> “Es la presencia del síndrome de respuesta inflamatoria sistémica asociada a infección; se considera un sepsis grave cuando este síndrome se asocia con disfunción orgánica, hipoperfusión o hipotensión; y el choque séptico, cuando la sepsis se asocia con hipotensión arterial, a pesar de la reposición adecuada de fluidos.” ASOCIACION COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA. GUIAS DE PRÁCTICA CLÍNICA. Consenso colombiano en sepsis. Recuperado de <http://www.asociacioncolombiana.org/infec/>

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> ASOCIACION COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA. GUIAS DE PRÁCTICA CLÍNICA. Consenso colombiano en sepsis. Recuperado de <http://www.asociacioncolombiana.org/infec/>

<sup>115</sup> Sala de Decisión No. 4, Providencia del 28 de mayo de 2019, Radicación No. 150013333010201200041-01 (acumulada con 150013333009201200041-00), M.P. José Ascención Fernández Ospino.

*al paciente para determinar las posibilidades con que contaba, y no cuestionar el suministro o no de algún servicio sin atender esa realidad material. En otras palabras, el análisis de la actuación debe partir de una valoración ex ante y no ex post, ya que resulta relativamente fácil mirar al pasado y pensar que determinada conducta hubiera favorecido la condición del paciente teniendo como referencia el resultado final, que lógicamente para el médico era desconocido, pues estaba sometido a la concurrencia del curso causal desfavorable producto del cuadro patológico.”*

Luego, de acuerdo con lo antes expuesto no puede endilgársele responsabilidad alguna a la ESE de Tunja por el curso final de la víctima, pues a pesar del soporte vital oportuno que le fue suministrado en la UCI, este venía con una condición clínica crítica relacionada con el presuntivo síndrome mieloproliferativo frente al cual no se estableció un diagnóstico definitivo ni tratamiento a seguir en la especialidad de hematología, debido a la falta de remisión a un nivel de mayor complejidad por parte de la EPS a la cual estaba afiliado, que sin conocerse su probabilidad de vida o curso causal desfavorable nuevamente recae por lo que fallece a pesar de la maniobras de reanimación realizada por el personal médico de la ESE de Tunja.

Además tampoco se le puede atribuir responsabilidad bajo el argumento de que no evitó la adquisición de una enfermedad en la instalación hospitalaria, como quiera que se insiste y tal como lo aseveró el perito, era probable que debido al presunto síndrome mieloproliferativo que padecía, estuviera expuesto a adquirir infecciones frecuentes o graves por tener comprometido su sistema inmunológico y a pesar de garantizarse un manejo adecuado de la higiene, limpieza y sepsis de equipos y personal en la ESE, que hacía que volviera a recaer pese habersele brindado el respectivo tratamiento con antibiótico. Y menos que no realizó las gestiones necesarias para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, como quiera que cuando llegó la víctima requiriendo soporte vital en UCI lo importante y urgente era mantenerlo vivo y no gestionar la remisión a otro nivel de complejidad.

▪ **EMDISALUD EPS S.A.**

Según se desprende la certificación suscrita por la Empresa Mutual para el Desarrollo Integral de la Salud -EMDISALUD E.S.S. Zona Boyacá (fl. 909), el señor Jorge Eduardo Sánchez estuvo afiliado a dicha EPS-S en el Municipio de Maripi-Boyacá desde el 31 de enero de 2011.

Que en atención a las solicitudes de remisión a tercer nivel (manejo integral por hematología más la realización del procedimiento de aspirado

y/o biopsia de médula ósea) por parte de la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá (fl. 286-323), la EPS EMDISALUD realizó las siguientes gestiones, según se desprende del formato de referencia y contra referencia (fl. 186, 326-327 y 956):

IPS DONDE SE SOLICITÓ EL SERVICIO	FECHA Y HORA DE LA LLAMADA O DE LA RTA POR MENSAJE DE DATOS	RESPUESTA DE LA IPS	
Hospital Simón Bolívar <sup>116</sup>	09/09/2013 - Llamada Referencia del paciente No 3082 (fl. 185 y 277)	Se comenta afiliado para atención y manejo por tercer nivel, no disponibilidad de camas. 11/09/13 No camas, llamar al día siguiente. 16/09/13 No camas 21/09/13 No camas (fl. 185 y 277)	
MEDICAL PRO&NFO	09/09/2013 (fl. 387)	Sin respuesta	
Hospital San Rafael de Tunja <sup>117</sup>	10/09/2013 hora 14:57 pm (fl. 286) 12/09/2013 hora 15+23 (fl. 296) 18/09/2013 hora 17+48 (fl. 289) 19/09/2013 hora 17+34 y 16+24 (fl. 294 - 295 y 307) 25/09/2013 hora 13+15 (fl. 312)	Sin respuesta - no disponibilidad de camas	
Sociedad Oncológica ONCO CARE Ltda <sup>118</sup>	13/09/2013 hora 10+26 am (fl. 286)	Dadas las condiciones de sepsis de origen pulmonar confirmada en la historia clínica es necesario que el paciente solucione sus patologías agudas antes de iniciar valoración por oncología ya que en estas condiciones no se podrá realizar tratamiento (fl. 286)	
	18/09/2013 hora 17+55 (fl. 292) 19/09/2013 hora 17+34 (fl. 299)	No disponibilidad de camas	
	21/09/2013 hora 17+52 (fl. 301)	Solicitan sea enviado el reporte de médula ósea confirmatoria para patología oncológica (fl. 301-302)	
	23/09/2013 hora 10+46 am y 11+50 (fl. 304 y 305) 24/09/2013 hora 17+05 (fl. 308)	Sin respuesta	
	04/10/2013 hora 15+44 y 17+00 (fl. 321 y 322)	Paciente quien requiere manejo intrahospitalario con diagnóstico lo más probable de leucemia. No hay disponibilidad de camas (fl. 322)	
Instituto Nacional de Cancerología INC	18/09/2013 horas 17+50 (fl. 291) 19/09/2013 hora 17+32 (fl. 298)	No disponibilidad de camas, sobrecupo de pacientes.	
	20/09/2013 hora 18+11 (fl. 300)	No disponibilidad de camas, sobrecupo de pacientes (fl. 300)	
	23/09/2013 hora 10+42 y 13+47 (fl. 303 y 306)	Sin disponibilidad de camas (fl. 303)	
	02/10/2013 hora 16+27 (fl. 319)	Sin disponibilidad de camas.	
	04/10/2013 hora 14+12 (fl. 320)	Sin disponibilidad de camas.	
Hospital Santa Clara	18/09/2013 17+52 (fl. 293) 19/09/2013 17+28 (fl. 297)	No disponibilidad de camas.	
Fundación CARDIOINFANTIL	23/09/2013 - Llamada	No disponibilidad de camas para el servicio requerido	
Hospital Pablo Tobón Medellín	23/09/2013 - Llamada	No respuesta	
Hospital Manuela Beltrán	23/09/2013 - Llamada	(...) no se ofertan esas especialidades	
Hospital Tunal	23/09/2013 - Llamada	No respuesta	
Clinica de la Mujer	23/09/2013 - Llamada	No respuesta	
Hospital de Kennedy	24/09/2013 - Llamada	Únicamente manejan oncología clínica ambulatoria	
Clínica Country	26/09/2013 hora 11+40 (fl. 315) 27/09/2013 hora 14+51 (fl. 315) 04/10/2013 hora 15+47 (fl. 323 y 324)	Solicita se especifique el servicio al cual se remite para tramitar cotización (fl. 315) En espera de respuesta de cotización	
	Clinica Marly	25/09/2013 hora 09+45 (fl. 310 y 316)	Sin respuesta
	Fundación Santa Fe de Bogotá	26/09/2013 hora 18+26 (fl. 311-312)	En el momento no hay disponibilidad de camas en la institución (fl. 311)

<sup>116</sup> Contrato de prestación de servicios de salud modalidad evento POS Régimen subsidiado No. 33124 del 01 de junio al 31 de diciembre de 2013 suscrito con EMDISALUD, para la prestación de servicios de mediana y alta complejidad, entre ellos, hematología, cuidados intensivo de adultos, medicina interna (fl. 262-267).

<sup>117</sup> Contrato de prestación de servicios de salud modalidad evento POS Régimen subsidiado No. 33119 del 01 de junio al 31 de diciembre de 2013 suscrito con EMDISALUD, para la prestación de servicios de mediana y alta complejidad, entre ellos, cuidado intensivo de adultos, medicina interna (fl. 268-273).

<sup>118</sup> Contrato de prestación de servicios de salud modalidad evento POS Régimen subsidiado No. 33146 del 01 de junio al 31 de diciembre de 2013 suscrito con EMDISALUD, para la prestación de servicios de alta complejidad: oncología, oncología clínica, rehabilitación oncológica y servicio farmacéutica (fl. 274-276).

Hospital Infantil del San José	26/09/2013 hora 16+57 (fl. 313)	Sin respuesta
Hospital de Villavicencio	26/09/2013 hora 17+02 (fl. 314)	Sin disponibilidad de camas. Se tramita cotización de servicios y se ingresa el anticipo 9272
	30/09/2013 hora 11+55 (fl. 316)	Autorización de servicios No. 1875046 de 01/01/2013 (fl. 279 y 284)  Cotización del Hospital Departamental de V/cio. del 30/09/2013, respecto de los servicios de biopsia de aspirado de médula ósea (fl. 283)
	02/10/2013 hora 08+39 y 08+55 (fl. 317-318)	Solicitud de pago anticipado del 01/01/2013 (fl. 285) Presentar paciente para hospitalización (fl. 317)  En espera de respuesta de confirmación de cama

Del anterior esquema, se desprende que EMDISALUD EPS para efectos de conseguir la remisión del paciente, consultó a 17 IPS de mayor complejidad por vía telefónica e e-mail con el objetivo de lograr la admisión del paciente que requería con urgencia atención del tercer nivel y la práctica de una biopsia de médula ósea, tan es así, que requirió a la ESE Hospital Simón Bolívar entidad de tercer nivel de complejidad con quien tenía para la época de los hechos, contrato de prestación de servicios de salud-modalidad evento POS Régimen Subsidiado vigente (fl. 262-267), entre ellos, la especialidad de hematología; de igual forma a la Sociedad Oncológica ONCOCARE Ltda., entidad de alta complejidad con quien también tenía contratados los servicios de oncología (fl. 274-276); entidades de las cuales algunas se negaron al traslado por no disponibilidad de camas y las otras no se pronunciaron.

Del anterior trámite administrativo da constancia el Acta de Reunión Sistema Integrado de Gestión de la Secretaría de Salud Departamental de Boyacá suscrita el 15 de noviembre de 2013, en la que la Profesional de Aseguramiento Regional Nororiente de la EPS-S EMDISALUD señaló "*(...) EL AFILIADO SE ESTUBO (sic) COMENTADO EN LAS DIFERENTES INSTITUCIONES SIN OBTENER RESPUESTA POSITIVA DE ACEPTACION (...) SIN QUE LA EPS-S HAYA PODIDO REALIZAR SU UBICACION EN NINGUNA INSTITUCION COMO SE PUEDE VER, (...) LA EPS-S REALIZO TODAS LAS GESTIONES CORRESPONDIENTES PARA LA UBICACION DEL USUARIO DESDE EL MOMENTO EN QUE EL HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRA LO COMENTA A LA ENTIDAD (...)*" (fl. 261-261, 697 vto.-698 y 706-707). (Negrilla fuera del texto).

No obstante lo anterior, se advierte que dichas gestiones no resultaron ser suficientes ni efectivas para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, toda vez que si bien la EPS acreditó que tenía para el momento de los hechos una red de prestadores

de servicios de salud tal como lo ordena el Decreto 4747 de 2007<sup>119</sup> y que según lo manifestó el Jefe de Oficina Gestión Territorial Emergencias y Desastres del Ministerio de Salud (fl. 1015-1016 y 1033-1034) ello hace parte del proceso de referencia y contra referencia el cual es responsabilidad de las entidades responsables del pago de servicios de salud, en este caso, de la EPS, también lo es, que ni con dicha red ni aun con prestadores externos **se garantizó al afiliado la disponibilidad, suficiencia y oportunidad del servicio solicitado** por la ESE de Chiquinquirá concerniente al examen de aspirado y biopsia de médula ósea y manejo integral por la especialidad hematología como quiera que no se emitió la respectiva autorización en los términos del artículo 14 del Decreto 4747 de 2007 en concordancia con el numeral 1º y 2º del artículo 5º del Decreto 003047 de 2008<sup>120</sup> y tampoco se efectuó la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad, por lo que la víctima duró internada aproximadamente 28 días en la ESE -08 de septiembre a 05 de octubre de 2013 - de Chiquinquirá lo que conllevó la interposición de un acción de tutela con medida provisional en contra de la EPS para obtener protección a la vida, salud y seguridad social del señor Jorge Eduardo Sánchez (fl. 192-203 y 709-720; empero, el paciente este falleció sin haberse efectuado el traslado para la práctica del examen de estudio de médula ósea y manejo integral en la especialidad de hematología, por lo que el juez de tutela resolvió negar el amparo constitucional por carencia actual de causa y objeto, y frente a la actuación de EMDISALUD señaló que“(...) **es un hecho incalificable del fallecimiento de Jorge Eduardo Sánchez, por la conducta tardía de Emdisalud al no remitir a tiempo al usuario a un centro de tercer nivel (...)**” (fl. 717 y 200). (Negrilla fuera del texto). Además ordenó compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación<sup>121</sup>, Fiscalía General de la Nación<sup>122</sup>, Superintendencia Nacional de Salud<sup>123</sup> y Secretaría de Salud de Boyacá<sup>124</sup> por la conducta omisiva de la EPS EMDISALUD.

Al respecto del procedimiento de remisión del paciente a otro nivel de complejidad objeto de discusión, el médico internista Renán Alberto Morales Abaunza (ESE de Chiquinquirá) en su declaración manifestó: “(...) *en un hospital de segundo nivel digamos que el trámite iniciaría a partir de la especialidad de medicina interna como fue en el caso y entiendo y por la experiencia sé que **esto se solicita y lo debe hacer en una red en la que disponga la EPS a la cual está adscrita el paciente, entonces uno pensaría que muy probablemente, esa responsabilidad recaería allí, obviamente justificada en los diagnósticos presuntivos del***

<sup>119</sup> “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”

<sup>120</sup> “Que reza que para la concreción de dicho trámite la EPS como entidad responsable del pago deberá dar respuesta a la solicitud de servicios adicionales dentro de los seis (6) horas siguientes al recibo de la solicitud y “En caso de que la solicitud implique la remisión a otro prestador, la entidad responsable del pago deberá dar la autorización de servicios en el formato y con el procedimiento establecido en este artículo, al receptor del paciente con copia al prestador solicitante. Lo anterior, sin perjuicio de que el prestador solicitante garantice la continuidad de la atención del paciente mientras se produce el traslado. La entidad responsable del pago deberá cancelar los servicios prestados mientras se asume el manejo por el prestador receptor.” (Negrilla fuera del texto).

<sup>121</sup> Contestó que no hay registro en el sistema sobre investigaciones o decisiones adoptadas respecto de EMDISALUD (fl. 694).

<sup>122</sup> La investigación penal se encuentra activa y está en etapa de indagación (fl. 723).

<sup>123</sup> Manifestó que no evidenció investigación administrativa adelantada en contra de EMDISALUD y el Hospital San Rafael de Tunja (fl. 695).

<sup>124</sup> Al respecto de lo ordenado en el fallo de tutela allegó copia del Acta de reunión Sistema Integrado de Gestión de fecha 15 de noviembre de 2013 (fl. 697-698 y 705-708).

*paciente y de que la capacidad resolutive del caso pues desbordaba la institución que en ese momento estaba atendiendo al paciente.*<sup>125</sup>  
(Negrilla fuera del texto).

Por su parte, el médico internista Edward Jassir Rozo Ortiz (ESE de Chiquinquirá), en igual sentido se pronunció: "(...) *si luego de hacer el análisis con el paciente hacer la impresión diagnóstica y no poder tener la forma de brindarle el mejor tratamiento pues se inicia **un plan de remisión, que es realizar una hoja de referencia y contrareferencia** donde reza el nombre del paciente, la seguridad que tiene el paciente y el servicio donde tiene que ir donde solicitamos (...) el servicio que cualquier paciente necesite, eso **se entrega a una oficina de referencia y contrareferencia** se reza en la historia clínica **ese plan de remisión, se entregan los documentos y la entidad que tiene que ayudarnos con la remisión es su seguridad social, la EPS***<sup>126</sup>  
(Negrilla fuera del texto).

Versiones estas de las cuales se corrobora, una vez más, que era la EPS del afiliado, en este caso EMDISALUD la encargada de tramitar al interior de su red de prestadores de salud de manera pronta y oportuna la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad que contara con el examen y la especialidad requerida por la ESE de Chiquinquirá para diagnosticarle al paciente el presunto síndrome mieloproliferativo que padecía.

Por lo que resulta claro que la conducta pasiva y tardía de la entidad frente a la negativa de aceptación del paciente por parte de su red de prestadores de salud, entre ellos, de la ESE Hospital Simón Bolívar con quien tenía suscrito un contrato de prestación de servicios de salud, así como de los prestadores externos, le negó a la víctima la posibilidad de contar con un diagnóstico definitivo y oportuno que le permitiera el inicio de un tratamiento médico eficaz.

No obstante, se advierte que si bien dicha conducta omisiva es constitutiva de una falla del servicio, también lo es que por sí sola no configura la **causa determinante o adecuada del daño, esto es, de la muerte que se pretende que se repare, pues no existe certeza de que al habersele practicado dicho procedimiento (aspirado y/o biopsia de médula ósea)** y haber sido remitido a un nivel de mayor complejidad que contara con la especialidad de hematología para efectos de un diagnóstico y tratamiento médico hubiese impedido que la víctima falleciera, más aun teniendo en cuenta que su condición clínica era crítica debido a que tenía comprometido su sistema de defensas del cuerpo que lo hacía propenso a adquirir infecciones recurrentes y graves.

<sup>125</sup> (Min 00:16:35 a 00:17:21)

<sup>126</sup> (Min 00:51:38 a 00:52:49)

Sobre el particular, el Consejo de Estado en un caso similar al que nos ocupa **donde se pretendía atribuir la muerte de la víctima a un falla del servicio** precisó:

*"(...) no es posible determinar con certeza que de haber mediado un oportuno diagnóstico por Saludcoop E.P.S. se habría superado el daño final, esto es, el fallecimiento de la paciente. No es posible afirmar, entonces, con certeza que la muerte de la (...) paciente pueda ser atribuida a las fallas de la entidad y no a la patología que padecía desde tiempo atrás. En efecto, al margen de que la alteración de salud requiriera una atención oportuna, inmediata, eficaz y de calidad, lo que se ha probado es que la paciente estaba involucrada en un curso patológico desfavorable, esto es, con un cáncer de cérvix, por lo que la Sala no tiene razones objetivas suficientes para concluir que el daño cuya indemnización se solicita en la demanda consistente en la muerte resulta imputable a la entidad demandada por las irregularidades cometidas."<sup>127</sup>*

Luego de acuerdo con lo antes expuesto y a pesar de no existir certeza de que con el beneficio esperado se hubiera o no variado el curso final del paciente, **no hay lugar a exonerar de responsabilidad a la entidad en este caso a EMDISALUD EPS sobre lo ocurrido con la víctima**, como quiera que está claro que la EPS no garantizó al afiliado la disponibilidad, suficiencia y oportunidad del servicio solicitado por la ESE de Chiquinquirá, esto es, la remisión a una IPS donde le practicaran el examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y le dieran manejo integral por la especialidad hematología, por lo que dicha falla tal como lo ha referido la jurisprudencia, si bien no dio lugar de manera directa a la muerte de la víctima, también lo es que debe ser analizada bajo el concepto de **pérdida de oportunidad** de ser remitido a un tercer o mayor nivel de complejidad para poder recibir un diagnóstico definitivo y un tratamiento adecuado a la enfermedad que padecía, pues al respecto el Consejo de Estado ha reiterado:

*"(...) debido a la patología padecida por el paciente (neumonía, hepatitis e insuficiencia renal hepática - cirrosis), para la Sala también es claro que la falta de **la remisión a una entidad de nivel superior de complejidad y la autorización de la cirugía de trasplante por parte del DADIS**<sup>128</sup> pudo no ser la causa adecuada del daño, resumido en la muerte del menor (...), pero sí la causante de la **pérdida de oportunidad o pérdida de chance de ser atendido por especialistas, ser intervenido quirúrgicamente y de tener la posibilidad de recuperarse, (...)**"<sup>129</sup>*

<sup>127</sup> Consejo de Estado. SCA., Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 12 de octubre de 2017. Radicación número: 64-001-23-31-000-2005-01021-04(42803). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>128</sup> Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias –Departamento Administrativo de Salud Distrital de Cartagena de Indias.

<sup>129</sup> Consejo de Estado. SCA., Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 19 de octubre de 2018. Radicación número: 13001-23-31-000-2005-00944-01(46375). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Así mismo, ha insistido que en dicho casos lo trascendental no es determinar la causa de la muerte, sino el nexo de causalidad entre la incertidumbre y la probabilidad de la oportunidad perdida<sup>130</sup>, en los siguientes términos: ***"la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad pérdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos"***<sup>131</sup>.

En similar sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá al señalar ***"Recuérdese acá que en casos de pérdida de oportunidad lo trascendental no es determinar la causa de la ceguera, sino el nexo de causalidad entre la incertidumbre y la probabilidad, lo cual, en este caso, a juicio de esta Corporación, quedó demostrado. (...) Por lo expuesto, la Sala (...) declarará la responsabilidad del INPEC y del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, por la pérdida de oportunidad, (...)"***<sup>132</sup>

Así las cosas, teniendo en cuenta que la falla en que incurrió EMDISALUD con la no remisión del paciente no fue la causa determinante del daño, esto es, de la muerte del señor Jorge Eduardo Sánchez, sino de la oportunidad perdida, de haber sido remitido a un mayor nivel de complejidad para poder recibir un diagnóstico definitivo y un tratamiento adecuado a la enfermedad que padecía, es del caso analizar si para el caso que nos ocupa se cumplen los elementos de la pérdida de oportunidad, definidos por la jurisprudencia, a saber:

**a) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar**<sup>133</sup>

Conforme al material probatorio se insiste que no es posible determinar con certeza si de haber mediado una remisión oportuna a un nivel de mayor complejidad para i) la práctica del examen de aspirado y/ biopsia de médula ósea con el fin de establecer un diagnóstico definitivo y un

<sup>130</sup> Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección C. Providencia del 24 de octubre de 2013. Radicación número: 58001-23-15-000-1995-11195-01(25869). C.P.: Enrique Gil Botero.

<sup>131</sup> Al respecto, resulta ilustrativa una cita del Tribunal Supremo Español que sobre la materia analizada razonó de la siguiente forma: "La audiencia dedujo una manifiesta negligencia o conducta culpable de la ATS, empleada del Hospital demandado (artículos 1902 y 1903 del C.C.), al no tomar el debido conocimiento del parte médico, no avisar a los facultativos del servicio de guardia y proceder por iniciativa, sin que tal negligencia fuese ajena al hospital, por no tener un médico de puerta que realizase las primeras exploraciones a los enfermos, ni se justificase por la orden recibida y la falta de carnés, extremo que había de ceder ante un paciente grave, al que tenía que prestarse toda la atención y diligencia que corresponde a la preparación científica... el daño producido es la propia privación de la asistencia médica, en cuanto supone una imposibilidad de tratamiento y, por lo tanto, una imposibilidad de curación... La relación causa-efecto viene determinada por yuxtaposición, pues el mismo evento que constituye la negligencia constituye el daño... La muerte producida no es otra cosa que un elemento cualificador de daño, importante a efectos indemnizatorios, pero no en relación a la situación causa-efecto... La negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que por sí solo es indemnizable". Tribunal Supremo Español, sentencia del 19 de junio de 1990. El reconocido tratadista Ricardo de Ángel Yagüez al comentar la decisión referida, pone de presente lo siguiente: "Se observará que, con indudable habilidad, los recurrentes orientaron su argumentación en el sentido de alegar que el daño producido por la negligencia de la A.T.S. no consistió en la muerte que posteriormente se produjo, sino en la privación del derecho a la asistencia médica que, en definitiva, no es otra cosa que la negación al derecho a tener unas posibilidades, aunque sean remotas o indeterminadas, de supervivencia ante una patología concreta." De Ángel Yagüez, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. Ed. Civitas, Madrid, 1993, pag. 235 y 236.

<sup>132</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Providencia del 14 de junio de 2018. Expediente: No. 15001-3333-005-2015-00056-02. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

<sup>133</sup> Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 29 de noviembre de 2011. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01(38725). C.P.: Ramiro Pardo Guerrero.

tratamiento a seguir, y ii) para un manejo integral en la especialidad de hematología se habría superado el daño final, esto es, la muerte del paciente.

Al respecto, el perito en la audiencia de contradicción del dictamen cuando fue interrogado respecto de si el esclarecimiento de la enfermedad le hubiera salvado la vida a la víctima, así como el hecho de habersele practicado el aspirado de médula ósea y por ende habersele realizado un tratamiento oportuno su nivel de vida habría mejorado por poco o largo tiempo, contestó que no podía saber si el curso de su muerte hubiese cambiado porque con dicho examen se diagnostican enfermedades que tienen altísima o baja mortalidad, así:

**"(...) si bien es cierto que como lo he mencionado se necesita saber el diagnóstico confirmatorio a través de la prueba es posible que el diagnóstico confirmatorio sea una enfermedad terminal, que significa esto, que es posible que si hubiera sido un leucemia de alto grado el resultado final no hubiera cambiado el curso y la mortalidad del paciente, así hubiere tenido un tratamiento oportuno, esa es una de las posibilidades, por qué porque estamos hablando que dentro del espectro de las enfermedades posibles que se podían diagnosticar con el aspirado de medula ósea están algunas que tienen altísima mortalidad, independiente del diagnóstico precoz o no, como la leucemia mieloide aguda<sup>134</sup> (...) no podría decir si el nivel de vida hubiera cambiado con el aspirado de medula ósea porque si bien el aspirado de medula ósea hubiera dado un diagnóstico confirmatorio, nos hubiera dado un diagnóstico confirmatorio de una enfermedad terminal de gran severidad, de poco pronóstico de vida o una que hubiera sido tratable con quimioterapia por parte del servicio de hemato-oncología en un tercer nivel<sup>135</sup>.**

Luego en tales en términos, no puede asegurarse como lo hizo parte actora que el hecho dañoso –muerte- se produjo como consecuencia de la no realización de un examen diagnóstico "biopsia de médula ósea", de la no obtención de los servicios integrales del III nivel de atención, y porque EMDISALUD no garantizó el acceso a dicho servicio con la autorización del respectivo traslado, más aún cuando el perito aclaró que las demás enfermedades que le fueron dictaminadas y tratadas al paciente también ponían en riesgo su vida<sup>136</sup>.

Por lo que no es posible concluir que de haber mediado una remisión oportuna, un diagnóstico definitivo y un tratamiento eficaz se hubiera superado el daño final, esto es, el deceso de la víctima y menos afirmar con certeza que la muerte del paciente resulta atribuible a las fallas de la entidad y no a la patología y/o patologías que padecía, resultando así por tanto acreditado este primer requisito<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> (Min 00:17:50 a 00:18:44)

<sup>133</sup> (Min 00:52:24 a 00:52:53)

<sup>134</sup> (Min 00:45:40 a 00:46:42)

<sup>135</sup> Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 29 de noviembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01(38725). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

## **b) Certeza de la existencia de una oportunidad<sup>138</sup>**

Al respecto de la historia clínica se advierte que de haberse efectuado de manera oportuna la remisión a un tercer nivel para la realización del examen de aspirado y médula ósea, la víctima hubiera tenido la oportunidad de recibir un diagnóstico definitivo que confirmara o descartara el diagnóstico presuntivo de síndrome mieloproliferativo, así como también de recibir un tratamiento médico eficaz, ya que según indicó el perito en su dictamen pericial dicho examen *"permite determinar el tipo de trastorno mielodisplásico que presenta un paciente y la necesidad de realizar otro tipo de pruebas diagnósticas así como determinar el tratamiento y pronóstico de acuerdo a los hallazgos obtenidos"*, y a su vez se corrobora de la literatura médica<sup>139</sup> que refiere que dicho procedimiento está indicado para *"1. Investigación de anemia inexplicada, citopenias o leucocitosis, morfología anormal en frotis de sangre sugestivos de médula ósea patológica. 2. Diagnóstico, estadificación y seguimiento de patologías hematológicas (leucemias agudas y crónicas, síndromes mielodisplásicos, neoplasias mieloproliferativas, linfomas, mielomas, amiloidosis, mastocitosis). 3. Sospecha de metástasis en medula ósea, estudio de lesiones radiológicas osteolíticas, organomegalias, depósito de hierro, enfermedades de depósito, así como fiebre de origen desconocido, o para obtener cultivos microbiológicos."*

No obstante, de lo anterior no puede aseverarse con grado de certeza que en el evento de haber recibido atención oportuna y un manejo integral en la especialidad de hematología el paciente hubiese sobrevivido, ya que como lo dijo el perito *"dentro del espectro de las enfermedades posibles que se podían diagnosticar con el aspirado de médula ósea están algunas que tienen altísima mortalidad, independiente del diagnóstico precoz o no(...)"*, **pero si, por lo menos se insiste hubiese tenido la oportunidad de ser atendido en una institución de nivel de complejidad superior, de ser evaluado por especialistas y poder definirse un tratamiento oportuno para su condición clínica una vez se le hubiese practicado el examen que requería para confirmar o descartar la enfermedad que padecía.**

Luego resulta clara la necesidad y urgencia con que debía practicarse el examen en mención, el cual era insustituible, pues al respecto el perito en la audiencia de contradicción reiteró:

***"si se requería tener el diagnóstico para detectar y confirmar el síndrome mieloproliferativo y obviamente para***

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Recuperado de <https://espanol.uns.com/narrativa.html?ar=636.IV.24.22>.

***poderle dar tratamiento porque sin el aspirado de médula ósea no podíamos tener diagnóstico confirmatorio y por lo tanto no se le podía dar tratamiento, o sea es una limitante para el tratamiento sin el aspirado de médula ósea la ausencia del aspirado de médula ósea***<sup>140</sup> (...) *la trombocitopenia o disminución de las plaquetas era secundario al síndrome mielodisplásico y eso era lo que lo ponía en riesgo de sangrado, luego si necesitaba del aspirado de médula ósea urgente para poder definir el tratamiento para ese síndrome mielodisplásico y posiblemente un tratamiento oportuno también para esa disminución de plaquetas, entonces el aspirado de médula ósea era un procedimiento importante y urgente en este paciente* (...) <sup>141</sup>; quedando por tanto acreditado este segundo elemento.

**c) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima<sup>142</sup>.**

Sobre este punto se advierte que hubo una pérdida definitiva de la oportunidad, como quiera que la falta de un diagnóstico definitivo debido a la no remisión a un nivel de mayor complejidad al del Hospital Regional de Chiquinquirá para la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y un manejo integral en la especialidad en hematología le negó al paciente la posibilidad de que el personal médico conociera con exactitud el origen de sus dolencias, y así, le brindara el tratamiento adecuado, ya que finalmente falleció perdiendo así la oportunidad de manera definitiva e irreversible.

Luego, de acuerdo con lo antes expuesto resulta claro que la pérdida de oportunidad le resulta imputable a EMDISALUD EPS como consecuencia de una falla en la prestación del servicio a su cargo, en este caso, al no concretar la remisión del paciente al interior de su red de prestadores de salud o aun prestador externo, esto es, a una IPS de mayor complejidad donde le practicarán el examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y le brindaran manejo integral en la especialidad de hematología a fin de confirmar o descartar el diagnóstico presuntivo de síndrome linfomieloproliferativo y poder recibir un tratamiento médico eficaz.

**4.3. De las causas exonerativas propuesta por la E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá.**

Al respecto dirá el Despacho que como quiera que no hay lugar a que prosperen las pretensiones de la demanda en contra del Hospital Regional

<sup>140</sup> (Min 00:31:00 a 00:31:50)

<sup>141</sup> (Min 00:36:47 a 00:37:25)

<sup>142</sup> Consejo de Estado, SCA, Sección Tercera, Subsección B. Providencia del 21 de noviembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01(38725). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

de Chiquinquirá se relevará de analizar las causales exonerativas de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y caso fortuito o fuerza mayor propuestas por la entidad en mención.

## **5. CONCLUSIÓN:**

De una parte, se negarán las pretensiones de la demanda en contra de la E.S.E. CENTRO DE SALUD "RAFAEL SALGADO" DE MARIPI, E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ como quiera que **i)** cada una en su nivel de atención agotaron de manera diligente y oportuna los recursos humanos, técnicos y científicos que tenían a su alcance para obtener de manera oportuna un diagnóstico médico, tan es así, que cuando el paciente llegó el 08 de septiembre de 2013 al Centro de Salud de Maripí en regulares condiciones generales, le practicaron unos exámenes de laboratorio que arrojaron anemia y le ordenaron de manera inmediata su remisión a un segundo nivel de complejidad que contaran con la especialidad de medicina interna; luego cuando ingreso el 08 de septiembre a la ESE de Chiquinquirá remitido de Maripí y debido a su condición clínica le ordenaron desde el día siguiente a su ingreso de forma urgente la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y manejo integral en la especialidad de hematología a fin de determinar un diagnóstico definitivo y un tratamiento a seguir frente al presunto síndrome mieloproliferativo que padecía y que estaba relacionado con el síndrome anémico detectado que le fue detectado en el primer nivel, así mismo, le hicieron un seguimiento periódico a los síntomas que presentaba, le trataron las demás patologías que se fueron presentando durante su estadía pues le brindaron los insumos necesarios que tenían a su alcance para tratarle la neumonía multilobar, sepsis de origen pulmonar, síndrome anémico y derrame pleural que padecía y trataron de mantenerlo hemodinámicamente estable hasta que debido a su progresivo deterioro clínico tuvo un compromiso de sus signos vitales que requirió oxígeno y que conllevó a ordenar su remisión por urgencia vital a un tercer nivel de atención que contara con UCI; finalmente fue recibido el 05 de octubre en la ESE San Rafael de Tunja en la Unidad de Cuidados Intensivos, lugar donde le brindaron el soporte vital requerido y le ordenaron unos exámenes complementarios, no obstante volvió nuevamente a presentar unos crisis que implicó maniobras de reanimación las cuales no soportó por lo que falleció; desenlace fatal que se insiste no puede ser atribuible a dicha IPS ni a las demás que lo atendieron como quiera que actuaron en el marco de su competencia y conforme a la *lex artis*; **ii)** realizaron las gestiones necesarias para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, pues dan cuenta de ello el traslado que se realizó el Centro de Salud de Maripí a la ESE de Chiquinquirá, las reiterativas ordenes médicas de la ESE de Chiquinquirá a la EPS EMDISALUD para llevar a

cabo el traslado a un nivel de mayor complejidad donde se le practicara el examen de estudio de médula ósea y se le diera manejo integral en la especialidad de hematología, además cuando el paciente requirió soporte vital y manejo en UCI fue remitido de forma urgente a la ESE de Tunja y **iii)** teniendo en cuenta lo conceptuado por el perito, tampoco puede endilgárseles responsabilidad alguna a título de falla del servicio bajo el argumento de que no evitaron que la víctima adquiriera una enfermedad en la instalación hospitalaria - neumonía nosocomial-, en razón a que debido al presunto síndrome mieloproliferativo que padecía y que no se diagnosticó de manera definitiva, su sistema inmunológico ya se encontraba comprometido, por lo que era factible que estuviera expuesto a infecciones frecuentes o graves a pesar de garantizarse un manejo adecuado de la higiene, limpieza y sepsis de equipos y personal en la respectiva ESE y brindársele el tratamiento requerido como en efecto sucedió, su condición clínica no mejoraría por estar relacionada su sintomatología con dicho síndrome mieloproliferativo.

De otra parte, se condenará a EMDISALUD EPS-S por falla del servicio no porque su accionar omisivo haya sido la causa determinante del daño, esto es, de la muerte del señor Jorge Eduardo Sánchez que se pretende se repare, sino por cuanto no realizó las gestiones necesarias para lograr el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad que contara con el examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y que le brindara manejo integral en la especialidad de hematología, a pesar de contar con un red de prestadores de servicios de salud y requerir a varias IPS para que aceptaran el traslado no garantizó la disponibilidad, suficiencia y oportunidad del servicio requerido en un nivel de complejidad a su cargo, lo que conllevó que la víctima y debido perdiera de manera definitiva la oportunidad de ser remitido a un mayor nivel de complejidad para poder recibir un diagnóstico definitivo y un tratamiento adecuado a la enfermedad que padecida, y quizás haberse o no recuperado.

## **6. De la indemnización de perjuicios.**

### **6.1. De la liquidación de perjuicios en casos de pérdida de oportunidad.**

La pérdida de oportunidad como daño resarcible, ha sido abordada en diferentes pronunciamientos por el Consejo de Estado para resolver eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico asistenciales, y particularmente en el pronunciamiento antes citado de fecha 5 de abril de 2017<sup>143</sup>, fueron sistematizados unos parámetros mínimos que permiten orientar al juez en la fijación de la cuantía de su indemnización, así:

<sup>143</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

- i) la estimación será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, (muerte o la afectación a la integridad física o psicológica), y proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud;
- ii) la expectativa se cuantificará en términos porcentuales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%;
- iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación<sup>144</sup>;
- iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final;
- v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso, pero si no se puede determinar dicho porcentaje deberá el juez 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<sup>145</sup>, y
- vi) **si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos<sup>146</sup>, en un 50%.**

De acuerdo a las pautas citadas en precedencia sobre la fijación de dicho perjuicio, tenemos que en el asunto *sub lite* no es posible acudir a criterios técnicos y científicos, por cuanto la historia clínica y el dictamen del perito Dr. Yardany Rafael Méndez Fandiño generan certeza sobre la pérdida de oportunidad de recibir un diagnóstico definitivo y un tratamiento médico por la no remisión oportuna a un nivel de mayor complejidad para la realización del examen de aspirado y/o biopsia de médula ósea y manejo integral en la especialidad de hematología, pero no respecto de su *quantum* o porcentaje, procede entonces acudir al principio de equidad como criterio para tasar los perjuicios, y se

<sup>144</sup> Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizara o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: "insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño" GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, "La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

<sup>145</sup> Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

<sup>146</sup> La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGUILLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", Revista Española de Medicina Legal, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

condenará a EMDISALUD EPS al pago del 50% de los perjuicios materiales e inmateriales como se explica más adelante.

A similar conclusión arribó el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 27 de julio de 2017<sup>147</sup>, en un caso de responsabilidad por pérdida de oportunidad, señalando que *"Conforme a lo anterior, no queda duda que elemento cuantitativo al que hace relación la sentencia de 5 de abril de 2017, uf supra citada, no se encuentra presente en este proceso; tampoco existen criterios científicos y/o tecnológicos que permitan a la Sala a establecer criterios para ordenar una indemnización en abstracto; así las cosas, (...) se acudirá al criterio de equidad, y se condenará (...) al pago del 50% de los perjuicios materiales e inmateriales que se encuentren demostrados en este proceso."*

## 6.2. Legitimación en la causa por activa:

Respecto de los demandantes se acreditó su vínculo filial con la víctima, de la siguiente manera:

<b>Demandante</b>	<b>Parentesco</b>	<b>Registro civil</b>
Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra	Hija	Fl. 50
Flor María Sánchez	Madre	Fl. 41
José Melquisedec Sánchez Sánchez	Hermano	Fl. 42
Armando Sánchez	Hermano	Fl. 43
Wladislao Forero Sánchez	Hermano	Fl. 44
Waldina Forero Sánchez	Hermana	Fl. 45
Alberto Forero Sánchez	Hermano	Fl. 46
María Del Carmen Forero Sánchez	Hermana	Fl. 47
Martha Esperanza Forero Sánchez	Hermana	Fl. 48
Francy Milena Forero Sánchez	Hermana	Fl. 49

Establecido lo anterior, procede el Despacho a pronunciarse frente a los perjuicios inmateriales: morales, y materiales: daño emergente y lucro cesante futuro, pretendidos, así:

## 6.3.- Del perjuicio inmaterial:

### ❖ Daño moral:

Se solicita en la demanda, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez, de Ingrid Jasbleidy

<sup>147</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de 27 de julio de 2017. Rad: 1469 3333 002 2012 00009 01. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Sánchez Parra y de Flor María Sánchez, y 50 SMLMV para cada uno de los demás demandantes (fl. 6).

Sobre dicho perjuicio el Consejo de Estado<sup>148</sup> ha indicado que para su acreditación solo basta aportar "*la prueba de parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda.*"

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, se encuentra que los demandantes acreditaron su relación de parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad con el señor Jorge Eduardo Sánchez - víctima directa del daño-, por lo que se presume que se les causó una afectación moral.

Ahora bien en lo que respecta a que se reconozca perjuicios morales a la sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez representada en su hija Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra, se advierte como quiera que en el proceso de la referencia no existe prueba que acredite el inicio de la sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez y no se encuentra acreditada la condición de heredera de la menor Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra, solo se reconocerá perjuicios morales a favor de la sucesión de la víctima<sup>149</sup>.

Pues sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido la procedencia de la indemnización de perjuicios materiales e inmateriales a favor de la masa sucesoral de quienes, en vida, sufrieron un daño -directa o indirectamente- pero que fallecen antes de ejercer o habiendo ejercido su derecho de acción<sup>150</sup>, por ser de contenido económico y transmisible a sus sucesores mortis causa.

Definido lo anterior, es del caso hacer alusión a los criterios de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>151</sup> frente a la indemnización de perjuicios morales en caso de muerte:

*"Para **la reparación del daño 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.*

**Nivel No. 1.** *Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).*

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> Ver Consejo de Estado. SCA., Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 12 de octubre de 2017. Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>150</sup> Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 76001-23-31-000-2006-00487-01(44375). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>151</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp.: 31172. M.P. Olga Melida Valle de Oe la Hoz.

**Nivel No. 2.** Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

**Nivel No. 3.** Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

**Nivel No. 4.** Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

**Nivel No. 5.** Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° 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

*Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.” (Negrilla fuera del texto).*

Así pues, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales se tiene que de los demandantes que se encuentran en grado de parentesco de consanguinidad con la víctima directa, se presume la afectación moral de conformidad con el precedente citado.

Por lo que resultarían a favor de los demandantes las siguientes indemnizaciones:

<b>Demandantes</b>	<b>SMLMV</b>
Sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez (víctima)	100
Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra (hija)	100
Flor María Sánchez (madre)	100
José Melquisedec Sánchez Sánchez (hermano)	50
Armando Sánchez (hermano)	50
Wladislao Forero Sánchez (hermano)	50
Waldina Forero Sánchez (hermana)	50

Alberto Forero Sánchez (hermano)	50
María Del Carmen Forero Sánchez (hermana)	50
Martha Esperanza Forero Sánchez (hermana)	50
Francy Milena Forero Sánchez (hermana)	50

No obstante, considerando que la condena debe proferirse en equidad, de acuerdo con la jurisprudencia en cita corresponde tasar la liquidación del citado perjuicio sobre el porcentaje de (50%) del valor a pagar en el evento en que el daño a indemnizar fuera la muerte, por lo que la demandada deberá pagar a favor de los demandantes las siguientes sumas:

<b><i>Demandantes</i></b>	<b><i>SMLMV</i></b>
Sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez (víctima)	50
Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra (hija)	50
Flor María Sánchez (madre)	50
José Melquisedec Sánchez Sánchez (hermano)	25
Armando Sánchez (hermano)	25
Wladislao Forero Sánchez (hermano)	25
Waldina Forero Sánchez (hermana)	25
Alberto Forero Sánchez (hermano)	25
María Del Carmen Forero Sánchez (hermana)	25
Martha Esperanza Forero Sánchez (hermana)	25
Francy Milena Forero Sánchez (hermana)	25

#### **6.4.- Perjuicios Materiales:**

##### **6.4.1. Daño emergente.**

Se solicita en la demanda se ordene la suma de tres millones de pesos m/cte. (\$3.000.000), que corresponden a los "*Gastos de inhumación del señor JORGE EDUARDO SÁNCHEZ.*" (fl. 6) y a favor de la señora Flor María Sánchez.

En relación con el daño emergente, el Consejo de Estado<sup>152</sup> ha reiterado que **para el reconocimiento de dicho perjuicio es necesario se acredite con cualquier medio de prueba "los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que éstos debieron sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo"**.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior se advierte que la parte demandante no acreditó haber sufrido erogación alguna por éste concepto, pues pese a haber señalado en la demanda que se incurrió en gastos por inhumación, los mismos no fueron acreditados

<sup>152</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01236-01(43622). C.P.: Guillermo Sánchez Luque. Ver también sentencia de la Subsección A de fecha 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 25L 10-23-26-000-2001-01825-02(34349) B. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

probatoriamente, por tal motivo no es procedente reconocer este tipo de perjuicio por falta de prueba.

#### **6.4.2. Lucro cesante.**

Pide la parte actora que se ordene el reconocimiento de dicho concepto a favor de la señora Flor María Sánchez y de la menor Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra en su calidad de madre e hija de la víctima, respectivamente, por razón de la ayuda económica que recibían del señor Jorge Eduardo Sánchez antes de su muerte.

Esta tipología de perjuicio material encuentra su definición en el artículo 1614 del Código Civil, según el cual el lucro cesante es aquella *"ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento."* Sobre el particular, ampliamente ha sostenido el Máximo Órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

*"...queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada<sup>153</sup>. Al respecto esta Corporación ha sostenido:*

*"En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna<sup>154</sup>."*

*Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado."<sup>155</sup>*

*En cualquier caso, la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna, ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos<sup>156</sup>.*

*Puede tratarse también de la pérdida de utilidad que no siendo actual, la simple acreditación de su existencia es suficiente en cuanto a su certeza<sup>157</sup>, lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta (1) las circunstancias del caso en concreto y las "aptitudes" de quien resulta perjudicado, esto es, si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor<sup>158</sup>, o (2) si la misma depende de una contraprestación de la víctima*

<sup>153</sup> Esta Corporación ha sostenido esta idea de lucro cesante. Puede verse, por ejemplo, la sentencia de 6 de febrero de 1986. C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta Rad. 3575, en donde se dijo: "El lucro cesante, [es] entendido como la ganancia o provecho que deja o reportarse a consecuencia del hecho ilícito".

<sup>154</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Exp. 15989. C.P.: Mauricio Fajardo y de 1 de marzo de 2006. Exp. 17256. M.P.: María Elena Gómez Giraldo.

<sup>155</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18008.

<sup>156</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.

<sup>157</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

<sup>158</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido<sup>159</sup> [que puede incluir el reconocimiento de labores no remuneradas domésticas con las que apoyaba a su familia]; (3) puede comprender los ingresos que se deja de percibir por las secuelas soportadas por la víctima<sup>160</sup>; (4) debe existir cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto<sup>161</sup>, pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa<sup>162</sup>; (5) la existencia de la incapacidad no es suficiente para ordenar la indemnización por lucro cesante cuando el lesionado está demostrado que siguió laborando en el mismo oficio que desempeñaba<sup>163</sup>.

El contenido del lucro cesante, tanto consolidado o debido, como futuro o anticipado, debe fundarse en la aplicación por el juez administrativo del principio de equidad<sup>164</sup> [para determinar la proporción y valoración del perjuicio<sup>165</sup>] y del respeto del derecho a la reparación integral<sup>166</sup> constitucional y convencionalmente reconocido [artículos 90 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

(...) En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas<sup>167</sup>; <sup>168</sup>

Precisado lo anterior, es del caso analizar el lucro cesante solicitado por la madre de la víctima y luego el de la hija del occiso, así:

#### - De la madre de la víctima.

En relación al lucro cesante solicitado por el padre con ocasión de la muerte de su hijo, el Consejo de Estado<sup>169</sup> ha precisado que **"En efecto, en relación con el pago de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solicitados con ocasión de la muerte de un hijo, la Sala reconoce dicha indemnización y calcula su monto hasta el momento en que la víctima directa del daño hubiera alcanzado 25 años, pues se infiere que a partir de esta edad las personas deciden formar su propio hogar; no obstante, si el padre o la madre acreditan que dependían económicamente de su hijo, por la imposibilidad de solventarse o valer por sí mismos, dicha**

<sup>159</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

<sup>160</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 1992.

<sup>161</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 22541; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de agosto de 2012, expediente 23691.

<sup>162</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19567.

<sup>163</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente 10605.

<sup>164</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

<sup>165</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 23135; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19959.

<sup>166</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842.

<sup>167</sup> Sobre este punto destaca Henao lo siguiente: "Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto. (...) Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral.". HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 1ª edición, 1998. Págs. 210 y 212.

<sup>168</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de noviembre de 2016. Exp: 76001-23-31-000-1998-01117-01(32863). C.P. Or. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>169</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 19 de julio de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01619-01(48868). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

***indemnización se calcula hasta la vida probable de aquéllos.***  
(Negrilla fuera del texto).

De igual forma la Corporación ha aclarado que para tener por acreditado el apoyo o la dependencia económica de los padres frente a sus hijos mayores de 25 años, **se requiere reunir algunas circunstancias que permitan afirmar tal presunción, como es la necesidad de los padres, su situación de invalidez, la condición de hijo único**<sup>170</sup>.

Para el caso que nos ocupa, se encuentra que el fallecido señor Jorge Eduardo Sánchez para el momento de su muerte contaba con la edad de 46 años (fl. 41), por lo que de acuerdo con la jurisprudencia antes citada se entiende que el occiso había abandonado a sus padres para conformar un nuevo hogar, lo cual en efecto se confirma pues se acreditó que tiene una hija.

Ahora bien, en cuanto a si la señora Flor María Sánchez dependía económicamente de su hijo fallecido, se observa la declaración rendida por señores José Ruperto Olmos Murcia<sup>171</sup> y Zoilo Gabriel Gaitán Arévalo<sup>172</sup> quienes afirmaron que esta dependía económicamente de su hijo y que éste le proveía mercado.

Así las cosas, si bien se afirma con los anteriores testimonios la dependencia económica, también lo es, que dichas pruebas testimoniales no resultan ser conclusivas y suficientes, habida que no se advierte que estuviera en estado de invalidez que le impidiera valerse por sí misma, que estuviera en un estado de necesidad, ni tampoco que la misma dependiera exclusivamente del occiso porque éste fuera su hijo único, sino por el contrario, se encuentra acreditado que el fallecido tiene 8 hermanos (fl. 42-49) los cuales se presumen económicamente activos<sup>173</sup> y sobre las cuales también subsiste la obligación de alimentos frente a su madre. Luego no es factible acceder al perjuicio solicitado por el escaso material probatorio existente sobre el particular.

#### **- De la hija de la víctima.**

Al respecto el Consejo de Estado ha reiterado que "(...) *el reconocimiento de indemnización por lucro cesante resulta procedente para aquellas personas que comprueben que dependen económicamente de la persona fallecida, asimismo, se ha establecido la presunción de que los hijos reciben ayuda económica de los padres hasta que los primeros*

<sup>170</sup> Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 11 de agosto de 1994, expediente: 9546; 8 de septiembre de 1994, expediente: 9407; 16 de junio de 1995, expediente: 9166; 8 de agosto de 2002, expediente: 10952; 20 de febrero de 2003, expediente: 14515; 18 de marzo de 2010, expediente: 17047. Ver también la sentencia del 29 de julio de 2015, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00403-01(26731). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>171</sup> (Min 00:14:35, 00:16:33, 00:19:38)

<sup>172</sup> (Min 00:30:27 33.47 a 35:11)

<sup>173</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 19 de julio de 2017, Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01619-01(48868). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

*cumplan 25 años de edad, pues se ha entendido que a partir de esa edad, los hijos conforman un nuevo hogar lejos de sus padres.”<sup>174</sup>*

Al respecto se encuentra acreditado que Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra para la época de los hechos tenía 10 años de edad (fl. 50) y que según señalaron los señores José Ruperto Olmos Murcia<sup>175</sup> y Zoilo Gabriel Gaitán Arévalo<sup>176</sup>, esta estaba a cargo del occiso en su condición de padre porque su madre había muerto hacia unos años, afirmación esta última que se corrobora del registro de defunción visible a folio 61 del expediente, luego se advierte que dependía económicamente del fallecido y que por tanto le asiste el derecho a ser indemnizada.

Ahora bien en cuanto periodo al indemnizar por lucro cesante futuro, se advierte que si bien es cierto por regla general a los hijos menores de edad se les reconoce hasta que cumplan 25 años de edad, también lo es, que para el caso que nos ocupa hay lugar a efectuar un excepción sobre el particular habida cuenta que se probó que la menor presenta un retardo en su desarrollo psicomotor que le genera un incapacidad permanente parcial estimada en 45%, según dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá (fl. 1005-1007), en el que además se consignó *"Se califica la deficiencia generada por la discapacidad intelectual (...) se realiza calificando rol ocupacional debido a que corresponde a un menor de edad no trabajador, se tiene en cuenta las deficiencias que presenta el paciente de acuerdo a conceptos de Medicina general, certificado de discapacidad, informe de evaluación neuropsicológica y de perfil intelectual de fecha 16 y 18 de marzo de 2018, de igual manera requiere la ayuda de otras personas teniendo en cuenta que ser supervisadas las actividades que realiza, entre las que se encuentran las actividades de la vida diaria AVD y ayuda en la toma de decisiones, así mismo debido a su déficit cognitivo se ve alterado el uso y disfrute del tiempo libre y esparcimiento"* (fl. 1006); por lo cual, se concluye que requiere sostenimiento de manera permanente, luego deberá calcularse hasta la vida probable del fallecido<sup>177</sup> como quiera que hasta ese momento se extendería su colaboración económica.

A efectos de acreditar la actividad económica desarrollada por la víctima al momento de su muerte fueron recaudados los testimonios de los señores Zoilo Gabriel Gaitán Arévalo<sup>178</sup> y José Ruperto Olmos Murcia<sup>179</sup> (fl. 1097-1098) que coincidieron en señalar que el occiso se dedicaba a la agricultura que como contribución recibía jornal diario y además trabajaba en el lote que tenía él.

<sup>174</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 24 de mayo de 2018. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-01129-01(41293). C.P.: María Adriana Marín.

<sup>175</sup> (M in 00:14:35, 00:16:33, 00: 19:38)

<sup>176</sup> (M in 00:30:27 33:47 a 35:11)

<sup>177</sup> Al momento de los hechos tenía 45 años de edad, ver fl. 41 del expediente.

<sup>178</sup> (M in 00:25:27 a 00:29:35)

<sup>179</sup> (M in 00:11:43 a 00:16:33)

Empero, de lo señalado por los testigos no puede darse por acreditado el monto del salario devengado por la señor Jorge Eduardo Sánchez; sin embargo, siguiendo las pautas jurisprudenciales antes referidas, para determinar el perjuicio material correspondiente al lucro cesante se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia, que en la actualidad corresponde a la suma de **\$828.116**, suma a la cual se le incrementará el 25% (**\$207.029**) correspondiente a las prestaciones sociales para un total de **\$1.035.145**, descontando de ésta última otro 25% que corresponde a los de gastos para el propio sostenimiento correspondientes a \$258.786, quedando la base de la liquidación en **\$776.359**.

De la base de liquidación, se **descontará el porcentaje de 50% por tratarse de un caso de pérdida de oportunidad**, es decir que la base de liquidación será entonces de **\$388.179**.

En consecuencia, tal y como lo advierte la jurisprudencia, el lucro cesante ha de calcularse bajo la modalidad de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro; siendo el primero calculado por regla general desde la ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la sentencia, y el segundo, el calculado con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, hasta la fecha de vida probable de la víctima.

Luego la liquidación es la siguiente:

a. Indemnización debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Para aplicar se tiene:

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$388.179
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de ocurrencia del hecho -06 de octubre de 2013- hasta la fecha de la sentencia -31 de octubre de 2019-, esto es, (72,87 meses)
1	=	Es una constante

$$S = \$388.179 \frac{(1 + 0,004867)^{72,87} - 1}{0,004867}$$

$$S = \mathbf{\$33.852.558}$$

b. Indemnización futura o anticipada:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Para aplicar se tiene:

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$388.179.
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día siguiente de la fecha de la sentencia -01 de noviembre de 2019- y el término probable de vida del señor Jorge Eduardo Sánchez <sup>180</sup> , quien era mayor que su hija, esto es, (350,50 meses).
1	=	Es una constante

Así las cosas,

$$S = \$388.179 \frac{(1+0,004867)^{350,50} - 1}{0,004867 (1+0,004867)^{350,50}}$$

$$S = \mathbf{\$65.212.405}$$

De lo anterior se tiene que el monto total por concepto de lucro cesante, es de **noventa y nueve millones sesenta y cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos m/cte. (\$99.064.963)** para la menor Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra.

Finalmente, debe señalarse que en el plenario obra copia de la Resolución No. 016 del 22 de octubre de 2013 "*Audiencia en restablecimiento de derechos -conciliación cuidado y custodia de menor*" (fl. 62-65), por medio de la cual se otorgó a la señora Flor María Sánchez el cuidado y custodia de la menor Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra; no obstante, previo a realizar la entrega de los dineros aquí ordenados en su favor, deberá verificarse documentalmente quién ejerce la patria potestad en la actualidad, y de no ser posible, y con el objeto de proteger los derechos patrimoniales de la menor, poner en conocimiento de la autoridad administrativa competente dicha situación a efectos de que se determine a quién deben ser entregados los dineros en su favor.

## 7.- Costas.

Conforme a lo indicado en el artículo 188 del CPACA<sup>181</sup>, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá

<sup>180</sup> Ver Resolución No. 1555 de 2010 "Por la cual se actualizan las Tablas de Mortalidad de Rentistas Hombres y Mujeres."

<sup>181</sup> ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil

sobre la condena en costas, remitiendo expresamente al Código General del Proceso para efectos de su liquidación y ejecución.

Al efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso<sup>182</sup>, establece que la condena en costas -a la parte vencida- se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Luego, como quiera que se requiere fundamentar la imposición de costas en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en el CPACA, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que están debidamente acreditadas en el plenario con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la parte actora (gastos de notificación – fl. 227) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del reciente criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>183</sup>, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del CGP una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 1887 de 2003.

## 8. De la representación judicial.

Atendiendo a los memoriales visibles a folios 1168 y ss, 1177 y s, 1178 y s, 1180 del expediente, el Despacho reconocerá personería para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada Andrea del Pilar Chona Bolívar en calidad de apoderada judicial de la ESE Hospital San Rafael de Tunja; así mismo, aceptará la renuncia presentada por el abogado Jorge Armando Rubiano Velandia como apoderado judicial de la ESE Centro de Salud Rafael Salgado de Maripi y reconocerá personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias al abogado Darío Efraín Castro Florez en calidad de apoderado judicial de la referida entidad toda vez que se encuentran acreditados los requisitos establecidos en los artículos

<sup>182</sup> ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:  
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

<sup>183</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No.1, exp.150013333013201300095-01, M.P. Fabio Ivan Afanador Garcia; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No.5, exp.150013333013201400123-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No.4, exp.150013333013201300095-01, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

75-76 del CGP y 159-160 del CPACA; finalmente aceptará la renuncia de poder presentada por el abogado Santiago Eduardo Triana Monroy como apoderado judicial de la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá.

De igual forma, se observa que el abogado Jean Arturo Cortes Piraban allega poder que le fue conferido por Luz Marina Estupiñan Mehan quien dice actuar como Gerente de la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá (fl. 1189 y 1190); no obstante, se advierte que con dichos memoriales no se adjuntó copia de los documentos que acreditan la calidad con que actúa quien le otorgó poder para defender los intereses de la Entidad demandada, por consiguiente es del caso abstenerse de reconocerle personería para actuar hasta tanto se subsane dicha falencia.

Para finalizar, obra memorial de renuncia presentado por el abogado Héctor Jaime Fariás Mongua en su calidad de apoderado judicial del Departamento de Boyacá (fl. 1191 y ss) y posterior solicitud de desistimiento de la renuncia en mención (fl. 1194), por lo que en atención a este última comunicación el Despacho se abstendrá de darle trámite a la solicitud deprecada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, según las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a la **EMDISALUD ESS EPS-S** de los perjuicios causados a los demandantes por la pérdida de oportunidad del señor **JORGE EDUARDO SÁNCHEZ** de recibir un diagnóstico definitivo y un tratamiento médico eficaz, por el no traslado a un tercer nivel para la práctica del examen de aspirado y biopsia de médula ósea y un manejo integral en la especialidad de hematología, según lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **EMDISALUD ESS EPS-S**, a pagar, por concepto de **PERJUICIOS MORALES**, las siguientes sumas de dinero:

<b><i>Demandantes</i></b>	<b><i>SMLMV</i></b>
Sucesión del señor Jorge Eduardo Sánchez (víctima)	50
Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra (hija)	50

Flor María Sánchez (madre)	50
José Melquisedec Sánchez Sánchez (hermano)	25
Armando Sánchez (hermano)	25
Wladislao Forero Sánchez (hermano)	25
Waldina Forero Sánchez (hermana)	25
Alberto Forero Sánchez (hermano)	25
María Del Carmen Forero Sánchez (hermana)	25
Martha Esperanza Forero Sánchez (hermana)	25
Francy Milena Forero Sánchez (hermana)	25

**CUARTO: CONDENAR a EMDISALUD ESS EPS-S**, a pagar por concepto de **PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de LUCRO CESANTE**, la siguiente suma:

<i><b>Demandante</b></i>	<i><b>Suma</b></i>
Ingrid Jasbleidy Sánchez Parra (hija)	<b>\$99.064.963</b>

**QUINTO:** Las indemnizaciones reconocidas en favor de la menor **INGRID JASBLEIDY SÁNCHEZ PARRA**, deberán ser entregadas previa verificación de las condiciones referidas en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

**OCTAVO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**NOVENO: RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada Andrea del Pilar Chona Bolívar, portadora de la T.P. No. 151.889, como apoderada judicial de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, en los términos del poder especial obrante a folio 1168 del expediente.

**DÉCIMO: ACEPTAR** la renuncia de poder presentada por el abogado Jorge Armando Rubiano Velandia, como apoderado judicial de la ESE Centro de Salud Rafael Salgado de Maripi (fl. 1177).

**DÉCIMO PRIMERO: RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias al abogado Darío Efraín Castro Florez,

portador de la T.P. No. 96.571 del C.S. de la J., como apoderado judicial de la ESE Centro de Salud Rafael Salgado de Maripi, en los términos del poder especial obrante a folio 1180 del expediente.

**DÉCIMO SEGUNDO: ACEPTAR** la renuncia de poder presentada por el abogado Santiago Eduardo Triana Monroy, como apoderado judicial de la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá (fl. 1178).

**DÉCIMO TERCERO: ABSTENERSE DE RECONOCER** personería el abogado Jean Arturo Cortes Piraban para actuar como apoderado de la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá (fl. 1190), según lo expuesto

**DÉCIMO CUARTO: ABSTENERSE DE ACEPTAR** la renuncia de poder presentada por el abogado Héctor Jaime Farias Mongua, como apoderado judicial del Departamento de Boyacá (fl. 1194), según lo expuesto.

**DÉCIMO QUINTO: NOTIFICAR** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
**JUEZ**

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO	
TUNJA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICÓ POR ESTADO	
No. 054	DE HOY 03/11/2019
SECRETARIO(A)	

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE : MARÍA DE LOS ÁNGELES MORALES DE MARTÍN**  
**DEMANDADO : UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**  
**RADICACIÓN : 150013333011201900122-00**  
**ACCIÓN : EJECUTIVA**

Revisado el expediente, se observa que el proceso de la referencia fue remitido por competencia por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fl. 80); por tanto, procede asumir el conocimiento del proceso de la referencia.

Previo a pronunciarse sobre el mandamiento de pago solicitado en el asunto de la referencia y como quiera que sobre tales sumas corresponde surtir el control oficioso que impone el artículo 430 del CGP, se ordenará oficiar al Área de nómina de la UGPP para que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo del correspondiente oficio, allegue con destino al proceso:

- Copia de la liquidación anexa al acto administrativo Resolución No. RDP 044461 del 28 de octubre de 2015, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación gracia de la accionante, en cumplimiento del fallo proferido el 08 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Deberán discriminarse los conceptos, valores, fechas exactas de pago y de inclusión en nómina.

El incumplimiento del anterior requerimiento, conllevará a hacer uso de la previsión contenida en el artículo 44 del CGP, de conformidad con la cual, el Juez tiene la facultad de sancionar hasta por diez (10) salarios mínimos mensuales a los empleados públicos y los particulares que incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución, así como a la imposición de las sanciones de que trata el artículo 276 ibídem por la demora, renuencia e inexactitud de la información solicitada.

Por lo anterior, el Despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO: AVOCAR** conocimiento del proceso de la referencia.

**SEGUNDO:** Por Secretaría, **OFICIAR**, anexando copia de esta providencia, al **ÁREA DE NÓMINA DE LA UGPP** para que en el término de **DIEZ (10) DÍAS** contados a partir del recibo del oficio correspondiente allegue con destino al proceso:

- Copia de la liquidación anexa al acto administrativo Resolución No. RDP 044461 del 28 de octubre de 2015, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación gracia de la accionante, en cumplimiento del fallo proferido el 08 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Deberán discriminarse los conceptos, valores, fechas exactas de pago y de inclusión en nómina, respecto de la señora **MARÍA DE LOS ÁNGELES MORALES DE MARTÍN** identificada con CC No. 23.693.792.

**TERCERO: ADVERTIR** a la UGPP que el incumplimiento del anterior requerimiento, conllevará a hacer uso de las facultades sancionatorias previstas en los artículos 44 y 276 de la Ley 1564 de 2012, conforme a los motivos expuestos.

**CUARTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte ejecutante el presente auto, de conformidad con el parágrafo del artículo 295 del CGP, así mismo infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la Rama Judicial.

**QUINTO:** Cumplido lo anterior, vuelva el expediente al Despacho para decidir lo que en derecho corresponda.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
-----
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado Nº 051... Hoy 02/11/19 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE: COMPANY MEDIQBOY OC SAS**  
**DEMANDADO: ESE HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA**  
**RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2019 00075 - 00**  
**ACCIÓN EJECUTIVA**

Ingresa al Despacho el expediente de la referencia, con informe secretarial poniendo en conocimiento recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante en contra de la providencia de fecha diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019), que negó el mandamiento de pago ejecutivo.

Se observa que mediante escrito allegado el diecisiete (17) de octubre de los corrientes (fl. 220 ss.) la apoderada de la parte ejecutante interpuso recurso de apelación contra el auto arriba señalado, por medio del cual el Despacho negó librar el mandamiento de pago solicitado (fl. 212-218). Recurso que en los términos de los artículos 321-4<sup>1</sup> y 322-3<sup>2</sup> del CGP, resulta procedente y oportuno. Por lo que se procederá a concederlo en el efecto suspensivo, conforme a lo indicado en el artículo 438 del CGP<sup>3</sup>.

Por lo expuesto, el Despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto de fecha diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

**SEGUNDO: REMITIR** el expediente ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, por intermedio del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos.

**TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, por Secretaría envíese correo electrónico a la apoderada de la parte ejecutante, así mismo, infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la Rama Judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado Nº 059, Hoy 01/11/19 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

<sup>1</sup> "(...) También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: ... 4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo (...)"

<sup>2</sup> "3. En el caso de la apelación contra autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, (...)"

<sup>3</sup> "El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque, lo será en el suspensivo. ..."

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA -ECOVIVIENDA-**  
**DEMANDADO: NACIONAL DE SEGUROS SA COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES**  
**RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2019 00037 - 00**  
**ACCIÓN EJECUTIVA**

Ingresa al Despacho el expediente de la referencia, con informe secretarial poniendo en conocimiento recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la parte ejecutante en contra de la providencia de fecha cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019), que negó el mandamiento de pago ejecutivo.

Sea lo primero, advertir que de conformidad con el artículo 318 del CGP, salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra **autos** proferidos por el juez o magistrado en la respectiva instancia. Y en el caso de los ejecutivos, procede para controvertir los requisitos formales del título o por hechos que configuren excepciones previas- arts. 430 y 442 num.3-.

Respecto del recurso de apelación, el artículo 321 ibídem, determina que procede contra *"4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo"*. Por su parte, el artículo 438 del mismo estatuto, prevé como norma especial que *"El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque, lo será en el suspensivo."*

De lo anterior, sin lugar a equívocos se concluye que contra el auto que niega totalmente el mandamiento de pago, procede el recurso de apelación y no el de reposición, que se torna inadecuado dada la naturaleza de la providencia y las razones que se esgrimen en el recurso. Razón por la cual, el Despacho lo rechazará por improcedente y tramitará el recurso de apelación interpuesto, por ser el que legalmente procede<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Al respecto, señala el parágrafo del artículo 318 del CGP: *"Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente."*

Se observa que mediante escrito allegado el once (11) de octubre de los corrientes (fl. 80 ss.) el apoderado de la parte ejecutante interpuso recurso de apelación contra el auto arriba señalado, por medio del cual el Despacho negó librar el mandamiento de pago solicitado (fl. 74-78). Recurso que en los términos de los artículos 321-4<sup>2</sup> y 322-3<sup>3</sup> del CGP, resulta procedente y oportuno. Por lo que se procederá a concederlo en el efecto suspensivo, conforme a lo indicado en el artículo 438 del CGP<sup>4</sup>.

Por lo expuesto, el Despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO: RECHAZAR** por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra el auto proferido el cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019), por las razones expuestas.

**SEGUNDO: CONCEDER** en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto de fecha cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

**TERCERO: REMITIR** el expediente ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, por intermedio del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos.

**CUARTO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, por Secretaría envíese correo electrónico al apoderado de la parte ejecutante, así mismo, infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la Rama Judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° 054, Hoy 03/11/19 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

<sup>2</sup> "(...) También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: . . . 4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo (...)"

<sup>3</sup> "3. En el caso de la apelación contra autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, (...)"

<sup>4</sup> El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque, lo será en el suspensivo. ."

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE:** ELSA YOLANDA SIERRA SABA  
**DEMANDADO:** NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN  
EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN  
JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA  
SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN  
JUDICIAL DE BOYACÁ  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2019 00190 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO

**I. ASUNTO**

Ingresa el proceso al Despacho, con informe Secretarial en donde señala que el proceso de la referencia fue asignado por reparto (fl. 41), por lo que correspondería decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora ELSA YOLANDA SIERRA SABA, sin embargo la suscrita funcionaria observa la existencia de la causal de impedimento prevista en el numeral 1º del artículo 141 del Código General del Proceso, la cual comprende además a todos Jueces Administrativos del Circuito, por lo que se procede a ordenar la remisión inmediata del expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá para que se surta el trámite previsto en el numeral 2º del artículo 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - C.P.A.C.A., previas las siguientes,

**II. CONSIDERACIONES**

**1) Trámite del impedimento**

En el evento en que el Juez advierta que está incurso en una de las causales de impedimento, deberá seguir el trámite establecido en el artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, así:

**"ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS.** Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior **deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si**

*es o no fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto*

**2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.**" (Negritas del Despacho).

En tal virtud, si el Juez en que concurra el impedimento considera que la causal cobija a todos los Jueces Administrativos del Circuito, deberá remitir el expediente al Tribunal Administrativo correspondiente para la designación del respectivo Conjuez.

## **2) De los impedimentos y recusaciones**

Ha señalado la Corte Constitucional que la administración de justicia se rige bajo la égida de los principios básicos de independencia e imparcialidad, y que estos se garantizan a través de las causales de impedimentos y recusaciones reguladas por el legislador; instrumentos que pueden ser usados por el juzgador y las partes, tal y como lo diferenció la misma Corporación, señalando que *"La Corte diferencia el impedimento de la recusación en que el primero tiene lugar cuando el juez, ex officio, es quien decide abandonar la dirección del proceso, en tanto que el segundo se produce a iniciativa de los sujetos en conflicto, ante la negativa del juez de aceptar su falta de aptitud para presidir y decidir el litigio"*<sup>1</sup>

Frente a la posibilidad que tienen los funcionarios judiciales de invocar las causales de impedimentos o de ser recusados para sustraerse del conocimiento de un determinado asunto, la Corte Constitucional precisó que *"son herramientas orientadas a la protección de principios esenciales de la administración de justicia como la independencia y la imparcialidad del funcionario judicial. Estos atributos en cuanto se dirigen a garantizar el debido proceso, tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Carta y en los principales convenios internacionales sobre Derechos Humanos adoptados por el Estado colombiano, y se convierten en derechos subjetivos del ciudadano"*<sup>2</sup>. Por su parte, en reiterados pronunciamientos<sup>3</sup>, el

<sup>1</sup> Sentencia Corte Constitucional C- 600 de 2011

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>3</sup> Entre otras, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente Dr. Mario Alario Méndez, providencia de 13 de marzo de 1996 expediente AC3299 y Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, providencia de 21 de abril de 2009, No. de Radicación 11001-03-25-000- 2005-00012-01 (IMP).

Consejo de Estado ha enfatizado en que "los impedimentos son instrumentos idóneos establecidos taxativamente por el legislador con el propósito de hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez en la toma de las decisiones judiciales".

De esta forma, el artículo 141 del C.G.P. dispuso dentro de las causales de impedimento de los jueces, la siguiente:

*"Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:*

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

De acuerdo a lo antes expuesto, el Juez que considere que tiene algún interés directo o indirecto en las resultas del proceso debe apartarse del conocimiento del mismo, en aras de proteger la imparcialidad y demás garantías procesales.

### **3) Del impedimento en materia de bonificación judicial**

Al respecto, se debe tener en cuenta que recientemente el H. Tribunal Administrativo de Boyacá rectificó su postura en materia de impedimentos y recusaciones dentro de los procesos que se relacionen con la inclusión como factor salarial de la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013<sup>4</sup>. Para tal efecto, en un asunto de similares contornos indicó:

*"Al respecto ha de señalar la Sala que la recusación formulada en contra de la titular del Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja para conocer del asunto de la referencia y que comprende a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Tunja, se encuentra fundada, teniendo en cuenta que les asiste un interés indirecto en el resultado del proceso, por cuanto la controversia planteada en el asunto de la referencia consiste en el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013 y en consecuencia se pretende la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes, bonificación de la que actualmente son beneficiarios los Jueces del Circuito, es decir, que en su calidad de funcionarios de la Rama Judicial les asiste el mismo interés salarial de los demandantes."<sup>5</sup> (Subrayado del Despacho).*

<sup>4</sup> Autos del 22 de mayo de 2019 dentro de los expedientes No. 150001-33-33-002-2016-00095-01, No. 15001333300220170016001, No. 15001 3333 005 2016 00072-01, No. 15238-33-33-002-2019-00029-01, 15759333300220190002901, No. 15759333300220190003301 entre otros.

<sup>5</sup> Providencia 22 de mayo de 2019 Rad. 150001-33-33-002-2016-00095-01.

Para lo cual, el Tribunal Administrativo de Boyacá hizo referencia pronunciamientos Consejo de Estado de fechas 6 de febrero y 7 de marzo de 2019<sup>6</sup>, concluyendo que en todos los Jueces Administrativos del Circuito de Tunja, radica un interés indirecto, como quiera que el régimen salarial y prestacional que se debate les es aplicable, situación comprometería su imparcialidad.

#### 4) Caso concreto

El presente asunto se adelanta conforme el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentado por la señora ELSA YOLANDA SIERRA SABA a través de apoderada, en la cual pretende se tenga como factor salarial para todos los efectos legales- la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013 (fl. 2-3).

Por lo anterior, se encuentra configurada la causal establecida en el numeral 1 del artículo 131 del C.G.P. antes transcrita, por cuanto la suscrita funcionaria demandó a través de nulidad y restablecimiento del derecho a la Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial bajo el radicado 150013333007201900023 00 correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja tal como se puede corroborar con el Acta Individual de Reparto secuencia 244 de fecha 8 de febrero de 2019 la cual se anexa a la presente decisión; proceso que comprende la misma situación jurídica que se ventila en el *sub lite*, toda vez el derecho reclamado se desprende de la misma situación jurídica creada por el Gobierno Nacional al establecer la bonificación judicial para los servidores públicos a través del Decreto 383 de 2013 en desarrollo de la Ley 4º de 1992.

En ese entendido, la Juez tiene un interés indirecto en el asunto que se va debatir en el expediente de la referencia, esto es, el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional creada por el Decreto 383 de 2013, por cuanto en calidad de servidor público de la Rama Judicial considera que le asiste el derecho a que se liquiden todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la referida bonificación, existiendo identidad con la causa pretendí de la señora ELSA YOLANDA SIERRA SABA, quien actúa como demandante en el presente asunto.

Ahora bien, corresponde al Juez que conoce de la actuación remitir el proceso al superior funcional, toda vez la causal invocada cobija a todos los

---

<sup>6</sup> Radicación número: 54001-33-33-005-2016-00252-01(5156-18). "Precisada lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado declarará fundada el impedimento presentada por las Magistradas del Tribunal Administrativa de Norte de Santander, teniendo en cuenta que les asiste un interés indirecto en los resultados del proceso en la medida que la discusión planteada consiste en el reconocimiento y liquidación de prestaciones con la inclusión del valor pagado como Bonificación por compensación (Decretos 610 de 1998 y 0383 de 2013), es decir, que en su calidad de funcionarias de la Rama Judicial persiguen el mismo interés salarial al de la parte ostra ( )

Jueces Administrativos del Circuito en el entendido de que son beneficiarios de la mencionada bonificación judicial-, para que en esa medida se designe Conjuez con quien se continúe el trámite de la actuación.

Por todo lo anterior, en aras de salvaguardar la probidad e imparcialidad en el trámite del proceso, el Despacho con fundamento en el numeral 1 del artículo 131 del C.P.A.C.A. declarará el respectivo impedimento, y en virtud a que como se expresó en precedencia dicho impedimento cobija a todos los Jueces Administrativos de este Circuito remitirá la actuación al Tribunal Administrativo de Boyacá en aplicación del numeral 2 del artículo 131 del C.P.A.C.A., por intermedio del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad.

En virtud de lo expuesto, el Despacho

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** que en la Juez titular de este Despacho y en los demás Jueces Administrativos del Circuito de Tunja, concurre la causal del impedimento prevista en el numeral 1º del artículo 141 del C.G.P.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de avocar conocimiento del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO:** En firme esta providencia, remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá a través del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, para los efectos indicados en el numeral 2º del artículo 131 del C.P.A.C.A., dejando las anotaciones y constancias de rigor en el sistema Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° 51, Hoy 01/11/19 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL  
Unidad Judicial



ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Página: 1

NUMERO DE RADICACION

150013333007201900023 00

COPIADO DE  
JUZGADO ADMINISTRATIVO DE TUNJA

GRUPO MULTIVALENTIA DERECHO Ajustado libro  
CITACION SECCION 144

FECHA DE REPARTO:  
08/02/2019 05:08:37p.m

JUZGADO 7 ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

CONTRATO: ANIBAL SIMON SANCHEZ PALZ  
CONTRATO: JANNIS FERRO ORTIZ ALVAREZ

PAJE 01  
02

BOGOTÁ D.C. - BOGOTÁ D.C.  
FUNDACION  
CALLE 100

SE  
SE

EMPLAZADO  
ocupa

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE:** JOSÉ WILMAR ARIZMENDI LÓPEZ  
**DEMANDADO:** CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES – CREMIL  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2019 00192 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Realizado el estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el ciudadano **JOSÉ WILMAR ARIZMENDI LÓPEZ** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES – CREMIL**.

**SEGUNDO: TRAMITAR** conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de la **CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES – CREMIL** o a quien este haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

**CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, conforme lo establecen los artículos

197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO:** Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada, durante el término para contestar la demanda, deberá allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos del acto acusado**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

**SÉPTIMO:** Adviértasele a la entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

**OCTAVO:** La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de ocho mil pesos (\$8.000) en la cuenta en la cuenta corriente única nacional nro. **3-082-00-00636-6 del Banco Agrario "CSJ-DERECHOS, ARANCELES, EMOLUMENTOS Y COSTOS - CUN"** (Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019),, y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **CINCO (5) DÍAS** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del C.P.A.C.A. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

**NOVENO: RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogado CARLOS JULIO MORALES PARRA, cédula: 19.293.799 y T.P No.: 109.557 del C. S. de la J., como apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido visto a folio 15.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Círculo Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° 054, Hoy 03/11/19 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE : WILLIAM ALBEIRO RUIZ HIGUERA**  
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**  
**RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201900196-00**  
**MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor WILLIAM ALBEIRO RUIZ HIGUERA quien actúa a través de apoderada judicial, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor **WILLIAM ALBEIRO RUIZ HIGUERA** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: TRAMITAR** conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a quien éste haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

**CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas, durante el término para contestar la demanda, deberán allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos de los actos acusados**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

**SEXTO:** Adviértasele a las entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

**SÉPTIMO:** La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de ocho mil pesos (\$8.000) en la cuenta corriente única nacional nro. **3-082-00-00636-6 del Banco Agrario "CSJ-DERECHOS, ARANCELES, EMOLUMENTOS Y COSTOS - CUN" (Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019)** y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del C.P.A.C.A. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

**OCTAVO: RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada DIANA NOHEMY RIAÑO FLÓREZ, cédula: 1.052.394.116 de Duitama y portadora de la T.P No.: 281.836 del C. S. de la J., como apoderada de la demandante y en los términos del poder obrante a folio 16-17 de la actuación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>OSA</u> , Hoy <u>01/11</u> /2019 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE : SANDRA PATRICIA CORDERO GARCÍA**  
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**  
**RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201900199-00**  
**MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora SANDRA PATRICIA CORDERO GARCÍA quien actúa a través de apoderada judicial, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibidem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibidem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora **SANDRA PATRICIA CORDERO GARCÍA** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: TRAMITAR** conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a quien éste haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

**CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas, durante el término para contestar la demanda, deberán allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos de los actos acusados**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

**SEXTO:** Adviértasele a las entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

**SÉPTIMO:** La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de ocho mil pesos (\$8.000) en la cuenta corriente única nacional nro. **3-082-00-00636-6 del Banco Agrario "CSJ-DERECHOS, ARANCELES, EMOLUMENTOS Y COSTOS - CUN"** (Circular **DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019**) y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del C.P.A.C.A. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

**OCTAVO: RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada DIANA NOHEMY RIAÑO FLÓREZ, cédula: 1.052.394.116 de Duitama y portadora de la T.P No.: 281.836 del C. S. de la J., como apoderada de la demandante y en los términos del poder obrante a folio 16-17 de la actuación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>051</u> , Hoy <u>01/11</u> /2019 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE: CARLOS JULIO CARRANZA ARÉVALO**  
**DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**  
**RADICACIÓN: 150013333011201700067-00**  
**MEDIO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

En virtud del informe secretarial que precede, se observa que el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia de 12 de septiembre de 2019 (fl. 220 s.) confirmó la sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 proferida en primera instancia, excepto el numeral segundo relativo a las costas procesales (fl. 181-187).

Por lo anterior, el Despacho

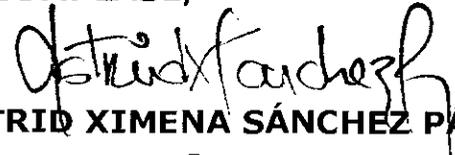
**RESUELVE:**

**PRIMERO: Obedecer y cumplir** lo resuelto por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia de fecha 12 de septiembre de 2019.

**SEGUNDO:** En firme este auto, **por Secretaría** si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado y archívese el expediente dejando las constancias respectivas en el sistema siglo XXI.

**TERCERO:** Notifíquese por estado electrónico a la parte demandante el presente auto, de conformidad con el parágrafo del artículo 295 de la Ley 1564 de 2012, así mismo infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la Rama Judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Círculo Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>OSA</u> , Hoy <u>01/11/19</u> siendo las 8:00 AM.
SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

**DEMANDANTE: COMERCIAL NUTRESA S.A.S.**

**DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO**

**RADICACIÓN: 15001 33 33 011 20180075-00**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A., se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de la referencia.

**ANTECEDENTES:**

**1.- Demanda y tesis de la demandante (fl. 3-10).**

La sociedad COMERCIAL NUTRESA S.A.S, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO.

Solicitó se declare la nulidad de lo siguiente: i) **Resolución No. 000291** del 21 de octubre de 2014 expedida por la Dirección Territorial de Boyacá del Ministerio del Trabajo, a través de la cual se sancionó a la sociedad COMERCIAL NUTRESA S.A.S. con una multa equivalente a 20 SMMLV; ii) **Resolución 000341** del 25 de noviembre de 2014 expedida por la Directora Territorial de Boyacá, por medio de la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00291; iii) **Resolución 4441** del 9 de noviembre de 2017 expedida por el director de riesgos laborales del Ministerio de Trabajo, a través de la cual se desató el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 00291, confirmándola.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad accionada a reintegrar en favor de NUTRESA S.A.S. la suma de \$11.334.000.00, equivalente a 20 SMMLV, que corresponden a la suma que efectivamente pagó la entidad demandante por la multa impuesta; que la suma anterior sea indexada y actualizada conforme al I.P.C., conforme a lo dispuesto por el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Igualmente solicita el pago de perjuicios a título de lucro cesante y daño emergente, estimados en al menos 50 SMMLV, que se condene en costas y agencias en derecho a la NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO.

Como pretensión subsidiaria solicita que en caso de no ordenarse el reintegro de la suma pagada por concepto de multa, se ordene el pago de dicha suma incluida como parte del concepto de daño emergente que se solicita a título de perjuicios.

## **2.- Normas violadas y concepto de violación (fl. 10-24)**

Formuló los siguientes cargos de nulidad:

- Infracción de las normas en relación con la competencia y funciones del Ministerio del trabajo; desviación de las funciones propias de quien profirió el acto; falta de competencia.

Frente a este cargo de nulidad señala como vulnerados, el artículo 208 de la Constitución Política, Decreto 4108 de 2011, artículos 1, 2, 3 y 5 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Considera que los actos acusados trasgreden la Constitución Política, respecto de las competencias y funciones asignadas al Ministerio de Trabajo, señalando que deben efectuarse con estricta sujeción a la Ley, situación de la cual se apartó la entidad convocada, como quiera que extralimitó las funciones expresamente contenidas en el Decreto No. 4108 de 2011, mediante el cual se modificaron los requisitos y la estructura del Ministerio de Trabajo.

Que la referida norma determina las funciones del Ministerio de Trabajo - Dirección de Riesgos Laborales, las cuales no son otras que velar por el cumplimiento de las normas laborales; su función es indicar si se aplica o no la norma, sin entrar en discusión sobre la manera como debería aplicarse, situación de la que se alejó el Ministerio de Trabajo con la expedición de las Resoluciones No. 00291 del 21 de octubre de 2014, No. 00341 del 25 de noviembre de 2014 y 4441 del 9 de noviembre de 2017.

Señala a su vez, que si bien el Ministerio de Trabajo tiene la facultad de sancionar, ello en aras de salvaguardar los derechos laborales, dicha función no puede entenderse como una atribución relacionada con interpretación de normas o solución de conflictos jurídicos, los cuales solo son competencia del juez laboral.

Aduce igualmente que la vinculación de NUTRESA S.A.S. se realizó porque SURA reportó el siniestro del trabajador CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ, situación que no comporta una verificación del cumplimiento de una obligación sino la resolución de un conflicto surgido entre las partes, para

declarar o no derechos, frente a los cuales carece de competencia como lo prevé el artículo 486 del C.S.T. Sostiene que no podría entrar a dar validez o no y mucho menos sancionar por hechos que se deben debatir ante la jurisdicción laboral, más aún cuando se encuentra demostrado que COMERCIAL NUTRESA S.A.S, cumplió con las recomendaciones que se le exigieron, procediendo dentro del término de ejecución y verificación establecido por la Administradora de Riesgos Laborales (diciembre de 2012 -enero de 2013) y hasta la fecha a desplegar las respectivas acciones de cumplimiento (elaboración, divulgación y aplicación), para actividades desarrolladas fuera de la misma, tendientes a la formación, capacitación y bienestar, donde los trabajadores estarían expuestos a riesgos no contemplados en la jornada laboral cotidiana.

Refiere que el Ministerio pretende acusar y sancionar por un presunto incumplimiento que no existe, y que en caso de que se insista que hay lugar a la multa, deberá demostrar que NUTRESA no realizó ninguna capacitación - formación y que el trabajador fallecido no participó dentro de las mismas.

Manifiesta también que se debe dar aplicación al artículo 5 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, modificado por la Ley 1395 de 2010, pues ni la Ley 1437 de 2011, ni el Manual del Inspector establecen la competencia territorial, por lo que considera que le correspondía a la Dirección Territorial de Antioquía conocer del caso, ello de conformidad con la Ley 1564 de 2012 y lo dispuesto por la Subdirección de Inspección del Ministerio de trabajo en memorando No. 170357, así como el Decreto 2143 de 2014 y la Resolución 4283 de 2003.

- Expedición irregular del acto, desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso.

Considera vulnerados el artículo 29 de la Constitución Política, artículos 37, 38, 47, 48, 49 y 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Argumenta que una vez se recibe la queja y de conformidad con el artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el funcionario competente debe organizar en un solo expediente los documentos y diligencias relacionadas con una misma actuación, al cual se le acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, cualquiera otro que se tramite ante la misma autoridad.

Señala que en el presente caso no se comunicó a NUTRESSA S.A la existencia de méritos para iniciar el proceso administrativo sancionatorio, situación que vulneró de manera flagrante el derecho al debido proceso, en la medida que nunca se le comunicó tal situación y la posibilidad que pudiese ser sancionada, procedimiento que adicionalmente se encuentra

estipulado en el Manual del Inspector numeral 2.4, desconociéndose el artículo 29 Superior.

- Expedición irregular del acto, desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso.

Refiere nuevamente en el tercer cargo de nulidad una expedición irregular del acto y desconocimiento de los derechos de defensa y debido proceso, ahora invocando como trasgredidos el artículo 29 de la Constitución Política, artículos 42, 47, 48, 49 y 50 del C.P.A.C.A.

Al respecto se arguye que en el auto de formulación de cargos proferido el 21 de octubre de 2013, se vulneró el debido proceso a la sociedad demandante, en primera medida porque en las consideraciones del auto se presumió el incumplimiento de la parte actora sin siquiera haber iniciado el procedimiento sancionatorio; en ese orden de ideas, en este caso el procedimiento posterior a la formulación de cargos, terminó siendo simplemente un formalismo vacío ya que sin duda el Ministerio del Trabajo había preconcebido la existencia de una responsabilidad en cabeza de NUTRESA, vulnerando de esta forma su debido proceso.

Que la anterior conducta se agrava con otra violación al debido proceso, en cuanto se omitió al momento de imponerle la sanción, aplicar los 8 criterios contemplados en el artículo 50 del C.P.A.C.A, para la graduación de la sanción impuesta, sin que a la fecha NUTRESA conozca las razones por las cuales se determinó que la multa aplicable debería ser de 20 SMMLV, lo que demuestra que aparentemente el único criterio es la arbitrariedad y subjetividad del funcionario que la impuso, pues no aparece en el expediente análisis alguno de la aplicación de criterios, hecho que por sí solo supone una vulneración del derecho de contradicción y defensa pues impide que NUTRESA S.A.S discuta sobre la graduación de la sanción.

Considera a su vez que se incurre en vulneración del debido proceso al desconocer los términos establecidos en los artículos 48 y 49 del C.P.A.C.A, pues de manera inexplicable el Ministerio corrió los términos para la presentación de los alegatos de conclusión el 9 de mayo de 2014, pero sin respetar el término de 30 días establecido en el artículo 49 para la expedición de la decisión definitiva, pues la Resolución No. 000291, solo fue proferida el 21 de octubre de 2014, cuando ya habían transcurrido más de dos meses.

Sostuvo también que en el auto por el cual se formulan cargos a NUTRESA, no evidencia que se haya desarrollado un proceso lógico y jurídico para concluir que la entidad demandante hay incurrido en violación de los presupuestos legales señalados por el Ministerio de Trabajo, máxime cuando se obvió el numeral 2.4 del manual del inspector.

- Expedición irregular del acto; desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso, caducidad de la facultad sancionatoria, pérdida de competencia.

Se invocan como vulnerados el artículo 29 Superior, los artículos 47, 48,49, 50 y 52 del C.P.A.C.A. Desarrolla esta causal de nulidad señalando que el Ministerio de Trabajo decidió los recursos interpuestos contra la resolución que la sancionó, por fuera de los términos establecidos por el legislador, en la medida que la resolución que desató el recurso de apelación debía proferirse en el término de un año contado a partir del 14 de noviembre de 2012, fecha en la que COMERCIAL NUTRESA S.A.S, interpuso los recursos de Ley y como quiera que dicha resolución se profirió el 9 de noviembre de 2017, el Ministerio perdió competencia y en la medida que los mismos no fueron decididos en el término de 1 año, se entienden fallados, a favor de mi representada, tal y como lo dispuso el artículo 52 del C.P.A.C.A.

Que el Ministerio de Trabajo profirió la Resolución No. 4441 el 9 de noviembre de 2017, es decir 2 años y 11 meses, después del día en que sobrevino el término de 1 año establecido dentro del procedimiento sancionatorio. Y en virtud de lo anterior, los recursos presentados por mi representada contra la Resolución No. 00291 del 21 de octubre de 2014, se entienden fallados a favor de COMERCIAL NUTRESA S.A.S, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del C.P.A.C.A.

- Aplicación y apreciación indebida de las normas violadas, con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa en la medida en que el acto administrativo complejo demandado, no tuvo en cuenta todas las pruebas allegadas, no practicó todas las pruebas necesarias y con ello restringió una garantía procesal siendo ello un imperativo, a propósito de los actos que culminan con decisiones definitivas administrativas.

Considera que se le vulneró el debido proceso a la entidad demandante, por cuanto el Ministerio de Trabajo profirió un acto administrativo sin respetar el contenido del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que éste no tuvo en cuenta todas las pruebas allegadas al trámite administrativo y tampoco practicó las pruebas suficientes para adoptar las decisiones.

Adujo a su vez que en ningún aparte de la actuación de la administración que aquí se disiente, se demostró que NUTRESA S.A.S, no cumplió con las normas laborales, pues se relacionó cada uno de los documentos que contenían el cumplimiento a las recomendaciones expedidas por la ARL y la participación activa del señor Carlos Javier Lagos Suarez en las mismas, pruebas que no fueron tenidas en cuenta por el fallador y que resultan atentatorias del derecho a la defensa de la demandante, conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- Aplicación y apreciación indebida de las normas violadas; con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, desconocimiento de las directrices del Ministerio de Trabajo.

Frente a este cargo de nulidad señala como vulnerados los artículos 3 numeral 1 y 5, numeral 8, artículos 40, 41, 42 y 48 de la Ley 1437 de 2011, artículos 29, 229 de la Constitución Política.

Argumenta que es evidente la vulneración de los derechos de defensa y debido proceso de NUTRESA S.A.S, puesto que el Ministerio del Trabajo profirió un acto administrativo sin respetar el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, en la medida en que éste no tuvo en cuenta todas pruebas allegadas en el trámite gubernativo y tampoco practicó las pruebas suficientes para tomar una decisión, desconociendo además las directrices del Ministerio de Trabajo.

Que resulta contradictorio que el Ministerio de Trabajo indique que de la prueba documental allegada se evidencie que la Compañía no “desarrolló” las acciones exigidas y sin embargo, dentro de los argumentos expuestos en la Resolución No. 00291 del 21 de octubre de 2014 en el capítulo VIII indicó: “(...) de acuerdo con el material probatorio, se encuentra por una parte que el 21 de enero de 2013, la ARL SURA realizó visita de seguimiento a la implementación de la recomendación, consignando en el espacio de observaciones lo siguiente: “... las normas y procedimientos ya se realizaron pero están en Medellín (...)”, de manera que no se entiende como el Ministerio señala como argumento de la sanción a imponerse que NUTRESA S.A.S no había desarrollado acción alguna, cuando la misma ARL SURA advierte que sí lo hizo, sin que tenga importancia que las mismas se encuentran en Medellín para trámites de orden interno, el verbo rector impuesto es si se desarrolló o no la exigencia y es claro que en efecto si se hizo por parte de la entidad demandante.

De otra parte, afirma que la Resolución 00291 del 21 de octubre de 2014, no guarda congruencia con el pliego de cargos, pues en el auto de formulación de cargos se indicaba que existía un presunto incumplimiento por parte de NUTRESA, por cuanto no se había dado cumplimiento a las recomendaciones de la ARL SURA, orden que fue confirmada por la ARL al señalar que “...las normas y procedimientos ya se realizaron...”; sin embargo injustificadamente en la resolución que se recurre ahora el Ministerio de Trabajo soporta el supuesto incumplimiento de NUTRESA por cuanto no demostró su aplicación, pese a que obran en la investigación los soportes de la elaboración, divulgación y aplicación de las normas para los trabajadores que estuvieran expuestos a riesgos derivados de traslados dentro de la jornada ordinaria de trabajo, siendo así contradictorio lo expuesto en el auto de formulación de cargos y los argumentos de la resolución que se recurre, existiendo una falta de unidad dentro de los hechos imputados como presunto incumplimiento y los hechos

efectivamente sancionados, situación que además va en contravía del principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

- Aplicación y apreciación indebida de las normas; infracción de las normas en las que se debía fundar el acto administrativo, en la medida en que los funcionarios que expidieron los actos administrativos demandados impusieron una sanción en cabeza de NUTRESA, sin que existiese incumplimiento alguno. Falta motivación del acto demandado al sustentar su decisión en situaciones no demostradas y presumir conducta no acreditadas.

Señala como vulnerados el artículo 29 de la Constitución Política, artículos, 35, 36, 42 y 47 del C.P.A.C.A. Aduce que NUTRESA S.A.S has sido clara en establecer que no existe violación alguna de las normas señaladas por el Ministerio de Trabajo, toda vez que tal como se observó durante la investigación, el Ministerio de Trabajo desestimó el material probatorio allegado por NUTRESA, ignorando la documental que daba cuenta del cumplimiento y seguimiento realizado a las recomendaciones remitidas por la ARL SURA.

**3.- Trámite procesal:** Mediante auto adiado 16 de agosto de 2018 se dispuso admitir la demanda en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO (fl. 123 y vto), ordenando las notificaciones respectivas.

**4.- Contestación y tesis de la Nación - Ministerio del Trabajo (fl. 153-161).**

Manifiesta su oposición a las pretensiones de la demanda, alegando que los actos administrativos fueron proferidos con apego a las competencias atribuidas al Ministerio de Trabajo, cuando se verifica el incumplimiento de los programas de salud ocupacional, las normas en salud ocupacional y las demás obligaciones del empleador, previstas en el sistema general de riesgos laborales.

Refiere también que la imposición de la sanción obedeció a que COMERCIAL NUTRESA S.A.S., no acreditó el cabal cumplimiento de la recomendación emitida por la ARL SURA, como quiera que con posterioridad al evento mortal, no desarrolló dentro del término otorgado para tal fin, la acción prevista en el numeral 5 del artículo 4 de la Resolución 1401 de 2007 y agrega que la graduación de la sanción se realizó conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del Decreto 1295 de 1994 en concordancia con el artículo 50 del C.P.A.C.A; otorgándose las garantías procedimentales y sustanciales mínimas del debido proceso.

Finalmente señala que la pérdida de competencia para ejercer la facultad sancionadora cuando no se deciden los recursos, no opera por el transcurso del tiempo, por lo que al advertir la configuración del silencio

administrativo positivo, el afectado debió protocolizarlo en los términos del artículo 85 del C.P.A.C.A, para que el acto ficto adquiriera firmeza y como quiera que no se acreditó dicha actuación, fue proferida la Resolución No. 0441 de 9 de noviembre de 2017, que fue notificada personalmente y se encuentra debidamente ejecutoriada.

Como excepciones propone: i) inexistencia de la obligación y responsabilidad del Ministerio de Trabajo, ii) legalidad de los actos administrativos por encontrarse ajustados a derecho por gozar de todos los elementos necesarios para su validez y existencia jurídica.

**5.- Alegatos de conclusión:** Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 12 de junio de 2019 (fls. 258 y vto), las partes presentaron sus alegaciones así:

**Parte actora (fls.283-290)**, reitera la postura asumida con la demanda aduciendo que las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo se emitieron con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación y con desviación de las atribuciones propias del Ministerio de Trabajo, en los términos del artículo 137 del C.P.A.C.A.

Insiste en que el Ministerio de Trabajo decidió los recursos interpuestos por NUTRESA S.A.S por fuera de los términos establecidos por el legislador, pues la resolución que desató la apelación debía proferirse en el término de 1 año contado a partir del 14 de noviembre de 2014 (fecha en que se interpuso la apelación) y como quiera que la Resolución se profirió el 9 de noviembre de 2017, el Ministerio perdió la competencia, entendiéndose a su vez que los mismos fueron fallados a favor de NUTRESA S.A.S.

Reitera que existe falta de competencia, pues considera que al no establecerse en la Ley 1437 de 2011, ni en el manual del Inspector lo relacionado con la competencia para asuntos como el de la referencia, debe acudir al artículo 5 del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 1395 de 2010, que determina que debe tenerse en cuenta el domicilio de las partes y que como la compañía acá demandante tiene su domicilio en Medellín, le correspondía a la Dirección Territorial de Antioquia el conocimiento del conflicto, ello atendiendo la Ley 1564 de 2012, el memorando 170357 del Ministerio de Trabajo, el Decreto 2143 de 2014 y la Resolución 4283 de 2003.

Insiste en que en el proceso sancionatorio adelantado contra la demandante no se comunicó la existencia de méritos para iniciar el proceso administrativo sancionatorio contra COMERCIAL NUTRESA S.A.S, situación que vulnera el debido proceso. Reitera que los actos

administrativos fueron expedidos de forma irregular y con infracción del artículo 29 Superior.

**Parte demandada (fls. 262-268)**, se ratifica en los argumentos esgrimidos con la contestación de la demanda, señalando a su vez que no se vulneró el debido proceso de la compañía demandante, pues durante el trámite administrativo sancionatorio no se acreditó el cabal cumplimiento de la recomendación emitida por la ARL SURA, como quiera que con posterioridad al evento mortal, no desarrolló dentro del término otorgado para tal fin, la siguiente acción: establecer normas y procedimientos claros de desplazamiento de los trabajadores a las actividades de capacitación fuera de los sitios y horarios habituales de trabajo, con fecha de ejecución diciembre de 2012 y de verificación enero de 2013.

Lo anterior por cuanto en el expediente no obra prueba alguna que permita evidenciar que a enero de 2013, la investigada COMERCIAL NUTRESA S.A.S hubiera dado cumplimiento a la referida acción, contrario sensu, de acuerdo con el material probatorio que reposa en el plenario, se encuentra por una parte que el día 21 de enero de 2013, la ARL SURA realizó visita de seguimiento a la implementación de la recomendación, consignando en el espacio de observaciones lo siguiente: las normas y procedimientos ya se realizaron, pero están en Medellín para la validación y aprobación final donde se determinará, divulgará y se adoptará. Y por la otra, que mediante correo electrónico del 25 de abril de 2013 enviado por la profesional de dicha ARL, a la COMERCIAL NUTRESA, para esta fecha aún no habían sido aprobadas tales normas y procedimientos para el desplazamiento de los trabajadores a las actividades de capacitación fuera de los sitios y horarios habituales de trabajo: documental que determina que la investigada incumplió la obligación contenida en el artículo 4, numeral 5 de la Resolución No. 1401 de 2007 del Ministerio de la Protección Social.

Aduce que si bien la entidad demandante manifiesta que desde de noviembre de 2012 acató en su totalidad las recomendaciones de la ARL SURA, al implementar las medidas y acciones pertinentes, dentro del término de ejecución y verificación establecido por la ARL (diciembre 2012 a enero 2013) y que desplegó las respectivas acciones de cumplimiento, que el 08 de noviembre de 2012 la jefatura de salud ocupacional de la empresa procedió a elaborar el protocolo de eventos dentro y fuera de la compañía, protocolo que si bien el primer trimestre del año se encontraba en revisión por parte del área asistencial legal, el mismo se encontraba aprobado por la Dirección de calidad y bienestar de vida con anterioridad, concretamente desde enero del 2013, lo cierto es que para el 25 de abril de 2013 tales normas y procedimientos aún no habían sido aprobados por la empresa, lo que se traduce en que si no estaban aprobados los mismos no podían ser aplicados.

Insiste en que COMERCIAL NUTRESA S.A.S, no protocolizó el beneficio del silencio administrativo y agrega que el 1 de diciembre de 2017, se observa la notificación personal a la empresa NUTRESA de la Resolución No. 441 del 9 de noviembre de 2017, donde se evidencia que dicha resolución quedó debidamente ejecutoriada, es decir que se encuentra en firme. Agrega que la demandante perdió la oportunidad de que se aplique el silencio administrativo positivo por falta de protocolización en los términos del artículo 85 del C.P.A.C.A.

**Ministerio Público** no emitió concepto.

## **C O N S I D E R A C I O N E S:**

### **1.- PROBLEMA JURÍDICO:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho:

Determinar si los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 000291 y 000341 de 2014 y 4441 de 2017, mediante los cuales se le impuso a la sociedad actora, la sanción consistente en multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes; fueron expedidos sin competencia y en forma irregular de acuerdo con los fundamentos de los cargos de nulidad formulados en la demanda, esto es, habiéndose surtido el proceso administrativo sancionatorio con desconocimiento de las formas y garantías que comprende el debido proceso y el derecho de defensa. Y en caso de verificarse lo anterior, determinar si procede el restablecimiento e indemnización de perjuicios solicitados.

### **2.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.**

#### **2.1.- Potestad de la administración para sancionar.**

Frente a dicha facultad se ha sostenido que la misma se ejerce bajo la justificación de la protección del orden social general, ello con fundamento en los postulados de los artículos 4 y 95 de la Constitución Política que señalan:

*"Artículo 4. (...) Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."*

*"Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.  
Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.*

(...)” (Subrayas del Despacho)

En atención a ese deber de obediencia que disponen los mentados artículos, se tiene que la potestad sancionatoria de la administración constituye un elemento indispensable dentro del Estado Social de Derecho para la realización de los fines estatales, la titularidad de dicha potestad no solo es de la administración, sino también de los particulares que ejercen funciones administrativas, y por tanto, actúan como autoridades, en ese sentido ha considerado la Corte Constitucional que: *“Por su parte, la potestad sancionatoria administrativa encuentra su razón de ser en la necesidad de asegurar la realización de los fines de la Administración Pública, que se concretan en la satisfacción del interés público, por lo que dicha facultad no está referida de manera exclusiva a las autoridades públicas, entendidas éstas desde el punto de vista orgánico, sino que también puede ser otorgada por la ley a particulares que ejercen funciones administrativas, quienes, tal y como se señaló con anterioridad, para efectos de la realización de dichas tareas actúan como verdaderas autoridades...”*<sup>1</sup>

## **2.2.- Naturaleza, requisitos y límites de la facultad sancionatoria de la Administración.**

Ha sido reiterada la postura jurisprudencial que define la potestad sancionadora de la administración como una manifestación del *ius puniendi* estatal, el cual consiste en la aplicación de medidas represivas por parte de las autoridades administrativas frente a los administrados y a los servidores públicos cuando éstos incurrir en actuaciones que afectan y/o amenazan el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

Sobre la naturaleza jurídica de esta facultad sancionatoria, se ha considerado que si bien la misma tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos protegidos, su aplicación se encuentra sometida a los siguientes principios<sup>3</sup>:

*“(i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley que la regule; es decir, que corresponde sólo al legislador ordinario o extraordinario su definición. (ii) El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción. (iii) El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento, así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv) El principio de*

*proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar. (v) La independencia de la sanción penal; esto significa que la sanción se puede imponer independientemente de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal.”*

En punto de lo anterior, para el caso concreto, se hace necesario precisar que el **principio de legalidad** en términos generales exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma, ello con anterioridad a los hechos materia de la investigación.

En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: **i) material**, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; **ii) formal**, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Ello guarda amplia relación con el postulado del artículo 29 de la Constitución Política que señala “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa...*”, lo que traduce que no existe pena ni sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación- *nulla poena sine lege*.

Y ello es así, pues como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la potestad sancionatoria emerge del principio de legalidad, siendo tal su relevancia que sin una atribución de legalidad previa, la administración carecería de sustento jurídico para actuar, así se ha expuesto por la corporación:

*“(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable.”<sup>4</sup>*

En lo que tiene que ver con el **principio de tipicidad**, se ha dicho que el mismo desarrolla el de legalidad y en virtud de ello le corresponde al legislador definir de manera clara y expresa el acto, hecho u omisión que constituye la conducta que se reprocha por el ordenamiento jurídico, permitiéndole de esta forma a la personas que se dirige la norma conocer de manera previa las consecuencias que conlleva su desconocimiento<sup>5</sup>.

De esta forma la jurisprudencia<sup>6</sup> ha considerado como elementos del principio de tipicidad los siguientes: **i)** que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; **ii)** que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; **iii)** que exista correlación entre la conducta y la sanción.

En armonía con lo expuesto preciso la Corte<sup>7</sup> *"que si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, - con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración."*

En relación con la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado<sup>8</sup>: *"(...) En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas. En consecuencia, a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16).(...)"*

Con lo anterior, se colige que la potestad sancionadora de la administración es lata, amplia, y en virtud de ello es lógico concluir que existen diversas clases de facultades sancionatorias administrativas en nuestro ordenamiento, dentro de las cuales encontramos la potestad sancionatoria disciplinaria cuyo procedimiento está dispuesto en el Código Único Disciplinario, y las referentes al orden social general que operan a través de las atribuciones sancionatorias administrativas cuyo procedimiento, se encuentra regulado en la Ley 1437 de 2011.

---

<sup>6</sup> C/442/2015

<sup>7</sup> Ver cita 8

<sup>8</sup> C-818 de 2005.

### **2.3.- Procedimiento administrativo sancionatorio.**

En este punto debe decirse que antes de entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011, el procedimiento aplicable para cada régimen sancionatorio administrativo se encontraba separado en diferentes procedimientos especiales; de esta forma con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se reglamentó y compendió un procedimiento administrativo sancionatorio en materia administrativa así:

**"ARTÍCULO 47.** *Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

*Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado.*

*Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.*

*Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.*

**PARÁGRAFO.** *Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia".*

En armonía con lo expuesto se ha señalado por la jurisprudencia que el procedimiento administrativo sancionatorio goza de una serie de

características generales a saber<sup>9</sup>: **i)** no se derogan las leyes especiales preexistentes, de forma que las regulaciones especiales continúan rigiendo, **ii)** excluye de su ámbito de aplicación el Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002, y las reglas sancionatorias en materia contractual, **iii)** señala el carácter subsidiario del procedimiento ante la ausencia de ley especial que regule la materia, **iv)** Le da carácter supletorio a este procedimiento frente a los vacíos de los procedimientos especiales, **v)** establece las reglas del procedimiento administrativo sancionatorio, la forma de iniciación de la actuación (de oficio o por solicitud de parte) y las etapas en las que se divide el trámite administrativo (instrucción y juzgamiento), **vi)** señala las formalidades de la expedición y notificación del acto administrativo que constituye el pliego de cargos, **vii)** Hacen parte del pliego de cargos: los hechos que originan la actuación; las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, es decir los sujetos a los que se les imputan los hechos o las conductas no necesariamente son personas físicas; también deben incluirse las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, es decir, unas y otras deben estar establecidas en leyes preexistentes, **viii)** contra el pliego de cargos no contempló la posibilidad de recurso alguno, **ix)** luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad de la defensa del investigado quien puede hacer usos de su derecho de contradicción y por tanto cuestionar las pruebas de la administración así como los elementos fácticos y jurídicos del pliego de cargos, **x)** establece la garantía para el investigado de que al solicitar y aportar nuevas pruebas la administración solo podrá rechazarlas de manera motivada.

El artículo 48 de la Ley 1437 de 2011 establece 2 etapas del proceso sancionador así: **i)** periodo probatorio y **ii)** el traslado al investigado para que presente sus alegatos.

Concluidas las referidas etapas, la autoridad administrativa que adelanta el respectivo proceso sancionatorio deberá adoptar una decisión definitiva, mediante acto administrativo, ya sea exonerando al investigado o sancionándolo, decisión que deberá proferirse dentro de los 30 días siguientes a la presentación de las alegaciones finales, tal decisión deberá contener según el artículo 49 del C.P.A.C.A lo siguiente:

**"Artículo 49.** (...) *El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:*

*1. La individualización de la persona natural ó jurídica a sancionar.*

2. *El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.*
3. *Las normas infringidas con los hechos probados.*
4. *La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.”*

Contra la decisión que se adopte por la administración a nivel sancionatorio, proceden los recursos consagrados en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 y en la oportunidad señalada en el artículo 76 de la norma ibídem que a la letra dispone:

**“ARTÍCULO 74. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.** *Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

1. *El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*
2. *El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*

*No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.*

3. *El de queja, cuando se rechace el de apelación.*

*El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.*

*De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.*

*Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.”*

**“ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN.** *Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.*

*Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene*

*recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.*

*El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.*

*Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios."*

Aquí, cabe resaltar que en la decisión que adopte la administración, se deberán respetar las mismas garantías dispuestas para el pliego de cargos, guardando armonía con las manifestaciones allí expuestas, ello en aplicación y garantía del debido proceso.

De igual forma, se tiene que el procedimiento sancionatorio de la Ley 1437 de 2011, consagra unos criterios que deben adoptarse por la administración, para definir la gravedad de la falta y la dureza de la sanción que se vaya a imponer, así lo estipula el artículo 50 de la norma en cita:

**"ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES.** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:*

- 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
- 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
- 3. Reincidencia en la comisión de la infracción.*
- 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
- 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
- 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
- 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
- 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas."*

Igualmente el C.P.A.C.A establece lo relacionado con la caducidad de la acción y la prescripción de la pena, señalando:

**"ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho*

*acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.”*

#### **2.4.- Principios de la potestad sancionatoria administrativa.**

Hasta antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, la jurisprudencia y la doctrina coincidían en señalar que los procedimientos administrativos sancionatorios estaban limitados y guiados por el artículo 29 de la Constitución Política. De esta forma y en la medida que esta clase de procesos está ínsito el derecho de defensa del investigado, fue de gran importancia para el legislador reiterar e incluir de manera expresa el principio de legalidad de las faltas y sanciones, de la presunción de inocencia, de la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único y la prohibición de imponer doble sanción, como principios propios de desarrollo de las actuaciones sancionatorias<sup>10</sup>, así la Ley 1437 de 2011 en el numeral 1 del artículo dispuso:

**"ARTÍCULO 3º.** *Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. (...)*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem" (Subrayas de Despacho)*

De los principios referidos en la norma citada, debe dársele gran importancia al de legalidad, pues en este se edifica la actuación administrativa sancionatoria, pues en voces de la jurisprudencia otorga a los administrados una doble garantía, a saber<sup>11</sup>: **i)** la primera de carácter

<sup>10</sup> Ítem 9.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS. Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).- Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00392-00. Número interno: 2159.

*materia*, conforme a la cual no puede haber infracción ni sanción administrativa sin que la ley la determine de manera previa (*lex previa*), por lo tanto, no es posible que faltas y sanciones se creen *ex post facto*, *ad hoc* o *ad personam*; lo que a su vez implica que debe haber certeza (*lex certa*) sobre la sanción que se impone en la medida en que así esté contemplado como falta en una norma preexistente al hecho que se imputa, esto descarta la imposición de sanciones por simple analogía; **ii)** la segunda de tipo *formal*, la cual enseña que la falta administrativa define y limita el ámbito de lo lícito, y por otra, la sanción habilita a la administración a operar una privación de bienes y derechos sobre el particular al verificarse la existencia de la infracción, dicha garantía consiste en que la facultad que convalide el ejercicio de la actividad sancionadora, debe atribuirse a través de la ley en sentido formal, es decir que no puede cualquier acto administrativo, o norma de carácter inferior a la ley dar vida jurídica a la facultad sancionatoria ni instrumentalizar los procedimientos administrativos sancionatorios.

## **2.5-. Derecho al debido proceso dentro de la actuación sancionatoria.**

El artículo **29** de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del debido proceso, disponiendo para el efecto que toda actuación se deberá desarrollar con apego al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Sobre el concepto y alcance de este derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional se ha mantenido en señalar que es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, y considerando como elementos del mismo los siguientes: **i)** el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; **ii)** el derecho al juez natural; **iii)** el derecho a la defensa; **iv)** el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; **v)** el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.<sup>12</sup>

En consonancia con lo anterior, debe decirse que las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diferentes, y en virtud de ello, en las actuaciones administrativas se deben tener en cuenta 3 momentos: **i)** en la formación de la decisión administrativa -*acto administrativo*; **ii)** en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y **iii)** en la impugnación de la decisión que se traduce en la interposición de recursos<sup>13</sup>.

Como corolario se tiene entonces que el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración requerirá siempre de: **i)** una ley previa

que determine los supuestos que dan lugar a la sanción de la conducta reprochable; **ii)** que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, para asegurar de esta forma al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto; y **iii)** que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente y aplicable al caso concreto, ello en aras de garantizar en forma plena el debido proceso.

### **3.- CASO CONCRETO:**

Memora el Despacho que la parte actora pretende la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 00291 del 21 de octubre de 2014, 00341 del 25 de noviembre de 2014 y 4441 del 9 de noviembre de 2017, mediante los cuales se le impuso a la entidad accionante multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, esto es, por valor de \$11.334.000; considerando que en dicho proceso sancionatorio se configuró falta de competencia y desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la defensa y audiencia.

De conformidad con lo expuesto procederá el Despacho analizar los cargos de nulidad de cara al material probatorio obrante en el plenario, siguiendo al efecto el siguiente orden:

#### **3.1.- De la competencia del Ministerio de Trabajo para proferir los actos acusados.**

Sostiene la parte actora que el Ministerio de Trabajo vulneró el artículo 208 Superior, que establece lo relacionado con las competencias y funciones asignadas a dicha corporación, pues en su sentir desconoció de manera específica lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto 4108 de 2011, que establece las funciones de la dirección de riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo, según las cuales le corresponde únicamente velar por el cumplimiento de las normas laborales, sin que pueda entrar a interpretar o darle alcance a ninguna norma laboral, por lo que considera que el presente caso no comporta una verificación del cumplimiento de una obligación sino la resolución de un conflicto surgido entre las partes, para declarar o no derechos frente a los cuales el Ministerio carece de competencia de conformidad con el artículo 486 del C.S.T.

Agrega que existe falta de competencia territorial en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por la Ley 1395 de 2010, por lo que correspondía a la Dirección Territorial de Antioquia por ser la Dirección Territorial del domicilio principal del querellado.

Al respecto, señala el Despacho que la facultad sancionatoria concedida a los funcionarios del Ministerio del Trabajo, está contenida en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone:

**"Artículo 486. ATRIBUCIONES Y SANCIONES.** <Artículo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean conveniente para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.

Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tendrán las mismas facultades previstas en el presente numeral respecto de trabajadores, directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, siempre y cuando medie solicitud de parte del sindicato y/o de las organizaciones de segundo y tercer grado a las cuales se encuentra afiliada la organización sindical.

2. <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

*La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias.*

*3. Las resoluciones de multas que impongan los funcionarios del Ministerio del Trabajo prestarán mérito ejecutivo. De estas ejecuciones conocerán los jueces del trabajo conforme al procedimiento especial de que trata el capítulo 16 del Código de Procedimiento del Trabajo.*

Conforme a lo expuesto le compete al Ministerio del Trabajo ejercer las funciones de vigilancia y control en aspectos concretos, imponiendo las sanciones correspondientes, teniendo como prohibición declarar derechos individuales y definir controversias cuya decisión esté atribuida a los operadores judiciales.

En armonía con lo expuesto, se tiene que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, fija la competencia general de la jurisdicción ordinaria laboral, disponiendo para el efecto:

**“ARTICULO 2. COMPETENCIA GENERAL.** *La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laborales y de seguridad social conoce de:*

**1.** *Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.*

**2.** *Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.*

**3.** *La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.*

**4.** *<Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.*

**5.** *La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.*

**6.** *Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.*

**7.** *La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994.*

**8.** *El recurso de anulación de laudos arbitrales.*

**9.** *El recurso de revisión.*

**10.** *<Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1210 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo."*

En punto de lo anterior, cabe precisar que de tiempo atrás, el Consejo de Estado había enfatizado en la competencia propia del Juez laboral y la del Ministerio de Trabajo al señalar que<sup>14</sup>:

*"...La jurisprudencia de la Sección Segunda ha arrojado muchas luces sobre la diferencia que debe existir entre la competencia que ejercen los jueces laborales y la de los funcionarios administrativos, cuando en una providencia se expresó en los siguientes términos: 'Es nítida y tajante la línea que separa las competencias de la jurisdicción ordinaria del trabajo y de los funcionarios administrativos. La primera tiene a su cargo el juzgamiento y decisión de los conflictos jurídicos mediante juicios de valor que califiquen el derecho de las partes; los segundos ejercen funciones de policía Administrativa para la vigilancia y control del cumplimiento de las normas sociales, control que se refiere a situaciones objetivas y que no implica en ninguna circunstancia función jurisdiccional. Para la efectividad de sus labores estos funcionarios están autorizados para imponer multas, pero todo dentro de la órbita de su competencia" (sentencia 1º de diciembre de 1980)."*

Con fundamento en lo anterior, logra deducirse que al Juez laboral le corresponde efectuar los juicios de valor para la resolución de los conflictos jurídicos, mientras que las funciones del Ministerio del Trabajo se refieren a situaciones puramente objetivas.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el Decreto 4108 de 2011, "por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo", consagró que además de las funciones que determinan la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, le correspondería al Ministerio de Trabajo lo siguiente:

*(...) 10. Fijar las directrices para realizar la vigilancia y control de las acciones de prevención de riesgos profesionales en la aplicación de los programas permanentes de salud ocupacional.*

*14. Ejercer, en el marco de sus competencias, la prevención, inspección, control y vigilancia del cumplimiento de las normas sustantivas y procedimentales en materia de trabajo y empleo, e imponer las sanciones establecidas en el régimen legal vigente.*

*(...)*

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Auto de 01 de agosto de 1996. Rad. 13790.

Así entonces, resulta claro para el Despacho que las funciones dispuestas en la norma ibídem, acompañadas con las atribuciones del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo y el Código de Procedimiento del Trabajo, encuadran dentro del caso sub-judice, por ende no encuentra esta instancia judicial que se excedan las órbitas de competencia legal.

Es así que en la Resolución 00291 del 21 de octubre de 2014 por medio de la cual se resolvió el proceso administrativo en contra de la compañía demandante se adujo:

*" ... La directora territorial de Boyacá*

*En uso de sus atribuciones legales y especial las conferidas en el Decreto 4108 de 2011 y la Resolución No. 02143 de mayo de 2014 proferida por el señor Ministro de Trabajo...*

*ANTECEDENTES*

*Que fue radicado bajo el No. 3506 del 27 de noviembre de 2012, por parte de... Gerente Técnico -Regional Centro de la ARP SURA, el oficio No. CE 201241019735094117208 de 23 de noviembre de 2012, el reporte del accidente mortal de trabajo sufrido por el señor CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ (q.e.p.d), el día 6 de octubre de 2012, quien trabajaba para la empresa COMERCIAL NUTRESA S.A.S...*

*Que mediante auto No. 680 de 29 de noviembre de 2012, la directora territorial de la época, avoca conocimiento del oficio allegado por la ARP SURA y referido en el numeral anterior, ordena apertura de la investigación a la empresa COMERCIAL NUTRESA S.A.S y comisiona para el adelantamiento de la investigación a la doctora... Inspectora de Trabajo de Tunja...*

*Que por memorando...de 18 de febrero de 2013, la funcionaria comisionada hace devolución del expediente, a fin que sea subsanada la actuación, teniendo en cuenta que la investigación inició en vigencia de la Ley 1437 de 2011...*

*Que a través de auto No. 073 de 28 de febrero de 2013, la Directora Territorial (e), de la época, subsana lo actuado, ordenando adelantar el procedimiento administrativo establecido en la Ley 1437 de 2011 en contra de la COMERCIAL NUTRESA S.A.S por presunta transgresión al Sistema General de Riesgos Laborales, en especial a los preceptos establecidos por los literales c, d y g del artículo 21 del Decreto ley 1295 de 1994, en concordancia con el artículo 28 del Decreto 614 de 1984, las resoluciones Ministeriales... ordena la práctica pruebas, fija un término de 20 días para el adelantamiento de la averiguación preliminar y finalmente ordena comunicar a las partes el contenido de dicho proveído...*

*El cargo endilgado a la empresa COMERCIAL NUTRESA S.A.S es:*

*Presunta violación a la siguiente norma:*

*Artículo 4, numeral 5º de la Resolución 1401 de 2007...:*

*"5. Implementar las medidas y acciones correctivas que como producto de la investigación, recomienden el Comité paritario de Salud ocupacional ... las autoridades administrativas laborales y ambientales, así como la Administradora de Riesgos Profesionales a la que se encuentre afiliado el empleador, la empresa de servicios temporales, los trabajadores independientes o los organismos de trabajo asociado, según sea el caso..." (fl.30) (Subrayas del Despacho)*

Con lo anterior, encuentra el Despacho que el asunto objeto del proceso sancionatorio claramente se encuentra dentro de la órbita de competencia del Ministerio pues tal y como se deduce de la resolución que impuso la sanción, el cargo endilgado a la COMERCIAL NUTRESA corresponde al desconocimiento de una norma contenida en la Resolución 1401 de 2007, sin que se trate de un conflicto originado de un contrato de trabajo, ni tampoco como lo expresa la parte actora que pretenda dar alcance e interpretar una norma laboral, pues claramente en su función específica de velar por el cumplimiento de las normas laborales, debe ejercer todas los medios y acciones que estén a su alcance para lograr tal cometido; de allí que si está ante el desconocimiento de una norma de carácter laboral, puede válidamente imponer las sanciones a que haya lugar, previo el procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011, a la entidad que esté incumpliendo la normatividad respectiva, para salvaguardar de esta forma el cumplimiento de las normas laborales.

De esta manera, para el Despacho es claro que el Ministerio del Trabajo al momento de imponer la sanción, tenía la competencia para adelantar y resolver la controversia suscitada respecto del procedimiento sancionatorio seguido contra la COMERCIAL NUTRESA, pues se trataba de analizar los supuestos fácticos que dieron origen a la investigación y efectuar un cotejo de estos con las normas alegadas como infringidas, más no de dirimir un conflicto respecto de un contrato de trabajo.

De otra parte y en relación con la **falta de competencia territorial** alegada por el extremo demandante ha de decirse que según la documental aportada los hechos ocurrieron en el Municipio de Cóbbita - Boyacá, tal y como se desprende de las siguientes pruebas:

- Informe de Policía de Tránsito No. C.1098814 del 6 de octubre de 2012, en donde se consignó que el accidente de tránsito sufrido por el señor CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ, tuvo ocurrencia en el municipio de Cóbbita Boyacá en el sector conocido como el alto del moral a la hora de las 19:30 de la tarde, y teniéndose como hora de levantamiento las 19:45 p.m, documento en el que también consta que la víctima conducía una moto roja marca Honda la cual quedó a disposición de la Fiscalía de Cóbbita. (fl.133 CD. -carpeta 1)

- Auto No.680 del 29 de noviembre de 2012, por medio del cual atendiendo al oficio CE201241019735-094117208 del 23 de noviembre de 2012 presentado por la gerente Técnica Regional de la ARP SURA por medio del cual reporta accidente de trabajo mortal ocurrido al señor CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ, avocó conocimiento y comisionó al Inspector de Trabajo de Tunja para que adelantara investigación administrativa laboral de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1562 del 11 de julio de 2012, contra la COMERCIAL NUTRESA con domicilio en Bogotá, otorgándole el término de 30 días para que rindiera el informe. (fl 133 C.D carpeta 1)

Aunado a lo anterior, se debe precisar que de conformidad el artículo 115 del Decreto extraordinario 2150 de 1995 se tiene que:

**"ARTÍCULO 115. COMPETENCIA PARA SANCIONES.** *El inciso primero del artículo 91 del Decreto ley 1295 de 1994, quedará así: "ARTÍCULO 91. Le corresponde a los directores regionales y seccionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social imponer las sanciones establecidas a continuación, frente a las cuales opera el recurso de apelación ante el Director Técnico de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social."*

Es decir que los directores regionales y seccionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tienen la facultad expresa para imponer sanciones en los casos establecidos en la Ley dentro de los cuales se encuentra:

**"a) para el empleador**

*(...)2. <Numeral modificado por el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El incumplimiento de los programas de salud ocupacional, las normas en salud ocupacional y aquellas obligaciones propias del empleador, previstas en el Sistema General de Riesgos Laborales, acarreará multa de hasta quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, graduales de acuerdo a la gravedad de la infracción y previo cumplimiento del debido proceso destinados al Fondo de Riesgos Laborales. En caso de reincidencia en tales conductas o por incumplimiento de los correctivos que deban adoptarse, formulados por la Entidad Administradora de Riesgos Laborales o el Ministerio de Trabajo debidamente demostrados, se podrá ordenar la suspensión de actividades hasta por un término de ciento veinte (120) días o cierre definitivo de la empresa por parte de las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo, garantizando el debido proceso, de conformidad con el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 en el tema de sanciones (...)"*

Bajo ese entendido, la Dirección Territorial de Boyacá del Ministerio de Trabajo, tenía la competencia para conocer y resolver -previa instrucción del inspector de trabajo- las investigaciones administrativas por riesgos laborales y salud ocupacional (hoy seguridad y salud en el trabajo), e imponer las sanciones que conforme al artículo 91 de Decreto 1295 de 1995 y el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 se configuren por el incumplimiento a las disposiciones generales sobre el Sistema General de Riesgos Laborales ocurridos dentro de su jurisdicción, como en efecto se aconteció en el sub-judice, pues como quedó acreditado, los hechos en que el señor CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ perdió la vida tuvieron ocurrencia en el Municipio de Cómbita - Boyacá, por lo que correspondía a la Dirección Territorial del departamento asumir su conocimiento, motivo por el cual la presunta falta de competencia territorial alegada por la entidad demandante no se configura.

### **3.2.- De la expedición irregular del acto - Vulneración del derecho al debido proceso.**

Fundamenta la entidad demandada esta causal, en el hecho de que la entidad accionada desconoció el debido proceso al omitir la comunicación de que trata el artículo 47 del C.P.A.C.A, pues según su dicho la entidad accionada debía una vez acreditada la existencia de hechos para adelantar el procedimiento sancionatorio, comunicarle al interesado.

Al respecto se tiene que conforme al mandato del artículo 4º del C.P.A.C.A los mecanismos a través de los cuales se puede dar inicio a las actuaciones administrativas son:

- "ARTÍCULO 4o.** *Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:*
- 1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.*
  - 2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.*
  - 3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.*
  - 4. Por las autoridades, oficiosamente."*

De lo anterior, se colige que las actuaciones administrativas pueden iniciarse de oficio o con fundamento en la solicitud efectuada por un ciudadano en interés particular, general o en cumplimiento de un deber legal, ello en armonía con lo dispuesto por la Ley 1755 de 2015, que regula lo referente al derecho de petición, de manera escrita o verbal.

El artículo 47 la Ley 1437 de 2011, reitera lo anterior y alude al proceso administrativo sancionatorio disponiendo:

**"ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.** *Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código*

*Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

*Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.*

*Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.*

**PARÁGRAFO.** *Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.” (Subrayas del Despacho)*

De la norma trascrita se desprende que si bien el C.P.A.C.A, establece lo relacionado con las averiguaciones preliminares, en la misma no se establecen términos para su realización ni tampoco se fijan las actividades que deben realizarse en dicha etapa, circunstancia que hace deducir que la mentada etapa o fase de averiguación preliminar hace referencia a una potestad de la administración para establecer los hechos y circunstancias de la denuncia o informe puesto en su conocimiento para determinar si es procedente o meritorio dar inicio a un procedimiento de índole sancionatorio.

Es decir que esta etapa de averiguación preliminar es facultativa y en caso de adelantarse deberá la administración proferir acto administrativo formulando pliego de cargos o archivando la actuación, de manera tal que en los procesos sancionatorios como el que nos ocupa la mentada etapa no se encuentra regulada como sí ocurre en el proceso disciplinario o de responsabilidad fiscal, de allí que no pueda frente a la misma predicarse o mejor exigirse de manera extrema el cumplimiento de ritualismos que la misma ley no prevé.

Luego, en el proceso sancionatorio adelantado por la Territorial Boyacá del Ministerio de Trabajo contra NUTRESA se efectuaron las siguientes actuaciones previas a la investigación:

- Mediante **oficio No. 3506 del 27 de noviembre de 2011** se radicó ante la dirección territorial de Boyacá del Ministerio de Trabajo, informe del 23 de noviembre de 2012, suscrito por la gente técnica regional del centro ARP SURA, sobre el accidente mortal de trabajo sufrido por el señor CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ, quien trabajaba para la empresa NUTRESA. (fl. 133 C.D carpeta 1)
- Por **Auto 680 del 29 de noviembre de 2012**, la Dirección Territorial de Boyacá del Ministerio de Trabajo, avocó conocimiento del informe rendido por la ARL y ordenó la apertura de investigación preliminar en contra de la COMERCIAL NUTRESA S.A.S, comisionando para el efecto a la Inspectora de Trabajo No. 5 de Tunja para efectuar la correspondiente investigación preliminar. (Fl. 133 C.D carpeta 1)
- Que por **Auto 073 del 28 de febrero de 2013**, la Directora Territorial de Boyacá subsana la actuación y ordena adelantar la investigación con base en lo dispuesto en el C.P.A.C.A, ordenando adelantar la respectiva investigación preliminar contra NUTRESA S.A.S., por la presunta vulneración del sistema general de riesgos laborales, también ordena la práctica de pruebas. (fl. 133 C.D carpeta 2)
- Según **Oficio 14315-668 del 16 de abril de 2013**, la Inspectora 5 de trabajo se dirige al gerente de la compañía NUTRESA S.A.S, comunicándole que mediante auto 167 del 15 de abril de 2013 se había dado inicio a la averiguación preliminar en contra de dicha empresa y solicitándole una serie de documentos, el cual tiene constancia de recibido del 23 de abril de 2013 (fl. 13 C.D-carpeta 1)
- **Oficio del 13 de mayo de 2013**, por medio del cual la COMERCIAL NUTRESA contesta el requerimiento efectuado por la Inspectora 5 de trabajo y allega la documentación requerida (fl. 133 C.D carpeta 1)
- **Informe comisión de la averiguación preliminar 3506** del 27 de noviembre de 2012 por el accidente mortal de trabajo en contra de la COMERCIAL NUTRESA, de fecha 26 de septiembre de 2013, por medio del cual la inspectora quinta de trabajo concluye que hay mérito para investigar a la entidad demandante. (fl. 133 CD- carpeta 2)

Con lo anterior se logra establecer que al momento de comisionarse a la inspectora No. 5 de Trabajo para la averiguación preliminar, se le comunicó a NUTRESA S.A, mediante oficio 14315-668 del 16 de abril de 2013 que se daría inicio a dicha averiguación, es decir que la COMPAÑÍA demandada conoció que el MINISTERIO DE TRABAJO daría inicio a la averiguación previa para determinar si procedía o no la formulación de cargos.

Al respecto debe decirse también la misma norma la que prevé que en el evento de concluirse de la averiguación preliminar que existe mérito para

iniciar investigación sancionatoria se deberá formular pliego de cargos en el que se identificará al presunto infractor, los hechos y el cual deberá ser notificado de forma personal al implicado, ello en voces del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 ibídem. Con ello, la comunicación a la que alude el inciso 2 del citado artículo 47, constituye un acto de trámite, mientras que la notificación del auto que formula pliego de cargos sí se erige como obligatoria, y no es para menos pues claramente se trata de la decisión que está vinculando de manera formal al implicado en un proceso sancionatorio, en donde deben garantizarse sus derechos de defensa y contradicción.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que la etapa de averiguación preliminar del proceso sancionatorio, surge de la facultad ínsita de vigilancia y control que ostenta el Ministerio de Trabajo a través de sus inspectores, de allí que para el presente caso se hubiera comisionado a la Inspectora 5 de Trabajo para hacer la averiguación preliminar respectiva en relación con el accidente mortal de trabajo del señor CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ. Es decir que tales averiguaciones no son más que antecedente del proceso, que permiten adelantar una investigación sancionatoria o determinan que no hay mérito para ello.

Con todo, cabe resaltar que es entonces con la formulación de cargos cuando se inicia formalmente el procedimiento sancionatorio y que es allí en donde debe señalarse al implicado tal y como dispone la norma ibídem, los hechos, las razones y la normas presuntamente incumplidas, pues es con base en ello que la parte vinculada va a edificar su defensa y consecuentemente a presentar sus descargos, para el caso concreto tenemos que fue así como se surtió la actuación desde el momento en que se decidió formular cargos respecto de la COMPAÑÍA NUTRESA S.A.S:

- ✓ Con **auto 831 del 21 de octubre de 2013** por medio del cual la Directora Territorial de Boyacá del Ministerio de Trabajo formula cargos en contra de la COMPAÑÍA NUTRESA
- ✓ Mediante **oficio 7015001-2609 del 23 de octubre de 2013**, por medio del cual se notifica al representante legal de la empresa NUTRESA sobre el auto de formulación de cargos en su contra para que ejerza su derecho de defensa y contradicción. (fl. 133 CD- carpeta 2)
- ✓ Se surtió **notificación por aviso del auto 831 del 23 de octubre de 2013** (fl.133 CD-carpeta 2)
- ✓ Con **oficio 7015001-2669 del 31 de octubre de 2013**, por medio del cual se le envía al representante legal de NUTRESA S.A.S copia del aviso por medio del cual se notifica el auto 831 del 21 de octubre de 2013 a través del cual se formuló cargos en contra de la compañía

adjuntándose copia de la respectiva providencia, con fecha de recibido del 12 de noviembre de 2013 (fl.133 C.D carpeta2)

- ✓ Mediante **Oficio 7015001-2810 del 18 de noviembre de 2013**, por medio del cual se cita al representante legal de NUTRESA para notificarle el contenido del auto 831 del 21 de octubre de 2013 por medio del cual se formulan cargos en su contra. (fl.133 C.D carpeta 2)
- ✓ Se realizó **notificación por aviso el 26 de noviembre de 2013**, del auto 831 del 21 de octubre de 2013 por medio del cual se formula cargos en contra de NUTRESA S.A.S. (fl. 133 C.D carpeta 2)
- ✓ Escrito de fecha 19 de diciembre de 2013, por medio del cual la COMPAÑÍA NUTRESA S.A.S presenta **descargos** frente al auto 831 de 21 de octubre de 2013 (fl. 133 C.D- carpeta 2)

Lo anterior sustenta que dentro del procedimiento sancionatorio adelantado por la Dirección Territorial de Boyacá-Ministerio de Trabajo contra la COMPAÑÍA NUTRESA no se vulneró el debido proceso pues se le notificó en debida forma el inicio de la actuación, señalándose los hechos y normas presuntamente incumplidas y otorgándose el término correspondiente para presentar sus descargos como en efecto se hizo (fl. 133 C.D. carpeta 2).

Hasta aquí no logra el Despacho determinar que se configura la causal de nulidad invocada por el accionante, fundamentada en la omisión de comunicarle que según el resultado del averiguación preliminar que daría inicio a la investigación, pues como se explicó en líneas anteriores dicha comunicación hace referencia a un acto de trámite que no es de obligatoria exigencia ni ritualidad pues se trata de una etapa previa en donde puede abrirse o no el procedimiento disciplinario. Y que en el evento en que se amerite dar inicio al procedimiento sancionatorio lo que se deberá hacer la administración según el contenido del artículo 47 del C.P.A.C.A, es formular cargos, notificando de manera personal la decisión, como ocurrió en el presente caso; de allí que la inconformidad expuesta por la parte actora en ese sentido no está llamada a prosperar.

### **3.3.- Del desconocimiento de los criterios contenidos en el artículo 50 del CPACA - Vulneración del derecho de defensa y debido proceso.**

Argumenta la COMPAÑÍA demandante que con el acto de formulación de cargos, proferido del 21 de octubre de 2013 se vulneró el debido proceso por afirmar de entrada que NUTRESA había incumplido la recomendación impartida por la ARL SURA, lo que a su juicio implica que la administración ya había presumido la responsabilidad de la demandante. Agrega también que se incumplieron los 8 criterios de graduación consagrados en el

artículo 50 del C.P.A.C.A, pues a la fecha la compañía demandante desconoce las razones por las cuales se le había condenado con multa de 20 SMMLV. Señala a su vez que no se respetaron los términos de los artículos 48 y 49 de la Ley 1437 de 2011 para correr traslado de alegatos de conclusión y dictar la decisión definitiva.

En relación con el primer argumento, debe decirse que no se avizora vulneración o trasgresión del debido proceso pues si bien como lo afirma la parte actora, en la resolución que se formuló cargos se manifestó que NUTRESA había incumplido la recomendación de la ARL, ello no constituye una vulneración del debido proceso, sino que obedece a lo ordenado por el propio artículo 47 del C.P.A.C.A que se señala que dentro del auto que formule cargos se deberá señalar "con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes...". Es decir que deberá manifestarse en la formulación de cargos los hechos y las normas incumplidas, para que el implicado conozca a plenitud las razones por las cuales se le está vinculando y pueda ejercer a cabalidad su derecho de defensa y contradicción, sin que ello implique una vulneración del derecho al debido proceso, pues no se le está cercenando su derecho de contradicción ni omitiendo etapas para que el mismo sea ejercido de manera íntegra.

Pasando al segundo argumento de inconformidad según el cual no se tuvieron en cuenta los criterios del artículo 50 del C.P.A.C.A, aludiendo para el efecto que a la fecha la entidad demandante desconoce las razones por las cuales fue sancionada en cuantía de 20 SMMLV, considera este Despacho que el mismo carece de fundamento pues en la Resolución 0291 del 21 de octubre de 2014 por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo adelantado en contra de NUTRESA, señaló en su parte final:

**"Artículo 13. Sanciones.** Modifíquese el numeral 2, literal a), del artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994, de la siguiente manera: *El incumplimiento de los programas de salud ocupacional, las normas en salud ocupacional y aquellas obligaciones propias del empleador, previstas en el Sistema General de Riesgos Laborales, acarreará multa de hasta quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, graduales de acuerdo a la gravedad de la infracción y previo cumplimiento del debido proceso destinados al Fondo de Riesgos Laborales. En caso de reincidencia en tales conductas o por incumplimiento de los correctivos que deban adoptarse, formulados por la Entidad Administradora de Riesgos Laborales o el Ministerio de Trabajo debidamente demostrados, se podrá ordenar la suspensión de actividades hasta por un término de ciento veinte (120) días o cierre definitivo de la empresa por parte de las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo,*

*garantizando el debido proceso, de conformidad con el artículo 134 de la Ley 1348 de 2011 en el tema de sanciones.*

*Adiciónese en el artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 115 del decreto 2150 de 1995 el siguiente inciso:*

*En caso de accidente que ocasione la muerte del trabajador donde se demuestre el incumplimiento de las normas de salud ocupacional, el Ministerio de Trabajo impondrá una multa no inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes desinados al Fondo de Riesgos Laborales; en caso de reincidencia por incumplimiento de los correctivos de promoción y prevención formulados por la Entidad Administradora de Riesgos Laborales o el Ministerio de Trabajo ...*

*Lo anterior en consonancia con lo plasmado en el artículo 50 de la Ley 1437 en relación con la graduación de la pena y en consecuencia se impondrá a la empleadora COMERCIAL NUTRESA S.A.S la mínima sanción pecuniaria establecida en las normas precitadas, en tratándose de un accidente con muerte del trabajador. Se impone la mínima sanción, atendiendo a que si bien no se cumplió con la obligación en término, lo cual corresponde a un incumplimiento, la empresa si estaba realizando actuaciones encaminadas a implementar las recomendaciones de la ARL, SOLO QUE NO LO HIZO A TIEMPO..." (fl.35)*

Con lo anterior, se tiene que contrario a lo manifestado por el demandante, en la providencia que resolvió el procedimiento sancionatorio sí se explicaron las razones por las cuales se multaba a la COMPAÑÍA NUTRESA S.A.S con 20 SMMLV, por lo que no es dable que el demandante señale desconocer los motivos de la cuantía fijada como multa. Igualmente se tiene que la multa se fijó en armonía con lo dispuesto por el artículo 50 del C.P.A.C.A, el cual en su inciso primero establece "Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables (...)" subrayas del Despacho.

De lo expuesto, logra colegirse claramente que es el mismo artículo 50 Ley 1437 de 2011 el que hace la excepción, por tanto al tratarse el presente caso de la muerte de un trabajador por un accidente laboral, claramente debía aplicarse lo dispuesto por el artículo 91 del Decreto 1295 de 1995, adicionado por el artículo 115 del Decreto 2150 de 1995, que determina que en dichos eventos la multa por incumplimiento no podrá ser inferior a 20 SMMLV, en tal sentido la graduación de la pena corresponde a los parámetros legales y se encuentra debidamente justificada.

Finalmente aduce la entidad accionante que no se respetaron los términos de los artículos 48 y 49 de la Ley 1437 de 2011, al respecto se tiene que los mentados artículos señalan:

**"ARTÍCULO 48. PERÍODO PROBATORIO.** *Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días.*

*Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos."*

**"ARTÍCULO 49. CONTENIDO DE LA DECISIÓN.** *El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos (...)"*

Pues bien de conformidad con el expediente administrativo contenido en el C.D. visto a folio 133 del expediente, se tiene lo siguiente:

- ✓ **Auto No. 246 del 16 de abril de 2014** por medio del cual se decretó pruebas dentro de proceso sancionatorio seguido contra COMERCIAL NUTRESA, decisión que además ordenó tener como pruebas las allegadas por la parte investigada y no fijar periodo probatorio por no existir pruebas que practicar. (FL. 133 C.D carpeta 3)
- ✓ **Auto No. 448 del 9 de mayo de 2014** por medio del cual se corrió traslado de alegatos por el término de 3 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 1610 de 2013 y el C.P.A.C.A. (Fl. 133 C.D carpeta 3)
- ✓ **Comunicación del 9 de mayo de 2014** por medio de la cual se informa a NUTRESA el auto por medio del cual se decide correr alegatos. (Fl. 133 C.D carpeta 3)
- ✓ **Escrito de fecha 16 de mayo de 2014** por medio del cual la COMPAÑÍA NUTRESA presenta alegatos de conclusión. (Fl. 133 C.D- carpeta 3)
- ✓ **Oficio 7015001-1660 del 24 de julio de 2014**, por medio del cual la Inspectora 5ª de Trabajo envía a la Directora Territorial de Boyacá -Ministerio de Trabajo, proyecto de auto administrativo para resolver el proceso sancionatorio, en donde se aduce que el expediente contiene 610 folios y proyecto de acto en 3 cuadernillos. (fl. 133 C.D carpeta 3)
- ✓ **Resolución No. 0291 del 21 de octubre de 2014** por medio de la cual la Directora Territorial de Boyacá -Ministerio de Trabajo, resolvió

el procedimiento disciplinario imponiendo como sanción en contra de la COMPAÑÍA NUTRESA multa de 20 SMLMV. (Fl. 133 C.D carpeta 3)

En el presente caso no avizora el Despacho que se trate de una mora injustificada, pues no se acredita que la falta de resolución del procedimiento sancionatorio dentro del término previsto por el artículo 49 del C.P.C.A, obedezca a un actuar poco diligente del operador administrativo, máxime si se tiene en cuenta que como se acreditó el 24 de julio de 2014 se puso a disposición de la Dirección Territorial de Boyacá el proyecto de acto administrativo en 3 cuadernillos y el expediente contenido en 610 folios (C.D fl. 133 carpeta 3), de donde se deriva su complejidad, por lo que correspondía al operador revisar en su integridad la actuación.

Sobre el incumplimiento de un término procesal, la Corte Constitucional ha considerado que el mismo se entiende justificado cuando se presentan las siguientes circunstancias<sup>15</sup>: **i)** es producto de la complejidad del asunto y dentro del proceso se demuestra la diligencia razonable del operador judicial, **ii)** se constata que efectivamente existen problemas estructurales en la administración de justicia que generan un exceso de carga laboral o de congestión judicial, o **iii)** se acreditan otras circunstancias imprevisibles o ineludibles que impiden la resolución de la controversia en el plazo previsto en la ley.

Con lo anterior considera el Juzgado que no se acredita que la falta de cumplimiento del término para resolver la actuación sea atribuible a una falta de diligencia de la administración.

#### **3.4.- Indebida práctica y valoración probatoria - Desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa - Infracción de las normas en debía fundarse.**

Considera el accionante que durante la actuación administrativa seguida en su contra se demostró que había cumplido con las normas laborales, aportando todas la pruebas para ello sin que las mismas hubieran sido tenidas en cuenta por el fallador administrativo, atentando de esta forma contra su derecho de defensa, incumpliendo con lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011, pues se obvió una etapa procesal de vital importancia como es la probatoria.

Al respecto debe acudir al contenido del artículo 48 del C.P.A.C.A que para el efecto señala: "Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días..." De donde logra colegirse sin mayor esfuerzo que no es obligatorio para la administración fijar un periodo probatorio cuando no hay pruebas que practicar, de allí que sí las

aportadas o recopiladas hasta el momento son suficientes, se dictará el respectivo auto comunicándole al interesado su contenido y posteriormente se deberá correr traslado para alegar de conclusión, como en efecto ocurrió en el caso sub-judice.

De esta forma no le asiste razón a la parte actora al señalar que se omitió la etapa probatoria, sino que no habían pruebas por practicar tal como se advirtió en el Auto No. 246 del 16 de abril de 2014<sup>16</sup>. En ese sentido no le asiste razón a la accionante.

Ahora, en relación con el argumento relacionado con la falta de apreciación de todas las pruebas aportadas por NUTRESA en especial las relacionadas con el seguimiento realizado a las recomendaciones y las acciones adelantadas por dicha entidad para actividades de desplazamiento de los trabajadores a las actividades de capacitación fuera de los sitios y horarios habituales de trabajo, encuentra el Despacho que en la **Resolución 0291 del 21 de octubre de 2014**, se dispuso:

"... Documental presentada por la empresa COMERCIAL NUTRESA S.A.S.

(...)

-Copia Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo... actualizado a diciembre de 2012...

-Boletín, de la empresa Comercial Nutresa S.A.S para los colaboradores y sus familias...

-Programa de autocuidado de la empresa Cordialsa Colombia ahora denominada Nutresa S.A.S correspondiente al año 2010...

-CD contentivo de la matriz de riesgos y peligros para la época del accidente de trabajo mortal...

-Copia ejecución campaña "autocuidado, un proyecto cultural" correspondiente al año 2012...

-Copias ejecución campaña "autocuidado, un proyecto cultural" correspondiente al año 2013...

-Copias registros de capacitación del personal, de fechas 29 de enero, 26 de noviembre de 2011...

-Copias jornada de salud y el bienestar año 2012...

-Copia formatos entrega de servicios a la empresa cliente, por parte de la ARP SURA, de fechas 15 y 23 de noviembre de 2012 y 28 de enero de 2013...

- Copias actas de reunión de fechas 13 y 18 de diciembre de 2012, relacionadas con la intervención del riesgo de tránsito identificado como uno de los principales riesgos de la empresa...

-Copia registro de entrega de manga protectora -ayudantes de ventas año 2012...

-Copia guion inicio despliegue seguridad y salud en el trabajo...

<sup>16</sup> Por medio del cual se decretó pruebas, el cual es visible en C.D obrante a fo 133-carpeta 3.

- *Copia guía para la formación de operaciones efectivas -módulo salud ocupacional...*
- *Copia seguridad en el manejo de montacargas-identificación de riesgos, de fecha 1 de octubre de 2012...*
- *Copia registro entrega de dotación y elementos de protección personal al trabajador CARLOS JAVIER LAGOS SUAREZ de fechas 28 de enero de 2012, 19 de mayo y 18 de agosto de 2012...*
- *Formato concepto por la ARP sobre presunto accidente de trabajo mortal, de fecha 14 de noviembre de 2012...*
- *Copia protocolo de eventos dentro y fuera de compañía, actividades formativas, versión 001 de 8 de noviembre de 2012.*
- *Copia de programa de seguridad en riesgo público, versión 002 del 23 de noviembre de 2012...*
- *Oficio No. CE201341021481 de 29 de noviembre de 2013, suscrito por la señora Claudia M, Méndez Niño, Profesional en Prevención de Riesgos de ARP SURA, en el cual certifica el estado de los planes de acción descritos en la investigación realizada dentro del evento moral del señor Carlos Javier Lagos Suarez, como cumplidos..." (fl. 34)*

Las anteriores pruebas fueron aportadas por la entidad demandante en los descargos y tenidas en consideración por el operador administrativo habida cuenta que su valoración se realizó tal como a continuación se cita:

#### *"VIII ANÁLISIS DEL ACERVO PROBATORIO*

*Frente al cargo único, el Despacho observa que la empresa COMERCIAL NUTRESA S.A.S, no acreditó el cabal cumplimiento de la recomendación emitida por la ARL SURA, como quiera que con posterioridad al evento mortal, no desarrolló dentro del término otorgado para tal fin, la siguiente acción: "Establecer normas y procedimientos claros para el desplazamiento de los trabajadores a las actividades de capacitación fuera de los sitios y horarios habituales de trabajo, con fecha de ejecución diciembre de 2012 y de verificación enero de 2013.*

*Lo anterior por cuanto en el expediente no obra prueba alguna que permita evidenciar que a enero de 2013, la investigada hubiera dado cumplimiento a la acción anteriormente descrita, contrario sensu, de acuerdo con el material probatorio que reposa en el plenario, se encuentra por una parte que el día 21 de enero de 2013, la ARL SURA realizó visita de seguimiento a la implementación de la recomendación, consignando en el espacio de observaciones lo siguiente: "...las normas y procedimientos ya se realizados pero están en Medellín para la validación y aprobación final donde se determinará, divulgará y se adoptará ..." , y por la otra que mediante correo electrónico de fecha 25 de abril de 2013, enviado por la profesional de dicha ARL, Claudia Mireya Méndez Niño, a la señora Dora Irene García de la empresa*

*Comercial Nutresa S.A.S, para esta fecha, aún no habían sido aprobadas tales normas y procedimientos para el desplazamiento a los trabajadores a las actividades de capacitación fuera de los sitios y horarios habituales de trabajo; documental que determina que la investigada incumplió la obligación contenida en el artículo 4 num 5 de la resolución No. 1401 de 2007 del Ministerio de la Protección Social. Ahora bien, este Despacho destaca que en los escritos de descargos y alegatos de conclusión, la representante legal para asuntos administrativos, judiciales y policivos de la empresa investigada, manifiesta que la empresa que representa, desde el mes de noviembre de 2012 acató en su totalidad las recomendaciones de la ARL SURA, al implementar las medidas y acciones correctivas pertinentes, dentro del término de ejecución y verificación establecido por la ARL (diciembre 2012-enero 2013) y que desplegó las respectivas acciones de cumplimiento, que el 8 de noviembre de 2012, la jefatura de salud ocupacional de la empresa procedió a elaborar el protocolo de eventos dentro y fuera de la compañía "protocolo que si bien en el primer trimestre del año en curso se encontraba en nueva revisión por parte del área de asistencia legal, el mismo se encontraba aprobado por la Dirección de calidad y bienestar de vida con anterioridad, concretamente desde enero de 2013" argumento que no es de recibo para esta Dirección Territorial, pues para el 25 de abril de 2013 tales normas y procedimientos aún no habían sido aprobados por la empresa, lo que se traduce en que si no estaban aprobados, los mismos no podían ser aplicados..." (fl. 34)*

De lo transcrito se deduce que las pruebas aportadas por NUTRESA fueron analizadas por la Dirección Territorial de Boyacá - Ministerio de Trabajo, específicamente lo relacionado con los protocolos de eventos fuera y dentro de la empresa, es decir que la entidad sancionadora no pasó por alto tal documental, sino que elaboró un análisis probatorio que arrojó unas conclusiones diferentes a las esperadas por el demandante, situación que no implica desconocimiento del derecho al debido proceso, además debe tenerse cuenta que el análisis no podía ser menos rigurosos pues se trataba de observar el cumplimiento de normas de salud ocupacional en relación con un accidente de trabajo que ocasionó la *muerte del trabajador*.

De esta forma no encuentra el Despacho configurada la omisión alegada por la parte actora, pues las pruebas aportadas fueron valoradas en conjunto, deduciéndose que para la fecha prevista no se logró establecer el cumplimiento de lo ordenado por la ARL, relacionado con los protocolos de desplazamiento en eventos dentro y fuera de la empresa, pues tal y como lo señaló la entidad sancionadora los mismos para ser aplicados y socializados debían estar aprobados y como quiera que dicha circunstancia no había ocurrido, no podía predicarse el cabal cumplimiento como lo pretende la parte actora, siendo del caso reiterar

que los mismos eran más que necesarios pues se estaba investigando el incumplimiento de una normatividad respecto de la muerte de un trabajador en un accidente de trabajo, lo cual debía ejecutarse y aprobarse con prontitud y en los términos señalados por el Ministerio de Trabajo para ello.

### **3.5.- De la caducidad de la facultad sancionatoria y pérdida de competencia.**

Al respecto se tiene que de acuerdo al contenido del artículo 13 C.P.A.C.A modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, la interposición de recursos se asemeja al ejercicio del derecho de petición, aun cuando en materia administrativa sancionatoria, el término para la resolución de los mismos es mayor, pues deben ser resueltos en el plazo máximo que establece el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 que señala textualmente:

*(...) Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

*Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución. La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria"*

De lo anterior se tiene: **i)** el término que tiene la administración para imponer la sanción, **ii)** el plazo en el cual deben ser resueltos los recursos en contra de la decisión sancionatoria, y **iii)** la configuración del silencio administrativo positivo.

**i)** Frente al primer elemento relacionado con el término que tiene la administración para imponer la sanción, el artículo 52 ibídem, trae una consecuencia para la administración, consistente en que la facultad para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta o la omisión. Cuando se trate de conductas continuadas, el mentado artículo establece que el término de caducidad se cuenta desde

el día siguiente a aquel en que cesó la infracción o ejecución. Debe preverse que la norma de forma expresa establece que estos tres años involucran el acto administrativo de sanción, como también, que se haya realizado su notificación. Es decir, que el acto debe adquirir firmeza dentro de estos tres (3) años mencionados, al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 3 de noviembre de 2013 manifestó:

*"...Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.*

*Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto..."*

De esta forma para que se configure la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, el acto sancionatorio principal debe ser expedido posteriormente al plazo máximo establecido en la ley, dicho termino según el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, es de tres años contados desde la ocurrencia de los hechos, o la conducta que pudieran ocasionarla.

**ii) El plazo para resolver los recursos en contra de la decisión sancionatoria**, aquí debe decirse que de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, los actos que resuelven los recursos deben ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en el término de 1 año contado a partir de su debida y oportuna interposición; si los recursos no se deciden en este término, operará el silencio administrativo positivo, lo que significa que se entenderán resueltos a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que tal omisión genere para la administración.

Armonizando lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reafirmado que de conformidad con el referido artículo 52, existen dos términos que hacen referencia a dos momentos diferentes dentro del trámite del procedimiento administrativo sancionatorio, los cuales deben ser tenidos en cuenta, el primero como se manifestó en líneas anteriores es el previsto para imponer sanciones y, el segundo, para resolver los recursos contra las decisiones sancionatorias, de esta manera ha puntualizado la Corte<sup>17</sup>:

*(...) La norma parcialmente acusada se encuentra ubicada en el capítulo III de la Ley 1487 de 2011, relativo al procedimiento administrativo sancionatorio, en el que por primera vez el legislador regula de manera sistemática un trámite general para la aplicación de esta facultad del Estado cuando no esté en leyes especiales; como es el caso de los procesos disciplinarios, fiscales, aduaneros etc., en los que expresamente existe un procedimiento y términos específicos para su desarrollo. Este capítulo, entonces, regula la forma como se puede iniciar el proceso sancionador -por solicitud de parte o de oficio-; términos para la práctica de pruebas; formas de notificación; contenido de la decisión; graduación de las sanciones, entre otros aspectos.*

*El precepto del cual hace parte el texto acusado y con el que termina este capítulo, regula: i) el término de tres años para la caducidad de la facultad sancionatoria, contados desde la ocurrencia de la conducta u omisión que pudiere ocasionar la infracción y ii) precisa que en ese plazo el acto administrativo que impone la sanción debe estar notificado.*

*En consecuencia, la caducidad de la facultad sancionadora sólo se enerva cuando el acto administrativo que define el proceso administrativo se ha notificado en debida forma. Igualmente aclara que: i) el acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición, so pena de pérdida de competencia, ii) en consecuencia, el recurso se debe entender resuelto a favor del recurrente y iii) la responsabilidad patrimonial y disciplinaria del funcionario que omitió resolver en tiempo. Por ende, una vez se notifica el acto sancionatorio se entiende suspendido el término de caducidad que contempla el precepto. No obstante lo anterior, el legislador le fija a la administración un plazo adicional para resolver los recursos contra el acto sancionatorio - un (1) año-, vencido el cual i) el funcionario pierde la competencia para fallar y ii) el recurso se entiende resuelto a favor de quien lo instauró. (...).*

<sup>17</sup>C-875/11

Conforme a lo expuesto se colige entonces, que al resolver la actuación administrativa, se hace referencia no sólo al pronunciamiento de la administración en el asunto de su competencia, sino al deber de poner en conocimiento de su titular la decisión, pues mientras desconozca el acto, éste no le es oponible, y bajo ese entendido no produciría efectos jurídicos.

### **iii) la configuración del silencio administrativo positivo.**

La pluricitada Ley 1437 de 2011 señala que la ausencia de respuesta de la administración frente a un requerimiento específico del administrado, para el caso que nos ocupa, la interposición de un recurso, se entiende resuelto a su favor.

Por regla general, según nuestro ordenamiento jurídico, se ha considerado que una vez agotados los plazos que tiene la administración para dar respuesta a un requerimiento de carácter general o individual sin que aquella se produzca, ha de entenderse negado el requerimiento, figura que se conoce como silencio administrativo negativo, que se configura cuando vencen los plazos de ley sin una respuesta por parte de la administración, lo cual genera un acto ficto por medio del cual se niega la solicitud elevada, acto que el administrado puede recurrir ante la misma administración o directamente ante la jurisdicción.

Sin embargo de manera excepcional, la Ley prevé que en casos específicos y definidos de manera expresa, la ausencia de respuesta se entenderá resuelta a favor de quien la presentó, figura conocida como silencio administrativo positivo; de esta forma la omisión de respuesta genera a favor del peticionario su resolución en forma afirmativa, la cual para que produzca efectos debe protocolizarse en los términos del artículo 85 del C.P.A.C.A., para hacer válida su pretensión.

Así el silencio administrativo se erige como una herramienta que la ley dispone para que los administrados puedan: **i)** hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, **ii)** ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración, en el caso del silencio administrativo positivo, en la medida en que el mutismo de aquella concreta un derecho<sup>18</sup>.

La Corte Constitucional ha manifestado que el silencio administrativo constituye una ficción legal frente a la inactividad de la administración, cuyo propósito es garantizar derechos fundamentales, en este caso, el de

<sup>18</sup> Corte Constitucional sentencia C-875/2011

petición, pues tal ficción constituye una verdadera respuesta llamada a satisfacer los intereses de la pretensión, *indicados en el recurso interpuesto:*

*(...) Lo expuesto le permite señalar a esta Corporación que el Congreso de la República en la norma parcialmente acusada cumplió con el deber de establecer términos claros y precisos en los cuales la administración tiene que resolver los recursos presentados contra los actos que imponen sanciones, porque éste es un aspecto esencial del debido proceso. En ese orden de ideas, el término de un año que fijó el precepto acusado se ajusta al derecho al debido proceso que se impone en toda clase de actuación estatal y que le permite al ciudadano, sujeto de la investigación, conocer con exactitud qué actuaciones debe desplegar el Estado para resolver su situación. Por ende, no existe asomo de duda sobre la importancia y la constitucionalidad del precepto acusado, en cuanto prevé un plazo razonable para que la administración resuelva el recurso de apelación interpuesto contra una decisión de carácter sancionatorio. El término de un (1) año se considera más que suficiente para resolver una impugnación frente a una sanción administrativa. (...)"<sup>19</sup>*

Para el caso que nos ocupa tenemos que mediante Resolución 0291 del 21 de octubre de 2014 la Directora Territorial de Boyacá resuelve el procedimiento sancionatorio seguido contra NUTRESA S.A.S, imponiéndole multa de 20 SMMLV (fl.133 C.D carpeta 3), la cual fue comunicada a través de oficio 7215001-2941 del 22 de octubre de 2014, por medio de la cual se citó al representante legal de NUTRESA para que se notificara del contenido de la Resolución 0291, según consta al folio 133 C.D carpeta.

Se evidencia también escrito del 14 de noviembre de 2014, por medio del cual la representante legal de NUTRESA S.A.S interpone recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No. 0291 del 21 de octubre de 2014. (fl. 133 C.D carpeta 3); recurso que fue resuelto a través Resolución 0341 del 25 de noviembre de 2014, confirmando la decisión inicial y concediendo el recurso de apelación (Fl. 133 C.D-carpeta 3)

Que mediante oficio 7015001-3403 del 28 de noviembre de 2014 se le comunicó a la representante legal de NUTRESA el contenido de la Resolución 0341 del 25 de noviembre de 2014, y se le informó que el expediente fue trasladado a la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo para que se surtiera la apelación. (fl. 133 C.D carpeta 3)

Que a través de oficio de fecha 14 de noviembre de 2014 se envió el expediente ante el Director General del Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo para que resolviera la apelación interpuesta contra la Resolución 0291 del 21 de octubre de 2014. (fl. 133 C.D carpeta 3)

Que mediante Resolución 4441 del 9 de noviembre de 2017 se resuelve el recurso de apelación, confirmando la decisión recurrida. (fl. 133 C.D. carpeta 3). Posteriormente se envió comunicación de fecha 21 de noviembre de 2017, por medio de la cual se cita al representante legal de NUTRESA S.A.S para notificarle de la decisión que resolvió la apelación. (Fl. 133 C.D-carpeta 3)

Que por medio de oficio del 1 de diciembre de 2017, se notifica por aviso al representante legal de la COMPAÑÍA NUTRESA S.A.S, de la providencia del 9 de noviembre de 2017 que desató el recurso de apelación interpuesto. (Fl. 133 C.D. carpeta 3).

Finalmente se profiere Auto 1882 por medio del cual se indica que la Resolución 4441 del 9 de noviembre de 2017, por medio de la cual se resolvió la apelación, junto con la que desató la reposición, quedó ejecutoriada desde el 7 de diciembre de 2017, ordenándose a su vez el archivo de las diligencias. (Fl. 133 C.D carpeta 3)

Con las anteriores pruebas documentales se infiere que mediante Resolución 0341 del **25 de noviembre de 2014** se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 0291 del 21 de octubre de 2014 y se concedió la apelación interpuesta de manera subsidiaria contra dicho acto, diligencias que fueron remitidas ante el superior el **14 de noviembre de 2014**, como se desprende del contenido visto a folio 133 C.D carpeta 3.

De lo anterior se colige que la administración, en este caso el Director General del Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo, contaba con el término de **1 año** para resolver la apelación que fue puesta a su consideración, el cual vencía el **14 de noviembre de 2015**, ello teniendo en cuenta la fecha en que le fueron remitidas las diligencias para desatar la segunda instancia.

Sin embargo encuentra el Despacho que el Director General del Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo, solo hasta el día **09 de noviembre de 2017** expidió la Resolución 4441 resolviendo el recurso de apelación, sin tener en cuenta que para dicha fecha ya carecía de competencia para pronunciarse pues como se afirmó en el párrafo anterior, tenía hasta el día **14 de noviembre de 2015** para emitir una decisión, de manera tal que las decisiones adoptadas con posterioridad a dicha fecha estarían viciadas por falta de competencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 del C.P.A.C.A.

En punto de lo anterior, se hace necesario precisar que si bien la falta de resolución del recurso en el término dispuesto por el artículo ibídem, configura silencio administrativo positivo, el cual de conformidad con el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011 debe protocolizarse ante notario público, ello hace alusión a la procedencia del mismo para invocarlo ante la administración, y que si bien el numeral 5º del artículo 87 de la norma en cita, señala que el acto administrativo quedará en firme desde el día siguiente al de la protocolización dispuesta en el artículo 85 ibídem, ello también se refiere al procedimiento propio para invocar la configuración del silencio administrativo positivo, sin que la omisión de dicho trámite pueda desconocer per se, los efectos que de pleno derecho consagra el artículo 52 del C.P.A.C.A, frente a la pérdida de competencia ante la falta de resolución oportuna de los recursos, máxime si se tiene en cuenta que la normatividad en ningún momento condicionó su configuración al trámite previsto en el artículo 85.

De esta forma es claro que en presente caso no se está solicitando la declaratoria del silencio administrativo positivo, lo cual como se ha reafirmado por la jurisprudencia, no es de resorte de esta jurisdicción<sup>20</sup>, sino la declaratoria de nulidad por falta de competencia temporal para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0291 que impuso sanción a NUTRESA; al respecto, en casos de similares contornos el Consejo de Estado ha considerado:

*"... Ahora bien, en cuanto a la aducida presentación extemporánea de la solicitud de declaratoria del silencio administrativo positivo como requisito para su configuración, la regla general es que tal fenómeno jurídico opera de pleno derecho, por el mero transcurso del tiempo.*

*En efecto, tanto el Estatuto de Rentas Departamental (Art. 405 de la Ordenanza 026 de 2009), como el Estatuto Tributario Nacional (Art. 734) prevén que sea la Administración quien de oficio o a petición de parte declare la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Eso significa que el acto ficto surte efectos, igualmente, a partir del día siguiente a la configuración del silencio administrativo, sin perjuicio del reconocimiento que de esta situación haga la Administración, mediante acto expreso declarativo.*

*Así las cosas, se configuró la falta de competencia temporal frente a la Resolución N° 0368 del 21 de agosto de 2013 y, por ende, el silencio administrativo positivo, como lo decidió el a quo, razón por la cual no prospera el recurso de apelación interpuesto por la demandada..."<sup>21</sup>*

<sup>20</sup> "... Sobre esta figura procesal se observa que si bien la jurisprudencia ha señalado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para promover la declaratoria del silencio administrativo positivo, aunque las decisiones que niegan ese derecho pueden controvertirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-C-0219-01 [21805]

<sup>21</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00219-01 [21805]

Así las cosas, se tiene que los efectos que produce la falta de resolución de los recursos en los términos previstos en la Ley (para el caso el artículo 52 del C.P.A.C.A) operan de pleno de derecho, no están sujetos a condición, pues basta con que la administración deje pasar el tiempo otorgado en la Ley para que pierda competencia y se configure el silencio administrativo positivo.

De tal forma que la administración no puede pasar por alto los términos dispuestos por el legislador para resolver las peticiones o recursos, como ocurre en el caso que nos ocupa y luego de ello pronunciarse aun cuando ya carece de competencia, por lo que es diáfano para el Despacho que los efectos frente a la falta de resolución de los recursos en el término establecido por la ley no son otros que la pérdida de competencia para pronunciarse con posterioridad a su vencimiento; en ese sentido el Consejo de Estado ha considerado:

*"... Ante la configuración del silencio administrativo positivo, la autoridad administrativa perdió competencia, por el factor temporal, para pronunciarse sobre la petición y sobre los recursos.*

*Ahora bien, no es de recibo la afirmación de la entidad demandada, en el sentido de que existiendo un sistema de información la actora debió acudir a éste, pues lo cierto es que la carga de notificar le corresponde a aquella, conforme al procedimiento legal previsto para la notificación de los actos administrativos.*

*De tal manera que lo procedente es revocar la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la declaratoria de nulidad de los actos acusados..."<sup>22</sup>*

Lo anterior reafirma que la consecuencia jurídica del hecho que la administración guarde silencio y no profiera el acto administrativo, o que éste sea proferido y se notifique con posterioridad al vencimiento del término dispuesto por la normatividad (para el caso artículo 52 del C.P.A.C.A), es la pérdida de competencia temporal y la configuración del silencio administrativo positivo; así como se resolvió en caso similar por el Consejo de Estado al precisar<sup>23</sup>:

*"(...) Ahora bien: tanto vale no dictar el acto como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad, pues mientras el interesado desconozca su existencia le es inoponible, es decir, el acto no surte efectos y en consecuencia, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el juez en el caso del silencio negativo. A esa conclusión se llega a partir de la simple lectura del artículo 40 C.C.A que dice: "Transcurridos un plazo de tres meses contados a partir*

<sup>22</sup> Sentencia 2007-00224 de febrero 6 de 2014. CONSEJO DE ESTADO. SALA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Ref.: Expediente 2007-00224-01. Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala del Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2000. Rad. No.: ACU-1723. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

*de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa” (subraya fuera del texto), lo cual se aplica también al silencio positivo tal como lo ha reconocido esta corporación en numerosas providencias.*

*Debe tenerse en cuenta que si una vez configurado el silencio administrativo positivo la administración expide un acto extemporáneo, contrario al acto presunto y el titular del derecho interpone recursos contra él, no por ello el acto derivado del silencio administrativo positivo pierde su eficacia, pues no es por su voluntad que el acto cobra existencia sino que él surge por virtud de la ley y en consecuencia, tales actuaciones posteriores serán inocuas.*

*Por último debe precisarse que una vez se produzca el acto administrativo por haber operado el silencio positivo, la administración sólo debe proceder a reconocerle sus efectos sin que le corresponda declarar su existencia...”*

Lo anterior reafirma que el efecto del silencio administrativo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, es automático cuando la autoridad administrativa decide y notifica el recurso fuera del plazo de un año dispuesto por el artículo ibídem, momento para el cual la autoridad administrativa pierde la competencia temporal para decidir el recurso interpuesto y se entiende resuelto a favor del administrado recurrente.

En suma, para el Despacho es claro que en el presente caso el Director General de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo perdió competencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución sancionatoria No. 0291 de 2014, por no haberlo proferido y notificado dentro del año siguiente a su interposición, por lo que se configuró en favor de la parte actora el silencio administrativo positivo, entendiéndose fallado en su favor el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que impuso la sanción contra la COMPAÑÍA NUTRESA.

Así las cosas se encuentra configurada la causal de nulidad de expedición del acto administrativo sin competencia por parte de la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo, por haberse vencido el término que tenía para pronunciarse, de conformidad con el artículo 52 del C.P.A.C.A, pues como se señaló en precedencia no podía la administración entrar a pronunciarse después del **15 de noviembre de 2015**, ya que para dicha fecha carecía de competencia para hacerlo; por tal motivo se declarará la nulidad de la Resolución No. **04441 del 9 de noviembre de 2017** por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión que le impuso la sanción, y como consecuencia de ello se entenderá fallado en favor del recurrente, esto es, teniendo por revocadas las Resoluciones **0291 del 21 de octubre de 2014** por medio de la cual la Directora

Territorial de Boyacá le impone la sanción a NUTRESA S.A.S, y la No. **0341 del 25 de noviembre de 2014** que resolvió la reposición y concedió la apelación ante la Dirección General de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, ambas proferidas por la Directora Territorial de Boyacá- Ministerio de Trabajo.

Como consecuencia de lo anterior se ordenará a título de restablecimiento del derecho, que la NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO devuelva a la COMPAÑÍA NUTRESA S.A.S, la suma correspondiente a ONCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$11.334.000), equivalentes a ciento 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de la sanción impuesta en los actos demandados, valor que deberá ser debidamente indexado, y que a folio 252 se acreditó por parte de la Directora de Negocios de la FIDUPREVISORA S.A.<sup>24</sup>.

Finalmente y en relación con la pretensión 2.3, con la que la parte actora pretende el reconocimiento de una indemnización plena de perjuicios (lucro cesante y daño emergente), no accederá a su reconocimiento ya que el extremo accionante no precisó, ni probó en el decurso procesal que éstos se hubieren causado, carga probatoria que era de su resorte.

#### **5.- De las costas:**

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, en la sentencia o auto que resuelva la actuación debe disponerse sobre la condena en costas y fundamentarse su imposición en contra de la parte vencida, siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Luego, en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en la Ley 1437 de 2011, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016 - Rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que al haberse accedido a las pretensiones de la demanda se condenará en costas a la entidad demandada - NACIÓN MINISTERIO DE TRABAJO, las cuales están debidamente acreditadas con la designación de un profesional del derecho para que representara los intereses de la parte actora en el trámite procesal, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del criterio trazado por el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>25</sup>, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del C.G.P. una vez

<sup>24</sup> Fl. 252, la FIDUPREVISORA S.A manifestó: "... Por medio de la presente nos permitimos informar que al validar los registros contables del ... FONDO DE RIESGOS LABORALES, se evidencia un pago realizado por COMERCIAL NUTRESA S.A.S identificada con N.T 900.341.086, quien cancelo la sanción administrativa impuesta por la Regional Boyacá..."

<sup>25</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018: proferida por la Sala de Decisión No.1, exp.150013333013201300095-01, M.P. Fabio Iván Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No.5, exp.150013333013201400123-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No.4, exp.150013333013201300095-01, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad de la **Resolución No. 04441 del 9 de noviembre de 2017** por medio de la cual resolvió el recurso de apelación, y en consecuencia, tener por revocadas las **Resoluciones No. 0291 del 21 de octubre de 2014** por medio de la cual se impone la sanción, y la **No. 0341 del 25 de noviembre de 2014** que resolvió la apelación y concedió la apelación, ambas proferidas por la Directora Territorial de Boyacá - Ministerio de Trabajo, de conformidad con las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a título de restablecimiento del derecho, que la **NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO** devuelva a la **COMPAÑÍA NUTRESA S.A.S**, la suma de **ONCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$11.334.000)**, pagada por concepto de la sanción impuesta en los actos acusados, valor que deberá ser debidamente indexado.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

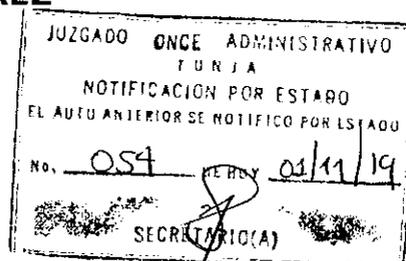
**CUARTO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte vencida, las cuales deberán ser liquidadas por Secretaría conforme al artículo 366 del CGP.

**QUINTO:** En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

**SEXTO: ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

**DEMANDANTE: JOSÉ FEDERICO OSORIO CASTILLO**

**DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y  
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL  
UGPP**

**RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00089 - 00**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A., se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1. La demanda y tesis del demandante (fl. 3-22):**

El ciudadano JOSÉ FEDERICO OSORIO CASTILLO, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

Solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones RDP 006870 de 19 de febrero de 2015 y 026514 de 30 de junio de 2015, por medio de las cuales la entidad accionada negó la reliquidación de su pensión de jubilación y resolvió el recurso interpuesto en sede administrativa, respectivamente.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó la reliquidación de su pensión con el promedio de todos los factores devengados en el último año de servicios, el pago de los incrementos legales y los ajustes de valor sobre las diferencias de las mesadas adeudadas y que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los arts. 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.

Señala la demanda que la entidad debió liquidar la pensión de jubilación del demandante con el 75% de todos los factores devengados durante el último año de servicio, que transcurrió del 1º de febrero de 2009 al 30 de enero de 2010. Expone que al liquidarse la prestación con lo devengado durante los últimos 10 años y no en el último año de servicios, se desconocen los principios de igualdad, progresividad, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Los factores que reclama son: *asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.*

Sostiene que se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad. Razón por la cual su pensión de jubilación debe ser liquidada teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de servicios, y no conforme al Decreto 1158 de 1994 ni conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 aplicadas por la demandada.

### **1.1.- Normas violadas y concepto de violación:**

Sostiene que los actos acusados vulneran las garantías contenidas en los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29 y 48, y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Argumenta que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo aplicable el régimen anterior para el reconocimiento de su derecho pensional, esto es, el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

### **2.- Contestación y tesis de la demandada (fl. 118-143):**

La demandada Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP compareció al proceso mediante apoderada, para oponerse a las pretensiones de la demanda, señalando que el IBL que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión del actor es el establecido en la Ley 100 de 1993 equivalente al promedio de los salarios que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional durante los últimos diez (10) años de servicios o por el tiempo que le hiciere falta (art. 21), y no el promedio de lo devengado en el último año como se solicita con la demanda. Ello, porque según el precedente interpretativo de obligatoria observancia emanado de la Corte Constitucional contenido principalmente en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, así como del Consejo de Estado en sentencia de unificación del **28 de agosto de 2018: i)** el IBL no fue un aspecto sometido a transición, **ii)** para establecer el monto pensional solo se deben tener en cuenta los conceptos que han servido de base para el pago de

aportes a seguridad social, y **iii)** si bien el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que quienes se encuentren dentro del régimen transición tienen derecho a la aplicación de las normas anteriores a ésta -Leyes 33 y 62 de 1985-, tal remisión es solo para efectos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, no así para el IBL y los factores salariales, que fueron aspectos regulados expresamente en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994.

Propuso las excepciones que denominó: **i)** Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido; **ii)** Inexistencia de vulneración de principios Constitucionales y legales y **iii)** Prescripción.

**3.- Alegatos de conclusión:** Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 21 de agosto de 2019 (fls. 183-185), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

**3.1.- Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP (fl. 187-216):**

Reiteró la argumentación contenida en la contestación de demanda, resaltando que siguiendo lo dispuesto tanto en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 como por la Corte Constitucional en sentencias que C-634 y C-816 de 2011, debe darse aplicación preferente a la jurisprudencia constitucional contenida en providencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y especialmente en la sentencia SU-395 de 2017 para destacar que el IBL aplicable a las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, debe corresponder al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios tal y como fue aplicado en los actos acusados.

**3.2.- Parte demandante (fls. 217-222):** Mediante escrito allegado el 3 de septiembre de 2019, solicita se dé aplicación a sentencia del Consejo de Estado de fecha 19 de julio de 2018 que insistió en la aplicación del precedente contenido en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 aún en presencia de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, indicando que el precedente jurisprudencial no es retroactivo. Señala además que en virtud del principio de inescindibilidad de la ley para la liquidación del IBL pensional debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 en aplicación al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**3.3.- Ministerio Público:** No rindió concepto.

## II. CONSIDERACIONES:

### **1.- PROBLEMA JURÍDICO:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho el estudio de legalidad de las resoluciones RDP 006870 de 19 de febrero de 2015 y 026514 de 30 de junio de 2015 y consecuentemente, determinar si el demandante JOSÉ FEDERICO OSORIO CASTILLO tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta en el IBL el 75% de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, transcurrido entre el 1º de febrero de 2009 y el 30 de enero de 2010.

Para tales efectos, se hará alusión a la aplicación y alcance de las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-395/17, entre otras invocadas por la demandada; así como a la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado respecto de la interpretación y aplicación del régimen de transición invocado en el libelo introductorio.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

### **2.- MARCO JURÍDICO:**

#### **2.1.- Del ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.**

En el presente asunto el objeto de la controversia se centra, en el ingreso base de liquidación –IBL- que debe ser tenido en cuenta para el cálculo de las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual la Corte Constitucional en sentencia SU-395 de 2017<sup>1</sup> analizó si providencias judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desconocieron el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si en virtud de éste debe aplicarse el concepto de “monto pensional” establecido en la legislación anterior y zanjó las discusiones presentadas en torno al IBL aplicable a los beneficiarios de tal régimen, concluyendo que **el IBL que cobija dichas situaciones pensionales es el contenido en artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 ibídem, que corresponde al promedio de los factores objeto de cotización durante los últimos diez años de servicios; que las razones de la decisión allí contenidas resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las**

<sup>1</sup> Retomando los criterios de las Sentencias C- 258- 13 y SU 230-15

**autoridades judiciales y que su desconocimiento se configura en causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial**, por ser la Corte Constitucional el máximo intérprete autorizado de la norma constitucional y de las normas que refieren a la aplicación de derechos fundamentales; sin importar que se trate de sentencias proferidas en sede de control concreto o de control abstracto de constitucionalidad.

Sobre el punto, luego de citar el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup> expresó la Corte que dicho precepto:

*"(...) permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994<sup>3</sup>), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:*

- (i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*
- (ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*
- (iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.*

*De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, basta con cumplir con uno de estos requisitos<sup>4</sup>, con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen*

<sup>2</sup> ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quiénes 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.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

<sup>3</sup> Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

<sup>4</sup> Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, estos requisitos no se cumplen de manera concurrente debido a que la norma señala estas categorías de manera disyuntiva, razón por la que no es necesario cumplir paralelamente el requisito de edad y tiempo de servicios. Cfr. Sentencia SU-130 de 2013.

*general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) **el monto de la pensión de vejez**<sup>5</sup>.*” (Negrita fuera de texto)

Establecido lo anterior, señaló la Corte que las discusiones se han presentado en lo que refiere al **“monto pensional”** y a la acepción que de dicho concepto se ha tenido a la hora de liquidar las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen transicional aquí estudiado. Al respecto, explicó:

*“8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y **si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.***

*Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017<sup>6</sup>, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, **inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>7</sup>. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión<sup>8</sup>. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cubre los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de***

<sup>5</sup> Sobre este punto es importante precisar que la jurisprudencia también ha tratado lo referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de las dos primeras categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1º de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto sucede, debido a que el inciso 4º de dicha disposición determinó que “[e]l presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.” (Subrayado adicionado al texto original); en tanto que el inciso 5º del mismo artículo estableció que, “[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”. (Subrayado adicionado al texto original). // Por lo tanto, los trabajadores 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, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. // En síntesis, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, y como consecuencia de la pérdida del régimen de transición, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán cumplir los requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable. Al respecto se pueden consultar las Sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

<sup>6</sup> M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

<sup>7</sup> Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

<sup>8</sup> Idem.

**servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios**<sup>9</sup>.

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, **los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación**, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

(...) 8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación**<sup>10</sup>.” (Negrita y subraya fuera de texto)

Luego, a través de la sentencia en cita se fijó como regla interpretativa conforme a los principios de solidaridad y equidad, así como para evitar la configuración de abuso del derecho y fraude al sistema pensional, que el IBL no fue un aspecto sometido a transición y que el aplicable a las pensiones adquiridas con ocasión del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años de prestación de servicios. Así mismo, resaltó que la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 cobija a todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993.

## **2.2.- Tesis unificada de la Sala Plena del Consejo de Estado.**

En **sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018** (Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01) la Sala Plena de la Corporación estableció unas reglas interpretativas aplicables a las situaciones pensionales regidas por la Ley 33 de 1985, según las cuales el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición a quienes se aplica la Ley 33 de 1985, **ya no es el correspondiente al del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios**, sino que deben observarse las siguientes

<sup>9</sup> Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

<sup>10</sup> Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

situaciones: **i)** si al trabajador le hiciera falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho pensional, el IBL será el promedio de dicho periodo o el de todo el tiempo cotizado, escogiendo el que resulte superior; y **ii)** si al trabajador le hiciera falta más de diez (10) años para la consolidación del derecho, el IBL no podrá ser otro que el promedio de los factores enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema pensional durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios, tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó la Sala Plena de la Corporación, que conforme a lo indicado en sentencia C-816 de 2011, las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones "*tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política<sup>11</sup>. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**.*"

De igual forma, advirtió que la aplicación de las reglas jurisprudenciales allí sentadas tienen efectos retroactivos y por lo tanto, deben ser aplicadas obligatoriamente por parte **las autoridades judiciales y administrativas en todos los casos pendientes de solución**, exceptuando las situaciones ya decididas por sentencia judicial, en observancia del principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada.

En suma, es claro que las posiciones sentadas tanto por el Máximo Tribunal Constitucional como por el órgano de cierre de esta jurisdicción a través de las citadas sentencias de unificación, indican que el IBL que debe ser aplicado a las pensiones de jubilación a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **no corresponde al promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios con independencia de si aquellos factores fueron objeto de cotización**. Sino que, como lo advierte la Corte Constitucional, aquel equivale al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes para pensión, devengados durante los diez (10) últimos años de prestación de servicios. Tesis asumida también

<sup>11</sup> La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 233). [...]»

por el Consejo de Estado, pero matizada en los eventos en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 al trabajador le hicieren falta menos de diez (10) años para la consolidación de su derecho; caso en el cual, **el IBL será el del periodo de tiempo faltante para la adquisición del derecho pensional.**

De igual forma, se dirá que tal y como lo dispone el **artículo 10** de la **Ley 1437 de 2011**, es deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, aplicando *"de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia"* (sentencia C-634 de 2011)

Así las cosas, en atención a la fuerza vinculante del precedente instituido por la Doctrina Constitucional y en la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación **SU-395 de 2017**, así como en observancia del precedente administrativo ahora instituido en la también sentencia de unificación calendada del **28 de agosto de 2018** emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, se tendrá que los criterios plasmados en las sentencias judiciales de unificación antes citadas, serán tenidos en cuenta para la solución de los litigios de similares contornos que se encuentren pendientes de decisión y que deban ser decididos a partir de la fecha.

Valga recordar que como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2013, corresponde al Juez a la hora de fallar, verificar la existencia de reglas interpretativas sentadas por autoridades judiciales superiores tales como los órganos de cierre de las jurisdicciones *como quiera que "cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados."* (Negrita fuera de texto)

### **3.- CASO CONCRETO:**

A efectos de abordar el estudio del caso concreto, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- El demandante nació el **27 de diciembre de 1944** (fl. 85).
- Laboró como empleado público al servicio del Departamento de Boyacá desde el **25 de junio de 1981** hasta el **30 de enero de 2010** (fl. 57)-consenso en la fijación del litigio.

- El actor adquirió el estatus jurídico de pensionado el **24 de junio de 2001** (fl.58), fecha en la que acreditó 20 años de servicio.

Lo anterior permite verificar que:

- A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el nivel territorial -30 de junio de 1995- el demandante tenía aproximadamente 51 años de edad y 14 años de servicios, por lo que en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, le faltaban cinco (5) años, once (11) meses y veinticuatro (24) días para la consolidación de su derecho pensional; según la cual, el requisito de **edad** es 55 años, el de **tiempo de servicios** de 20 años y **monto** equivalente al 75%.

- A la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 - 22 de julio de 2005- había realizado cotizaciones por más de 750 semanas; por ende como lo reconoce la demandada en los actos acusados, el accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición allí previsto.

Así las cosas, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la jurisprudencia de unificación trascrita y de las reglas interpretativas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que el IBL aplicable a su pensión de jubilación es el equivalente al 75% del promedio de los salarios o rentas **sobre los cuales cotizó** durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión, actualizados anualmente según variación del IPC y conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem. Razón por la cual, no es viable acceder a la reliquidación con los factores del último año de prestación de servicios.

Sin embargo, considerando que la demanda se dirigió a controvertir la forma en que fue integrada la base de liquidación de la pensión reconocida, el juez se encuentra habilitado para verificar si en el cálculo efectuado por la entidad accionada fueron incluidos todos los factores salariales devengados y cotizados en el lapso dispuesto por la ley anterior al retiro.

Verificado el contenido de los actos acusados, esto es, las **Resoluciones Nos. RDP 006870 de 19 de febrero de 2015** y **RDP 026514 de 30 de junio de 2015** (fl. 23-24 y 30-31) se corrobora que **la entidad accionada** calculó el IBL tomando los factores el periodo correspondiente a 7 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2010

aplicando una tasa de reemplazo del 75%, correspondiendo a un lapso de siete (7) años, dos (2) meses y veinticinco (25) días, el cual, es superior al tiempo que le hacía falta al accionante para adquirir su derecho pensional, en consideración a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para los empleados territoriales (30 junio de 1995 y el 24 junio de 2001- status pensional), según se explicó en precedencia.

En tal sentido, si bien no tiene vocación de prosperidad la pretensión relacionada con la reliquidación pensional conforme lo devengado por el actor en el último año de servicio, debe declararse la nulidad de los actos acusados ordenando a la entidad demandada la reliquidación de la pensión de acuerdo con la primera subregla establecida en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 tomando como base el promedio de lo devengado por el demandante entre el 6 de febrero de 2004 al 30 de enero de 2010, correspondiente al tiempo que le hacía falta para la adquisición del derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones establecido con la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto de los factores tenidos en cuenta para la liquidación del IBL se tiene que en el acto de reconocimiento pensional - *resolución RDP 016886 de 8 de octubre de 2010*- se incluyeron como factores de liquidación, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados. No obstante, al producirse el retiro del servidor público, se efectuó una reliquidación -*Resolución UGM 006442 de 5 de septiembre de 2011*- en la que el ingreso base de liquidación se integró teniendo en cuenta solo la asignación básica, por cuanto en el certificado de factores salariales no se precisaba qué tipo de bonificación había percibido el actor.

Al respecto, debe señalarse que de acuerdo con el certificado de salarios y devengados expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 173-179) el demandante durante el periodo comprendido entre febrero de 2004 a enero de 2010 devengó: **asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicio y bonificación por servicios prestados.** Y que de acuerdo con el oficio de 2 de agosto de 2019 el Grupo de liquidación y nómina de la Secretaría de Educación de Boyacá certificó que los factores salariales que fueron objeto de descuento por concepto de aportes a pensión mes a mes durante los últimos diez (10) años de la vinculación del demandante fueron: **asignación básica y bonificación por servicios prestados**, señalando que los factores salariales para la liquidación de los aportes a pensión son los reglamentados por el Decreto 1158 de 1994 y los demás establecidos en la ley (fl. 172).

En esta última certificación, también se aclaró lo solicitado por el Despacho, en cuanto a que la bonificación por servicios prestados percibida por el actor es aquella de que trata el Decreto 1042 de 1978, actualmente contemplada en el Decreto 2418 de 2015, denominada "bonificación por servicios prestados" que se paga por directriz emitida por el Ministerio de Educación Nacional, cada vez que el servidor cumpla un año continuo de labor según lo que corresponda al momento de su causación.

Así entonces, se observa que el IBL indicado por la UGPP al momento de hacer la liquidación de la pensión del demandante se obtuvo sin tener como base todos los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, pues la bonificación por servicios prestados no fue incluida, desconociéndose así la segunda subregla establecida en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, relativa a que al momento de efectuar el cálculo del IBL – la UGPP debió tener en cuenta los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se efectuaron los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, en el periodo base para la reliquidación.

En atención a lo expuesto, el Despacho declarará la nulidad parcial de las **Resoluciones No. RDP 006870 de 19 de febrero de 2015 y 026514 de 30 de junio de 2015**, y a título de restablecimiento del derecho ordenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación del señor JOSÉ FEDERICO OSORIO CASTILLO teniendo en cuenta para la determinación del IBL lo devengado en el periodo comprendido entre **el 6 de febrero de 2004 y el 30 de enero de 2010**, de acuerdo con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, esto es, **asignación básica y bonificación por servicios prestados**; obtenido el IBL, le aplicará al guarismo que resulte la tasa de reemplazo establecida en la Ley 33 de 1985, cuyos valores deben ser reajustados anualmente conforme al IPC<sup>12</sup>.

Se ordenará el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, "*Las cantidades liquidadas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código*".

Finalmente, precisa el Despacho que como se señaló en audiencia inicial

<sup>12</sup> ARTICULO 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. 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.

realizada el 11 de julio de 2019 (fl. 160) al pronunciarse sobre las excepciones denominadas "inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido" e "inexistencia de vulneración de principios Constitucionales y legales, constituyen argumentos de defensa, por lo que no es necesario emitir pronunciamiento alguno respecto de cada uno de ellos, como quiera que los mismos se satisfacen con las consideraciones esbozadas para la resolución del presente caso.

#### **4.- De la prescripción:**

La entidad demandada en su escrito de excepciones solicitó la declaratoria de prescripción, para lo cual el Despacho debe indicar que en materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: *i)* el simple reclamo escrito del empleado, *ii)* presentado ante la autoridad competente, e *iii)* identificando el derecho o prestación reclamado.

Pues bien, se encuentra probado que mediante escrito presentado el 27 de octubre de 2014 (fls. 23) el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, por lo que se observa que con dicha solicitud se interrumpió la prescripción por un término igual de 3 años, que a la fecha de presentación de la demanda -5 de junio de 2017 (fl. 22 vto.)- aún no había transcurrido. Así, se tiene que el fenómeno prescriptivo afectó la diferencia de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2011.

#### **5.- De los aportes:**

En virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, debe existir correspondencia entre el monto de los factores sobre los que se calculan los aportes a la seguridad social y los que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión. En casos como en el presente, en el que no se tuvo en cuenta la bonificación por servicios prestados con la que se ordena la reliquidación de la prestación, se impone ordenar a la entidad que al momento de reconocer y pagar las diferencias causadas, efectúe el descuento que corresponda a los aportes sobre el valor de la asignación salarial sobre la cual se debió hacer la cotización.

Atendiendo entonces, al término prescriptivo de cinco (5) años de la acción de cobro establecida en el artículo 817 del Estatuto Tributario, se ordenará a la entidad accionada efectúe las deducciones por concepto de aportes para pensión sobre el monto del factor salarial que aquí se

ordena incluir en la base de liquidación, en caso de no haberse efectuado aportes al sistema de seguridad social y respecto de los últimos cinco (5) años anteriores al retiro del servicio como empleado público (2006-2010). Estos descuentos deberán ser actualizados conforme al IPC y no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor quien demanda, y de ser superiores, solamente se podrá descontar hasta la cuantía de estas últimas. Lo anterior, según pauta fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, sobre el siguiente razonamiento: *"si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvención, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna"* (Ver entre otras providencia de 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz).

#### **6. De las costas y agencias en derecho:**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda el Despacho se abstendrá de imponer condena en costas, indicando que la presente providencia acogió nuevos criterios jurisprudenciales en especial a los establecidos en la Sentencia de Unificación el 28 de agosto de 2018, distintos a los que daban sustento a las pretensiones del libelo introductorio.

### **III. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de las Resoluciones **Nos. RDP 006870 de 19 de febrero de 2015 y 026514 de 30 de junio de 2015**, proferidas por la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, por las razones expuestas en las motivaciones de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** a **reliquidar** la pensión del señor **JOSÉ**

**FEDERICO OSORIO CASTILLO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.148.130 de Bogotá, teniendo en cuenta para la determinación del IBL el promedio de lo devengado en el periodo comprendido entre el **6 de febrero de 2004 y el 30 de enero de 2010**, de acuerdo con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, esto es, **asignación básica y bonificación por servicios prestados**.

**TERCERO: CONDENAR** a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a pagar a favor del demandante la diferencia entre las mesadas pensionales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, causadas desde el 27 de octubre de 2011, por haber operado el fenómeno de prescripción de las diferencias de las mesadas causadas antes de esta fecha.

**CUARTO:** Las sumas que resulten en favor de la accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), 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 pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Además, se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de las diferencias salariales, deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

**QUINTO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**SEXTO:** La UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP deberá descontar de las anteriores sumas los aportes que no se hubieran efectuado para

pensión sobre el monto de la bonificación por servicios prestados que se ordena incluir en la reliquidación, correspondientes a los últimos cinco (5) años de la vida laboral del señor **JOSÉ FEDERICO OSORIO CASTILLO**, por prescripción extintiva, sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superar el valor de la condena a su favor.

**SÉPTIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda conforme a las motivaciones precedentes.

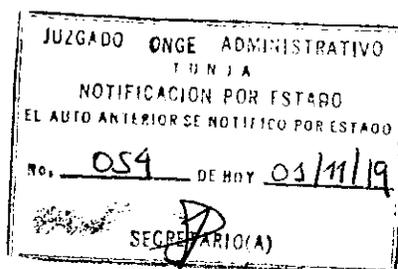
**OCTAVO: NO CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte demandante según lo antes expuesto.

**NOVENO:** En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

**DÉCIMO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (art. 298 C.P.A.C.A.), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE : MARÍA ESPERANZA GUZMÁN RODRÍGUEZ**  
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**  
**RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201900200-00**  
**MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora MARÍA ESPERANZA GUZMÁN RODRÍGUEZ quien actúa a través de apoderada judicial, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora **MARÍA ESPERANZA GUZMÁN RODRÍGUEZ** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: TRAMITAR** conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a quien éste haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

**CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

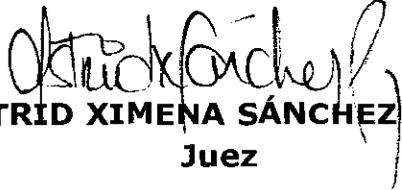
Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas, durante el término para contestar la demanda, deberán allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos de los actos acusados**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

**SEXTO:** Adviértasele a las entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

**SÉPTIMO:** La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de ocho mil pesos (\$8.000) en la cuenta corriente única nacional nro. **3-082-00-00636-6 del Banco Agrario "CSJ-DERECHOS, ARANCELES, EMOLUMENTOS Y COSTOS - CUN" (Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019)** y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del C.P.A.C.A. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

**OCTAVO: RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada DIANA NOHEMY RIAÑO FLÓREZ, cédula: 1.052.394.116 de Duitama y portadora de la T.P No.: 281.836 del C. S. de la J., como apoderada de la demandante y en los términos del poder obrante a folio 16-17 de la actuación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>04</u> , Hoy <u>04/11</u> /2019 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES  
**DEMANDADO:** DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - MAURA IMELDA  
AMAYA DE GORDILLO  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2018 00049 00  
**MEDIO DE CONTROL :** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Observa el Despacho que mediante escrito allegado el **09 de octubre** de los corrientes (fls. 379-380) la apoderado de la entidad demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el pasado **30 de septiembre** (fls. 362-373) y notificada el **01 de octubre** siguiente; por lo que conforme al artículo 247 del CPACA, al haberse formulado dentro del término legal y por estar debidamente sustentado es del caso concederlo.

Como quiera que la sentencia proferida no es de carácter condenatorio, se hace innecesaria la celebración de la audiencia de conciliación a que hace referencia el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

Por lo anterior, el Despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante contra la **SENTENCIA** proferida el **30 de septiembre de 2019** dentro del medio de control de la referencia.

**SEGUNDO: REMITIR** el expediente ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, por intermedio del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos, previas las anotaciones y constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Círculo Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>054</u> , Hoy <u>01/10/2019</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

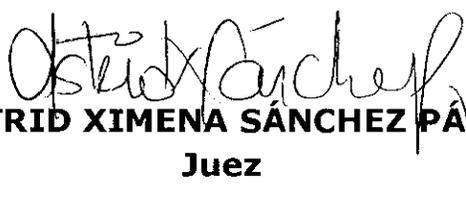
Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE:** MARIELA SUAREZ CANO  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE  
EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL  
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA  
S.A.  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2017 00132 - 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO

**OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE** lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 12 de septiembre de 2019 (fl. 281-292), mediante la cual se dispuso **CONFIRMAR y MODIFICAR** la sentencia proferida el día 15 de noviembre de 2018 (fl. 216-228).

En firme este auto, y como quiera que no hubo condena en costas en ninguna de las instancias, por Secretaría **DAR CUMPLIMIENTO** a los numerales noveno y décimo de la sentencia de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por Estado N° 054, Hoy 02/11/2019 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 31 OCT 2019

**DEMANDANTE : MANUEL ANTONIO CONTRERAS MOLINA**  
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES  
SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA  
LA PREVISORA**

**RADICACIÓN : 150013333011201700152-00**

**MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE** lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 29 de agosto de 2019 (fl. 253-264), mediante la cual se dispuso **CONFIRMÓ y MODIFICÓ** la sentencia proferida el día 18 de diciembre de 2018 (fl. 203-215).

En firme este auto, y como quiera que no hubo condena en costas en ninguna de las instancias, por Secretaría **DAR CUMPLIMIENTO** a los numerales décimo y décimo primero de la sentencia de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
-----
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>054</u> , Hoy <u>03/11/2019</u> siendo las 8:00 AM.
 <b>SECRETARIO</b>