



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL  
CIRCUITO DE CARTAGO – VALLE DEL CAUCA**

<b>Ciudad – Fecha</b>	Cartago, Valle del Cauca – dieciséis (16) diciembre de dos mil veintidós (2022)
<b>Radicación No</b>	76-147-33-33-001- <b>2014-00739-00</b>
<b>Demandante</b>	MARISELA ZAPATA LÓPEZ y OTROS
<b>Demandado</b>	ESE I.P.S. MUNICIPAL DE CARTAGO y OTROS
<b>Medio de control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Sentencia</b>	<b>302</b>

**ASUNTO**

Proveídas en debida forma las diferentes etapas procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir decisión de fondo en primera instancia dentro del medio de control de reparación directa.

**1. ANTECEDENTES**

Los señores **MARISELA ZAPATA LÓPEZ, MARÍA JOSEFINA LÓPEZ OSORIO, YURANI CEBALLOS LÓPEZ, MARÍA FABIOLA LÓPEZ DE BUSTAMANTE** y **MARÍA BERENICE BUSTAMANTE LÓPEZ** obrando por medio de apoderado debidamente constituido, instauró demanda contra de la **ESE I.P.S. MUNICIPAL DE CARTAGO**<sup>1</sup>, en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo y con el fin de que se acceda a las siguientes:

**2. PRETENSIONES**

- 2.1. Que se declare administrativamente responsable a la ESE I.P.S. MUNICIPAL DE CARTAGO<sup>2</sup> por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de los hechos sucedidos entre los días 16 de julio y 14 de agosto de 2013, en los cuales falleció la menor Alejandra Zapata por graves fallas del servicio médico.
- 2.2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada al pago de los siguientes valores a la parte actora:

DEMANDANTES	PERJUICIOS MORALES	DAÑO A LA SALUD	LUCRO CESANTE
MARISELA ZAPATA LÓPEZ (madre de la menor fallecida)	100 SMLMV	400 SMLMV	La suma de \$19.060.102, de conformidad con fórmulas visible sfs. 3 y 4
MARÍA JOSEFINA LÓPEZ OSORIO (abuela menor fallecida)	100 SMLMV	400 SMLMV	N/A
YURANI CEBALLOS LÓPEZ (tía de la menor fallecida)	100 SMLMV	400 SMLMV	N/A
MARÍA FABIOLA LÓPEZ DE BUSTAMANTE (Hermana de la abuela de la menor fallecida)	100 SMLMV	N/A	N/A
MARÍA BERENICE BUSTAMANTE LÓPEZ (prima de la menor fallecida)	100 SMLMV	N/A	N/A

<sup>1</sup> También habían sido accionados la NACIÓN (MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL), el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, el MUNICIPIO DE CARTAGO, pero los mismos fueron desvinculados del proceso según decisión adoptada en audiencia inicial del 14 de septiembre de 2016

<sup>2</sup> En adelante la IPS Cartago



- 2.3. Que se ordene a la entidad accionada a pagar por concepto de honorarios del abogado, una suma equivalente al 20% de las sumas a pagar referidas en cuadro anterior, es decir, el valor de \$200.430.000 de pesos.
- 2.4. Que se ordene la indexación de los valores a pagar a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia de primera o segunda instancia. De manera subsidiaria, solicitó que se actualizara la condena en aplicación de los criterios técnicos actuariales con el UVR certificado por el Banco de la República.
- 2.5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en aplicación de los artículos 192 y 194 del CPACA
- 2.6. Que de no efectuarse al pago de manera oportuna, se condene a las accionadas al pago de los intereses comerciales y moratorios hasta el día en que se dé cabal cumplimiento al fallo que puso fin al proceso.

### **3. HECHOS**

La demanda se fundamentó en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

- 3.1. Señala que la señora Marisela Zapata López, quien se encontraba en estado de gestación, asistió el día 27 de marzo de 2013 a cita médica en la IPS del municipio de Cartago, con un diagnóstico de amenaza de aborto emitido por el doctor Yecid Hernández Gómez, siendo hospitalizada por el servicio de urgencias, pero de manera posterior, el galeno Alexander Mesa Vargas le dio salida con fórmula médica y recomendaciones.
- 3.2. Refiere que el día 3 de abril de 2013 asistió a cita médica del primer control de embarazo con 10.6 semanas, en la cual se le efectuaron una serie de indicaciones y recomendaciones.
- 3.3. Asevera que, para el 10 de abril siguiente, la demandante nuevamente acude a la entidad por presentar dolor abdominal, cólico en flanco derecho no irradiado, 10/10 en escala de dolor y sin pérdidas vaginales. En su historia clínica se consignó que la gestante tenía historia de urolitiasis y se dio de alta con analgésicos y ecografía renal y de vías urinarias ambulatoria.
- 3.4. Señala que, para el 29 de abril de 2013, la demandante acudió al servicio de urgencias presentando dolor abdominal en fosa iliaca izquierda, y trajo ecografía que podía indicar nefrolitiasis y eco tv normal. Al ingreso se le diagnosticó: 1) embarazo de 14 semanas por amenorrea; 2) infección de vías urinarias y posterior a exámenes clínicos, una vaginosis. Se le dio de alta el mismo día a las 18:32.
- 3.5. Indica que para el día 3 de mayo de 2013 la paciente se presentó al segundo control del embarazo, sin contratiempos y para el día 10 de mayo siguiente, acudió a cita con el médico Yecid Hernández Gómez en la IPS Cartago, quien confirma el diagnóstico de vaginosis, recetando medicamentos y otros manejos.
- 3.6. Señala que acudió nuevamente los días 26 de mayo de 2013 con emesis, deposiciones líquidas, con moco y sangre, dolor abdominal, en el cual se dio de alta con recomendaciones sobre adecuada hidratación oral y solicitud de coprológico y el día 30 de mayo de 2013, por presentar dolor estomacal que pasaba a espalda, también dándose de alta con tratamiento de hidratación, manejo analgésico antiespasmódico, protección gástrica.
- 3.7. Refiere que durante los días 5 de junio y 5 de julio de 2013, se realizaron los controles prenatales tercero y cuarto, sin diagnósticos diferentes a los narrados e igualmente, que el día 20 de junio fue observada por ginecólogo sin encontrar irregularidades.
- 3.8. Explica que el día 15 de julio de 2013, la demandante presentó aparición de flujo vaginal blanquecino no fétido, salida de moco transparente escaso, movimientos fetales positivos, para lo cual, el doctor Yecid Hernández



- Gómez señala como antecedentes ginecológicos amenaza de aborto y como impresión diagnóstica: 1) dolor pélvico y 2) alto riesgo obstétrico. De la cita médica la paciente salió con solicitud de parcial de orina, frotis vaginal, cuadro hemático, y se le ordenó reposo absoluto.
- 3.9.** Refiere que el 18 de julio de 2013 la demandante se presentó a la IPS demandada con frotis vaginal resultado bacterias ++, flora lactobacilar abundante, presentándose ese mismo día al servicio de urgencias, siendo atendida a las 19:41 por la doctora Daniela Muñoz Quiceno quien describió que la paciente había consultado en la tarde en la fecha y que no había iniciado el tratamiento de ampicilina enviado pues tenía dudas ante el nuevo motivo de consulta sobre si debía tomarlo o no. Se dio de alta con diagnóstico de vaginitis y fórmula médica de clotrimazol y recomendaciones
- 3.10.** Afirma que al día siguiente 19 de julio nuevamente acude al servicio de urgencias, es atendida por la médico Verónica García Bedoya, ingresando con 26+7 semanas de embarazo, con un cuadro clínica de un día de evolución de dolor tipo contracción, negando pérdidas vaginales y refiriendo los antecedentes de amenaza de aborto. Se le dio traslado al Hospital San Jorge de Pereira, Risaralda.
- 3.11.** Argumenta que según Historia Clínica del Hospital San Jorge, la paciente ingresó remitida de la Unidad Local de Cartago a las 18:00 horas del día 19 de julio de 2013, por trabajo e parto activo de 26+1 semanas, diagnósticos: embarazo confirmado, parto prematuro.
- 3.12.** Señala que de las historias clínicas tanto de la IPS Cartago como del citado Hospital San Jorge, se estableció que el parto pretérmino se dio en la ciudad de Pereira entre las 17:50 y las 17:55 y resultó RN de sexo femenino, peso: 900gr- talla 35 cm, a quien se le realizó profilaxis usual, suministro de oxígeno por máscara, traslado a incubadora con apoyo de terapeuta respiratoria a unidad neonatal, en regulares condiciones y pronóstico reservado.
- 3.13.** Relata la parte actora que en dicha unidad, la pequeña Alejandra Zapata estuvo 26 días conectada todo el tiempo a ventilación mecánica, con diagnóstica de prematuridad extrema y síndrome de dificultad respiratoria aguda, agravado por incompatibilidad ABO del feto y del recién nacido, afección por enfermedades renales y de las vías urinarias de la madre, sepsis del recién nacido debido a staphylococcus aureus, acompañado de infección por clamidias no especificada, apnea de sueño del recién nacido, estafilococo no especificado, hemorragia subaracnoidea (no traumática), microcefalea, cuadro diagnóstico que terminó en la muerte de la recién nacida el día 14 de agosto de 2013 a las 9:30 horas, debido a una falla multiorgánica y paro cardíaco.
- 3.14.** Argumentan que la demandante madre de la menor fallecida, según informe de psiquiatría padece de un 1) duelo conflictivo, 2) trastorno recurrente, episodio grave, presente sin síntomas psicóticos; 3) riesgo medio alto, como también, síntomas de depresión, pérdida de apetito, insomnio, enojo, culpa, ideas irracionales en las que se resalta suicidio en el primer mes.

#### **4. FUNDAMENTO JURÍDICO**

Como fundamento normativo invoca:

- Artículos 6, 90 y 229 Constitución Política
- Artículos 103, 155, 156, 159, 160 y 161 del CPACA
- Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social
- Resolución 412 de 2000 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social



- Resolución 1441 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social

Considera la parte actora que existió falla en la prestación del servicio por parte de las entidades accionadas, como quiera que:

- Se trató de una primigestante con claro historial de infecciones genitales y urinarias a repetición, que derivaron en múltiples episodios de amenaza de aborto, lo cual hacía clasificar a la paciente Marisela Zapata López como de alto de riesgo, lo que generaba control prenatal un mes con médico general y un mes con ginecólogo, lo cual no ocurrió, circunstancia que en su sentir hubiera evitado el fallecimiento (artículo 9, literal C Resolución 412 de 2000)
- En la consulta del día 18 de julio de 2013 se dio de alta a la paciente, pese a que la sintomatología podía indicar un trabajo de parto prematuro y además, no se le realizaron otros exámenes tendientes a descartar tal trabajo de parto ni se le recetó un medicamento que evitara el parto prematuro.
- Una vez se detectó el inicio del trabajo de parto, no se le administraron medicamentos a la madre que permitieran la maduración pulmonar fetal.
- No se puso en práctica el protocolo “Cemiya” recomendado y utilizado en todo el Departamento del Valle para tratar casos con el de la demandante.
- Pese a la sintomatología de la paciente y a que la entidad era de nivel II, no se prestó atención por parte de ginecólogo ni se remitió a entidad donde hubiera uno.

## 5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

En audiencia inicial celebrada el día 14 de septiembre de 2016<sup>3</sup>, el Juzgado resolvió en la etapa de decisión sobre excepciones previas, declarar probada las de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por los demandados Municipio de Cartago y Nación- Ministerio de Salud y Protección Social y así mismo, declarar probada de oficio la misma excepción en relación con el Departamento del Valle del Cauca y en consecuencia, se ordenó su desvinculación del presente proceso.

En consecuencia, sólo se hará alusión a la contestación de la demanda presentada por la **IPS DEL MUNICIPIO DE CARTAGO ESE**. No obstante, según auto interlocutorio No. 128 del 5 de marzo de 2015 (fls. 231-232 C. Ppal), el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Cartago, quien conoció otrora del presente asunto, resolvió no efectuar consideración alguna frente a la contestación allegada por dicha entidad accionada, por haber sido extemporánea<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Fls. 285-288 C. Ppal

<sup>4</sup> Contra dicha decisión el apoderado de la ESE I.P.S. MUNICIPAL DE CARTAGO presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación (fls. 233-237), cuyo recurso de reposición fue desatado por auto interlocutorio No. 264 del 6 de abril de 2015 (fls. 242-244), en el cual se resolvió no reponer el auto interlocutorio No. 128 de 5 de marzo de 2015. Frente a tal decisión, se interpuso recurso de apelación (fls. 246-248), mismo que fue rechazado por improcedente por auto del 15 de marzo de 2015 (f. 250), aclarado mediante providencia del 20 de abril de 2015 (f. 252). Contra tal decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio queja (fls. 254-259), cuya reposición fue resuelta de manera negativa por auto interlocutorio No. 339 del 6 de mayo de 2015 (fls. 261-262) y se dispuso dar trámite al recurso de queja. Sobre dicho recurso, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en providencia del 3 de marzo de 2016 (fls. 92-93 Cuaderno recurso de queja), declaró bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la ESE I.P.S. Municipal de Cartago.



## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

### **6.1. PARTE ACTORA<sup>5</sup>:**

Mediante memorial se ratificó en los argumentos contenidos en la demanda y aseveró que las circunstancias de la contestación extemporánea de la IPS Municipal de Cartago como la renuncia de su apoderado al asistir a la audiencia de pruebas, son evidencias de que dicha entidad acepta lo plasmado en la demanda o no es de su interés defenderse de lo sucedido.

Así mismo, expresó que los testimonios de los señores Gustavo Vélez y Heriberto Sánchez son consecuentes de lo narrado en la demanda, sobre el sufrimiento padecido por los integrantes de la parte actora con posterioridad al fallecimiento de la recién nacida.

### **6.2. PARTE ACCIONADA**

#### **6.2.1. Primer memorial<sup>6</sup> arribado en cumplimiento del auto proferido el 21 de noviembre de 2016<sup>7</sup>:**

En primer lugar, expresó que el análisis del presente asunto deberá hacerse bajo el régimen de falla probada del servicio, lo cual conlleva a la demostración además de la existencia del daño, la imputabilidad en la causación del mismo a la entidad accionada y para tales efectos, cita sentencia del Consejo de Estado del año 2016.

Aseveró que la atención brindada a la paciente fue continua y debida, corresponde con la recomendada por los parámetros que la ciencia médica y se suministraron todos los exámenes y medicamentos ordenados por el galeno tratante, tal y como quedó consignado en las distintas anotaciones de la historia clínica, aunado a que el personal médico y de enfermería adscrito a la Institución, se ciñó a los protocolos establecidos y garantizando a la paciente la calidad, efectividad y oportunidad en el servicio de salud con profesionales especializados e idóneos y de acuerdo a los lineamientos técnicos y científicos avalados para el desarrollo normal del embarazo.

Así mismo, expresa que cuando surgió la necesidad de atención con especialista debido a la complejidad del cuadro clínico de la paciente, fue remitida a una Institución de Tercer Nivel de Complejidad como quiera que la IPS Cartago sólo es de primer nivel y por ende carece del servicio de ginecología, lo cual genera una falta absoluta de causalidad del fallecimiento de la menor y la decisión adoptada por la IPS Cartago, misma que fue oportuna y con el fin de asegurar la continuidad del tratamiento necesario para su nacimiento.

Finalmente, al considerar que se está frente a una inminente ausencia de título de culpa en el procedimiento médico – asistencial brindado a la paciente Marisela Zapata López y por la falta de acreditación de los elementos establecidos para la atribución de la responsabilidad, se opuso a la declaratoria de responsabilidad administrativa de la institución de salud.

---

<sup>5</sup> Fls. 325-326 C. Ppal- memorial presentado en la primera oportunidad que se concedió término para alegar de conclusión

<sup>6</sup> Fls. 326-335 C. Ppal

<sup>7</sup> Fls. 314-315 C. Ppal



### **6.2.2. Segundo memorial<sup>8</sup> arribado en cumplimiento de lo dispuesto en audiencia de pruebas celebrada el 28 de septiembre de 2022<sup>9</sup>:**

En la segunda oportunidad concedida para alegar de conclusión, el apoderado de la IPS Municipal de Cartago reiteró que la atención médica brindada a la demandante en la Institución fue con diligencia y cuidado, con el suministro de los medios humanos y científicos existentes para que el período de gestación terminara de manera satisfactoria y de conformidad con lo establecido en la Resolución 412 de 2000.

No obstante, se refirió a la procedencia de la demandante de otro país y la manifestación que indicó en la historia clínica sobre un embarazo no deseado y cómo al ser medicada desde el 9 de marzo de 2013, suspendió el tratamiento por voluntad propia, sumado a que la paciente no aplicó ningún control prenatal, sino sólo cuando transcurría la semana 10.6 de su proceso de embarazo.

Manifestó que según lo anotado en la página 21 de la historia clínica, la paciente expresó en forma voluntaria que había estado en contacto con muchos gatos y en albergues en los que dichos animales se hallaban enfermos, por lo cual el médico tratante ordenó prueba de IGM para toxoplasma, resultado que nunca aportó la paciente y se desconoce si autorizó su práctica ante la EPS. Sobre este punto, resalta la oposición a la respuesta dada por el perito particular sobre la toxoplasmosis, por considerar que sí se trata de una infección de alto riesgo en casos de embarazo. De otro lado, relata que en la demanda no aparece la valoración por nutricionista a la cual también fue remitida la paciente por bajo peso y que pudo influir en la evolución del proceso de gestación.

También, refiere que la demandante tuvo control de especialista ginecobstetra el día 5 de junio de 2013, el cual determinó que a la demandante no se le encontró ninguna irregularidad y que en la consulta brindada el 18 de julio de 2013, a la paciente no se le evidenció proceso de parto, por cuanto las membranas se hallaban íntegras, completas y el cuello cerrado y luego, cuando ya comparece en un lapso de 20 horas, fue cuando sin tardanza alguna se remitió al Hospital Universitario San Jorge de Pereira de nivel 3 de complejidad, por la atención urgente que requería para el parto, siendo además recibida en dicha Institución en buen estado. Resaltó la especial utilidad de haberse vinculado como litisconsorte necesario al Hospital San Jorge de Pereira, que fue el centro médico que atendió a la demandante antes del parto y después del nacimiento vivo de la bebé Alejandra Zapata.

Expresa que se descarta la existencia de nexo de causalidad entre el hecho generador y la afectación padecida, dado que según lo concluido por el Médico Forense Olmes Arias Montoya, adscrito a la Unidad Básica Belén de Umbría del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el Informe Pericial de Clínica Forense No. UBPEI-DSRS-18632-2019, la atención brindada a la paciente fue acorde a su condición clínica y la muerte de la neonata es presumiblemente por una falla neurológica debido a inmadurez cerebral según lo aportado en la historia clínica.

Solicita que sea desestimado el dictamen particular allegado por la parte actora, por omitir la acreditación de la totalidad de los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 226 del CGP, como la idoneidad reflejada en el título obtenido, las especializaciones, su experiencia en el campo de la medicina, que

<sup>8</sup> Expediente digital, documento 27AlegatosIPS.pdf

<sup>9</sup> Expediente digital, documento 25ActaAudienciaPruebas.pdf



haya conceptuado un número no inferior a 10 dictámenes o conceptos médicos sobre temas puntuales como el tratado en el proceso relacionado con la gestación, sus etapas, complicaciones y tratamientos médicos a seguir. Sin embargo, le llama la atención que la historia clínica anexa en la contestación de la demanda de la IPS Municipal de Cartago que fue desestimada por la extemporaneidad de la contestación, sí fue tenida en cuenta por la parte actora al cuestionar al perito particular para contradecir lo consignado por el personal médico que atendió a la paciente.

Finalmente, hace alusión al concepto de parto pretérmino y entre otros argumentos, solicita al Despacho revisar toda la prueba documental anexa en el expediente, en especial, la historia clínica de la IPS Municipal en la cual aparecen una serie voluminosa de anotaciones que reflejan el buen servicio prestado a la demandante.

### **6.3. MINISTERIO PÚBLICO:**

Dentro de la oportunidad concedida no allegó pronunciamiento alguno.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

Con fundamento en la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el 14 de septiembre de 2016<sup>10</sup>, el problema jurídico a resolver se concreta en:

- *Determinar si existen los elementos de responsabilidad administrativa de la entidad demandada IPS del MUNICIPIO DE CARTAGO, como consecuencia del fallecimiento de la menor ALEJANDRA ZAPATA, en los hechos ocurridos entre los días 16 de julio de 2013 y 14 de agosto de 2013, por una presunta falla médica del ente demandado.*

### **2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO:**

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, se analizarán los siguientes aspectos: (i) régimen de responsabilidad estatal aplicable en el ámbito de la salud, (ii) la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, (iii) elementos con fines probatorios arribados al plenario; (iv) análisis de los elementos de responsabilidad en el caso concreto atendiendo el problema jurídico planteado por el Juzgado y (v) de la configuración de un daño autónomo de pérdida de la oportunidad en este asunto.

#### **2.1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL APLICABLE EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: FALLA PROBADA DEL SERVICIO**

Atendiendo la postura consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la principal razón para comprometer la responsabilidad del Estado por la actividad médica hospitalaria es la existencia de una falla probada del servicio<sup>11</sup>. Bajo dicho

<sup>10</sup> Fls. 285-288 C. Ppal

<sup>11</sup> Ver: Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre el mismo punto ver, entre otras, Sección Tercera, sentencias de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y de 23 de abril de 2008, expediente 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa y, las 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, todas con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez. Recientemente, ver sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 25331, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



título de imputación, quien pretenda ser indemnizado por los daños que considera imputables a una entidad pública a título de falla del servicio, debe demostrar la existencia del daño, el defecto en la prestación del servicio médico asistencial o administrativo y un nexo de causalidad entre el daño y la falla<sup>12</sup>, es decir debe acreditar los tres elementos esenciales de la responsabilidad estatal, el daño, la imputación consistente en la falla y el nexo causal entre la falla y el daño.

El Consejo de Estado<sup>13</sup> ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, **vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso**<sup>14</sup> y que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance<sup>15</sup>.

Así, la Alta Corporación ha evolucionado su posición de pasar de la llamada teoría de la falla del servicio, de la carga dinámica de la prueba a finalmente aplicar la teoría de la **falla probada del servicio**. En materia de responsabilidad médica *“deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño*<sup>16</sup>.

Así mismo, en providencia el año 2020<sup>17</sup>, el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, reitera que la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de actividades médico – asistenciales, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser analizada bajo la **falla del servicio probada**, a lo cual se suma que, en consideración al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, incluida la indiciaria. Tal título de imputación opera no sólo respecto de los daños indemnizables originados como consecuencia de la muerte o de las lesiones corporales, sino también, *“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>18</sup>”.

Finalmente, en providencia del año 2021, el Consejo de Estado explicó que la posición actual de esa Corporación se sostiene en el título de imputación citado para asuntos médicos-sanitarios (falla probada del servicio), lo que implica que el demandante además de acreditar el daño debe necesariamente probar la falla por el desconocimiento de la *lex artis* y el nexo causal entre éste y el daño, sin perjuicio

<sup>12</sup> Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>13</sup> Subsección B, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20315, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>14</sup> [31] Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación No. 52001233100019950793301, expediente No. 17149, actor: Fair Benjamín Calvache y otros.

<sup>15</sup> [32] En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez y otros, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

<sup>16</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006 (exp. 15.772), reiterada entre otras, en sentencia del 20 de febrero de 2008 (exp. 15.563). Dicha tesis fue reiterada por la Corporación en providencia de noviembre de 2019: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-26-000-2012-01129-01(48977). Actor: Omar Villamizar Rojas y otra. Demandado: La Nación – Ministerio De Defensa – Ejército Nacional. Referencia: acción de reparación directa (apelación sentencia)

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico(E). Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00355-00(48565). Actor: Fernando Salguero Hernández y otros. Demandado: Departamento Del Tolima, Hospital Reina Sofía De España E.S.E., De Lérica Y Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., De Ibagué

<sup>18</sup> Sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 35.656.



de que el Juez pueda de acuerdo con la circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva<sup>19</sup>.

## 2.2. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL SERVICIO DE OBSTETRICIA

Para la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de actividades médico-asistenciales, como ya se analizó previamente, el Consejo de Estado dispuso que se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio. Dicha concepción, según la Alta Corporación en providencia del 2021<sup>20</sup>, también resulta aplicable a los casos de falla médica en el servicio de obstetricia, con la diferencia de que, si el demandante demuestra que el embarazo se desarrolló en condiciones de total normalidad, sin posibilidades evidentes de complicaciones y que, sin embargo, sobrevino un daño a raíz del parto, esa circunstancia viene a ser un indicio para declarar la responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha prueba indiciaria resulte refutada por la entidad demandada a lo largo del proceso.

En la providencia en cita, explicó que en estos eventos obstétricos, se debe acreditar: *i)* el daño antijurídico, *ii)* la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, el desconocimiento al deber de posición de garantía o la vulneración al principio de confianza, y *iii)* el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto. Cabe precisar que, quien demanda la responsabilidad médico asistencial, debe *“acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos”*.

Adicionalmente, corresponderá a la entidad demandada desvirtuar, mediante elementos materiales probatorios suficientes, el indicio de falla que constituye una presunción judicial. En ese sentido, debe recordarse que, en materia de responsabilidad médica, al Estado se le exige la utilización adecuada de todos los medios técnicos y profesionales de que está provisto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad, pues en este tipo de eventos la responsabilidad del Estado es de medio y no de resultado.

En otro pronunciamiento del 2021, la Alta Corporación reiteró que en eventos de responsabilidad médico asistencial por actos obstétricos, bajo el régimen de falla probada del servicio, no se trata de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad, es decir, no le basta al actor presentar la demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario la carga de la prueba. En la enunciada sentencia, se explicó que la entidad accionada deberá contraprobar lo demostrado por el actor mediante la prueba indiciaria, es decir, en contra de la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A. Consejera ponente: María Adriana Marín. Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 41001-23-31-000-2008-00309-01(52751). Actor: Martha Lucía Lozano Sánchez y otra. Demandado: E.S.E. Carmen Emilia Ospina. Referencia: acción de reparación directa

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 50001-23-31-000-2010-00202-01(52565). Actor: CÉSAR BRAULIO ROMERO Y OTRO. Demandado: HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO E.S.E. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)



Aunado a lo anterior, reiteró que si el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, es una prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica<sup>21</sup>. Al respecto agregó que si bien en esta clase de asuntos *existe una dificultad en el análisis de las pruebas en procesos de esta naturaleza, ello no supone que el juez presuma la existencia del nexo causal y, por lo tanto, será la actora quien acredite dicha circunstancia.*

Finalmente, el Consejo de Estado fue diáfano en establecer que las obligaciones en desarrollo de la actividad médico-sanitaria a cargo de la Administración **son de medio y no de resultado**, por lo que la prestación exigible es la aplicación de las técnicas idóneas y pertinentes en función de la práctica médica (lex artis ad hoc), sin que pueda aceptarse una responsabilidad basada en la sola producción del daño.

### **2.3. ELEMENTOS CON FINES PROBATORIOS ARRIBADOS AL PLENARIO:**

#### **2.3.1. Sobre el fallecimiento de la hija de la señora Marisela Zapata López (Alejandra Zapata):**

- Certificado de Defunción- Antecedente para el Registro Civil No. 70731921-0 (f. 62 C. Ppal), del cual se evidencia la anotación del fallecimiento de la menor Alejandra Zapata López, hija de Marisela Zapata López, el día 14 de agosto de 2013 a las 09:35 minutos, en la ciudad de Pereira, Risaralda.
- Registro Civil de Defunción No. 07480428 (f. 77), el cual da cuenta del fallecimiento de Alejandra Zapata López el día 14 de agosto de 2013 a las 09:35 am

#### **2.3.2. Sobre la legitimación en la causa por activa:**

De los respectivos registros civiles de nacimiento allegados al plenario, se probó que:

- La señora Marisela Zapata López es la madre de la menor fallecida.
- La señora María Josefina López Osorio es la madre de Marisela Zapata Lopez y abuela de la menor fallecida (f. 78 C. Ppal),
- La señora Yurani Ceballos López es hermana de Marisela Zapata Lopez y tía de la menor fallecida (f. 80 C. Ppal)
- La señora María Fabiola López Osorio y/o María Fabiola López de Bustamante es hermana de la señora María Josefina López Osorio (fls. 78 y 81 C. Ppal)
- La señora María Berenice Bustamante López es hija de la señora María Fabiola López Osorio (f. 82 C. Ppal)

#### **2.3.3. Sobre las atenciones médicas brindadas a la señora Marisela Zapata López y a la menor Alejandra Zapata:**

Para tales efectos, fueron allegados al plenario los siguientes documentos relacionados con la actuación médica brindada a la demandante Marisela Zapata López durante su gestación, durante su parto, con posterioridad a éste y la atención prestada a la menor recién nacida Alejandra Zapata

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00375-01(55903). Actor: ANA MILENA CORREDOR MALDONADO Y OTRO. Demandado: E.S.E. HOSPITAL REGIONAL MANUELA BELTRAN SOCORRO SANTANDER. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)



- Historia clínica correspondiente a las atenciones médicas brindadas a la señora Marisela Zapata por parte de la IPS Municipal de Cartago, durante todo el período de su gestación desde el 27 de marzo de 2013 al 19 de julio del mismo año (fls. 26 a 56 C. Ppal)

Al respecto, se tendrá en cuenta la historia clínica aportada por la parte actora en la demanda, como quiera que la allegada por la demandada IPS Municipal de Cartago en su contestación al haber sido extemporánea, no fue validada ni incorporada como prueba por el Juzgado.

- Historias clínicas de las atenciones médicas recibidas por la demandante Marisela Zapata López y su hija recién nacida por parte del Hospital Universitario San Jorge de Pereira (entidad que no es parte accionada en este asunto), y que fueron aportadas tanto por la parte actora las cuales reposan en expediente digital, carpeta 2014-00739CopiaHistoriasClínicasYNotasDeEnfermeríaMariselaZapata-HijoeHija como también por la citada entidad en respuesta a prueba de oficio librada por el Juzgado, misma que obra en expediente digital, rotulada como 06RespuestaOficio227(31-05-2021).pdf.
- Se desprende de la atención brindada al interior del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, a la hija de la señora Marisela Zapata se le realizó *resonancia magnética de cerebro simple* en el Centro de Alta Tecnología Diagnóstica del Eje Cafetero S.A. el día 7 de agosto de 2013, de la cual concluyó el médico radiólogo: 1. Inmadurez cerebral; 2. Hemorragia focal parenquimatosa endimaria en la región paraatrial izquierda (f. 63 C. Ppal)
- En respuesta a prueba de oficio decretada en el proceso<sup>22</sup>, se remitió informe pericial de Clínica Forense No. UBPEI-DSRS-18632-2019 del 6 de noviembre de 2019 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Unidad Básica Belén de Umbría suscrito por el perito Olmes Arias Montoya, a través del cual concluyó sobre los interrogantes planteados por el Juzgado (fls. 448-451 C. Ppal).
- 

<sup>22</sup> En el marco de este proceso contencioso administrativo, una vez había ingresado para fallo, este Despacho mediante auto interlocutorio No. 351 del 4 de marzo de 2019 (fls. 419-419 C. Ppal), dispuso conforme al artículo 213 del CPACA, decretar prueba de oficio tendiente a la designación de médico perito adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cartago, para que rindiera concepto o informe sobre los siguientes aspectos:

1. Deberán precisar si es viable la vida para un neonato con solo 26 semanas de gestación
2. Esclarecer la causa del deceso de la neonata Alejandra Zapata, cuya madre es la señora Maricela Zapata López
3. Indicar si la muerte de aquella se debió o no a una falla médica
4. Determinar si la señora Zapata López tuvo o no un embarazo normal hasta la semana 26.1 de gestación
5. Establecer Cuál es el protocolo médico a seguir frente a la atención de una gestante con historial de infecciones genitales y urinarias
6. Analizar si el anterior protocolo se siguió para el caso de la señora Marisela Zapata López
7. Esclarecer si las infecciones genitourinarias, Cómo la vaginosis, constituyen una causa de un parto pretérmino
8. Señalar si era previsible la complicación de un parto pretérmino conforme el cuadro clínico y las características observadas en los controles de la señora Marisela Zapata
9. Aclarar si el personal de la salud que atendió a la señora Marisela Zapata López agotó todas las ayudas diagnósticas y médicas que tenían a su alcance para evitar un parto pretérmino
10. Constatar si a la señora Zapata López le formularon uteroinhibidores para el manejo de parto pretérmino en las consultas anteriores al 19 de julio del 2013
11. Señalar cualquier otro asunto que se advierta de relevancia frente a la atención médica que se le dispuso a la demandante y a su fallecida hija



- En respuesta a la ampliación de los cuestionamientos objeto de la prueba pericial<sup>23</sup>, respecto a 5 puntos adicionales, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, remitió oficio No. UBERPE-DSRI-01667-2022 del 16 de mayo de 2022, mismo que reposa en expediente digital como *14ComplementaciónDictamenMedicinaLegal.pdf*.
- Dictamen pericial particular el 28 de noviembre de 2018, aportado por la parte actora en respuesta a la prueba de oficio decretada por el Juzgado y que se evidencia a fls. 520-534 C. Ppal, el cual aparece suscrito por Andrés Felipe Castro Silva.
- Lo citados dictámenes periciales fueron sustentados por los peritos actuantes en audiencia celebrada el día 28 de septiembre de 2022<sup>24</sup>, en la cual se hizo alusión a las respuestas brindadas a los interrogantes señalados por el Despacho para su realización y a la formación académica de cada uno de los peritos.
- En audiencia de pruebas celebrada el día 21 de noviembre de 2016 (fls. 314-316 C. Ppal), se recepcionó la declaración de los señores Nelson Bohórquez, Gustavo Vélez y Heriberto Sánchez, quienes declararon sobre la relación afectiva existente entre los integrantes de la parte actora y los daños morales y a la salud ocasionados a los mismos.

#### **2.4. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO: Atendiendo el problema jurídico planteado en este asunto**

En el caso bajo estudio, se itera la parte actora pretende la declaratoria de responsabilidad administrativa del Estado (ESE I.P.S. Municipal de Cartago), como consecuencia del fallecimiento de la menor Alejandra Zapata en los hechos ocurridos entre los días 16 de julio de 2013 y 14 de agosto de 2013, por una presunta falla médica del ente demandado.

Con fundamento en lo anterior, el Despacho procederá a estudiar de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en el *sub júdice* concurren o no, los elementos necesarios para declarar la citada responsabilidad patrimonial respecto del daño que sirvió de fundamento al presente medio de control.

##### **2.4.1. EL DAÑO**

En el caso concreto, la responsabilidad patrimonial que se impetra en la demanda se originó en el daño que alega haber sufrido la parte actora como consecuencia

<sup>23</sup> Por solicitud del apoderado judicial de la parte actora, el Despacho en auto del 15 de octubre de 2019 (fls. 444-445 C. Ppal), accedió al decreto de dictamen rendido por perito particular conforme al último inciso del artículo 213 del CPACA. Igualmente en dicha providencia y por solicitud de la accionada ESE IPS Municipal de Cartago, se dispuso la ampliación de los puntos a absolver tanto por el perito designado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como el perito particular contratado por la parte actora, a los siguientes aspectos:

- ¿Qué carga se le genera al paciente, ante la desatención de su parte de las obligaciones que le surgen con ocasión del servicio médico?
- ¿Qué carga de responsabilidad o culpa se le imputa a la paciente, cuando deja pasar 10.6 semanas de embarazo sin iniciar su control prenatal de FUM y 10 de ecografía?
- ¿Cuál es la idoneidad de los exámenes de diagnóstico ordenados por el personal médico de la IPS del MUNICIPIO DE CARTAGO ESE?
- ¿La falta de la práctica del examen de laboratorio IGM para un toxoplasma, ordenado a la señora Marisela Zapata López, imposibilitado a la emisión de un diagnóstico concreto?
- ¿Fue oportuna la remisión de la paciente a la institución de Tercer nivel de complejidad Hospital Universitario San Jorge de Pereira?

<sup>24</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf



de la muerte de la hija (recién nacida) de la señora Marisela Zapata López, esto es, Alejandra Zapata, ocurrida el día 14 de agosto de 2013.

El Juzgado encuentra acreditado lo anterior, a partir de los siguientes documentos:

- Certificado de nacido vivo- Antecedente para el Registro Civil, en el que se anotó que la hija de la demandante Marisela Zapata López nació el 19 de julio de 2013 (f. 61 C. Ppal).
- Certificado de Defunción- Antecedente para el Registro Civil No. 70731921-0 (f. 62 C. Ppal), del cual se evidencia la anotación del fallecimiento de la menor Alejandra Zapata López, hija de Marisela Zapata López, el día 14 de agosto de 2013 a las 09:35 minutos, en la ciudad de Pereira, Risaralda
- Registro Civil de Defunción No. 07480428 (f. 77), el cual da cuenta del fallecimiento de Alejandra Zapata López el día 14 de agosto de 2013 a las 09:35 am

Igualmente, de la historia clínica aportada al legajo y correspondiente a las atenciones brindadas por la IPS Municipal de Cartago, el Despacho tuvo conocimiento de la gestación de la señora Marisela Zapata López. Así mismo, de la historia clínica correspondiente a las atenciones brindadas por el Hospital San Jorge de Pereira, el Juzgado tuvo conocimiento del parto realizado por la señora Marisela Zapata López y el alumbramiento de la menor Alejandra Zapata, como de su ingreso al servicio de neonatos por prematuridad extrema en la referida Institución San Jorge de Pereira y que encontrándose allí, se dio su fallecimiento según los hechos de la demanda. Como notas del fallecimiento se tiene<sup>25</sup>:

**SUBJETIVO:**

*Evolución y nota de fallecimiento IDx: 1) RNPT 26 seg, 2) Hemorragia focal parenquimatosa ependimaria por RM cerebral, 3) Hiponatremia en corrección: neumonía por clamidia tratada- Sepsis tardío por staphylococcus haemolyticus- DAP tratadom -microcefalea.*

**OBJETIVO:**

*Paciente en estado muy crítico, en falla multiorgánica; en el transcurso de la mañana su estado de salud empeoró, con deterioro cardíaco cardiovascular y digestivo; cínosis generalizada a pesar de estar con el apoyo ventilatorio mecánico. A las 09:30 horas presenta paro cardíaco; no se practica reanimación basado en los antecedentes del paciente y su deterioro crítico en el día de hoy a pesar de estar con soporte ventilatorio y hemodinámico adecuados. A la madre y a la abuela materna se les informó de las condiciones crítica de la paciente y del deterioro en la mañana de hoy, que terminó finalmente en el fallecimiento del paciente.*

**DIAGNÓSTICOS**

*Dx principal*

P072	<i>Inmadurez extrema</i>	X
P525	<i>Hemorragia subaracnoidea (no traumática) del feto y del recién nacido</i>	
A749	<i>Infección por clamidias, no especificada</i>	
P362	<i>Sepsis del recién nacido debida a staphylococcus aureus</i>	

Por último, con las pruebas antes mencionadas y los respectivos registros civiles de nacimiento allegados al plenario y relacionados en acápite de hechos probados, el Juzgado encuentra acreditado el daño alegado por los integrantes de la parte actora.

<sup>25</sup> Expediente digital, carpeta 2014-00739HistoriasClínicas, archivo HCHijoDeMariselaZapataLópez.pdf, folio 258



### 2.3.2. LA IMPUTACIÓN:

Establecido el primer elemento de la responsabilidad, el Despacho abordará el análisis de la imputación, con el fin de determinar si el daño sufrido por las demandantes le resulta atribuible o no a la ESE I.P.S. Municipal de Cartago.

En este asunto, la parte actora pretende la declaratoria de responsabilidad de la ESE IPS Municipal de Cartago por la muerte de la hija recién nacida de la señora Marisela Zapata López. En su criterio, dicho daño ocurrió como consecuencia de la indebida y negligente atención médica que se le suministró a la paciente y que en su sentir derivó en un parto pretérmino, las cuales se concretan en:

- i) No se catalogó a la paciente siendo primigestante con un claro historial de infecciones genitales y urinarias a repetición como paciente de alto riesgo obstétrico, debiendo tener controles prenatales un mes con médico general y un mes con ginecólogo.
- ii) El día 18 de julio de 2013 se le dio de alta pese a que la sintomatología podía indicar un trabajo de parto prematuro y se le dejaron de realizar exámenes tendientes a verificar tal circunstancia como monitoreo fetal, tocometría, frotis vaginal, hemograma, uroanálisis y ecografía obstétrica. Tampoco se le prestó atención por parte de un ginecólogo ni se remitió a entidad donde hubiese uno.
- iii) Una vez se detectó el inicio del trabajo de parto no se administraron a la madre medicamentos que permitieran la maduración pulmonar fetal
- iv) No se puso en práctica el protocolo cemiya recomendado y utilizado en todo el Departamento del Valle del Cauca.

En primer lugar y como ya se indicó en acápite anterior, el Consejo de Estado en providencia del año 2021, explicó que en tratándose de asuntos en los que se debate responsabilidad del Estado por asuntos médicos-sanitarios, el título de imputación aplicable era de falla del servicio, lo que implica que el demandante además de acreditar el daño, debe probar la falla del acto médico y el nexo causal entre éste y el daño.

Para efectos de realizar el respectivo juicio de atribución, el Juzgado procedió al análisis del material probatorio obrante en el plenario y del cual, se logra observar la actuación de la demandada IPS Municipal de Cartago en la prestación del servicio médico a la paciente Marisela Zapata López durante su gestación, para así abordar el estudio de su responsabilidad.

Ahora bien, analizado el mismo, de las pruebas allegadas al proceso se concluye que la IPS Municipal de Cartago sí realizó controles prenatales a la demandante Marisela Zapata López y llevó un seguimiento de su embarazo, desde el momento en que ésta consultó con la entidad accionada por primera vez (27 marzo de 2013) y puso en conocimiento su estado de gestación de 7.5 semanas de embarazo.

En efecto de la historia clínica que reposa en el expediente y a la que se hizo alusión en acápite anterior, muestra la realización de cuatro (4) controles en las fechas y con las anotaciones que a continuación se indican (fls. 30, 38-39, 45-47 C. Ppal):

03/04/2013	Asiste paciente primigestante con embarazo de +/- 10.6 SEM por FUM del 17/01/2013 y de +/- 12 SEM por ECO del 02/04/2013 para 11.6 SEM que ha presentado sangrado menstrual escaso en aprox 2 ocasiones. Refiere que presentó flujo vaginal marrón no fétido. Paciente quien se encontraba en Chile donde iniciaron TTO Médico. Consultó por el servicio de urgencias donde solicitaron ECO TV. Paciente refiere que el embarazo no fue deseado, pero acepta el mismo. (...)
Control prenatal 1	



	<p>Se identifica embarazo intrauterino con feto, único, movimientos espontáneos. Organogénesis adecuada para la edad gestacional. La Longitud craneocaudal es de 44 mm para 11 semanas El saco gestacional de 61 mm para 11 sem 6 días La placenta con un grado de maduración I/III con implantación fúndica Fetocardia positiva de 160 LPM El líquido amniótico en cantidad y calidad adecuada para la edad gestacional. Conclusión: Embarazo intrauterino con feto único vivo de 11 semanas 6 días por longitud craneocaudal. FPP: 22/10/2013</p> <p>CCV 08/01/2013 Negativa para lesión intraepitelial o malignidad</p> <p>Próximo control prenatal: Mes 05 Año 2013</p>
03/05/2013  Control Prenatal 2	<p>Asiste paciente primigestante con embarazo de +/- 15.1 SEM por FUM del 17/01/2013, de +/- 16.2 SEM por ECO del 02/04/2013 para 11.6 SEM y de +/- 16 SEM por ECO del 12/04/2013 para 13 SEM. Paciente refiere que consultó dos veces en el mes por dolor abdominal dieron manejo hicieron Dx de urolitiasis y solicitaron ECO RENAL (12/04/2013) Ecografía de vías urinarias dentro de límites normales. Sin embargo no es posible descartar por completo la presencia de nefrolitiasis de pequeño tamaño. Se recomienda estudios complementarios.</p> <p>Niega dolor, niega pérdidas vaginales y otros síntomas</p> <p>Otros: Ecografía obstétrica 12/04/2013 Útero aumentado de tamaño. Se evidencia UNS ACO Gestacional al nivel del fondo uterino con embrión en su interior, el cual mide 66.8 mm para una edad gestacional de 13 SEM o Días. Embriocardia + no se observan hematomas, ni desprendimientos subcoriales OCI cerrado. Ambos ovarios de forma, contorno y configuración normal de saco libre. Conclusión: Embarazo intrauterino creciendo en percentiles promedio para 13 SEM o días FPP: 18/10/2013</p> <p>Examen físico: (...) Actividad intrauterina: NO Edemas: NO Premonitorios: NO Pérdidas: NO Riesgo AX B Motivo de riesgo: Hemorragia I Trimestre Hallazgos al examen físico: BCG CC normal CP Rscrs MV limpio abdomen blando depresible no dolor no megalias extremidades no edemas neuro sin déficit</p> <p>Próximo control prenatal: mes 06 año 2013</p>
05/06/2013 Control prenatal 3	<p>Asiste paciente primigestante con embarazo de +/- 19.6 SEM por FUM de 17/01/2013, De +/- 21 SEM por ECO del 02/04/2013 para 11.6 SEM y de +/- 20.5 SEM por ECO del 12/04/2013 para 13 SEM. Refiere que continua con dolor abdominal. Asociado a deposiciones diarreas. Paciente demandante solicita ser vista por un ginecólogo. Niega pérdidas vaginales, refiere mov fetales (...) Valoración por ginecología? SI NOX (...) Impresión diagnóstica1: EMB +/- 19.6 SEM</p> <p>Orden para exámenes de laboratorio: Citología</p>
05/07/2013 Control prenatal 4	<p>Asiste paciente primigestante con embarazo de +/- 24.1 SEM por FUM de 17/01/2013, De +/- 25.2 SEM por ECO del 02/04/2013 para 11.6 SEM y de +/- 25 SEM por ECO del 12/04/2013 para 13 SEM y de +/-24. SEM por ECO del 31/05/2013 para 19.5 SEM. Asiste refiriendo sensación de ardor en piel. Igualmente no flujos patológicos Niega pérdida vaginales, refiere MOV fetales ++</p> <p>Paciente valorada por GO el 20/06/2013 da recomendaciones. Comenta el día de hoy que convive con muchos gatos. Igualmente ha estado en albergues donde han estado muchos gatos enfermos por lo cual se solicitará para toxoplasma. (...) TD: 2D CITOLOGÍA: OK</p> <p>Revisión de exámenes: CITOLOGÍA CV: 16/06/2013 NEGATIVO PARA LESIÓN INTRAEPITELIAL O MALIGNIDAD</p> <p>Impresión diagnóstica1: EMB +/- 24.1 SEM</p>



CONDUCTA: ... SS ECO OBSTÉTRICA. SS IGM TOXOPLASMA. Se dan recomendaciones claras hábitos saludables, estilos de vida SS VAL NUTRICIÓN por poca ganancia de peso.  Próximo control prenatal: mes 08 año 2013  ORDEN PARA EXÁMENES DE LABORATORIO: IGN PARA TOXOPLASMA
--

Se evidencia que en los aludidos controles prenatales la paciente Marisela Zapata López no refirió pérdidas vaginales y se observa según anotaciones médicas que el embarazo transcurría con normalidad.

Aunado a lo anterior, se evidencia que le fue practicada a la demandante, ecografía obstétrica tridimensional el día 31 de mayo de 2013, en la cual se obtuvieron los siguientes hallazgos: *“En suma: feto único vivo en cefálica, como para 18.5-19.5 (19s 1d) semanas, con fecha probable de parto: 24-x-2013; Flujiometria Doppler color sin cambios; El peso fetal actual es de aproximadamente:27 grs; Longitud cefalo-caudal: 128 mms”* (fl 66 C. Ppal).

Igualmente, se observa que fue atendida por médico especialista en ginecología y obstetricia en fecha 20 de junio de 2013, como se desprende de lo consignado en control prenatal número 4 (fls. 46-47 C. Ppal). Sus resultados según se indicó por el perito designado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Olmes Arias Montoya, tras ser valorada en la semana 22 de gestación, fueron de encontrar a la paciente en buenas condiciones generales y con bienestar fetal adecuado (fls. 448-451 C. Ppal).

Ahora bien, nótese que durante todo el transcurso de la gestación la demandante adoleció de infecciones genitales y se observa de la historia clínica que para todos los momentos en que la señora Marisela Zapata López consultó con la IPS Municipal de Cartago, tanto en servicio de consulta externa como en urgencias, en las fechas que a continuación se señalan, le practicaron exámenes, fue tratada y le fueron prescritos medicamentos para atender tales patologías. Veamos:

- 27 de marzo de 2013: Se le practicó frotis vaginal, cuadro hemático y frotis vaginal. Se observó como hallazgo ligeramente turbio, bacterias, cocobacilos. Se le dio fórmula médica (fls. 26-30 C. Ppal).
- 10 de abril de 2013: Se indican antecedentes de urolitiasis. Se le prescriben analgésicos y ordena realización de ecografía renal y de vías urinarias. Se dan recomendaciones, signos de alarma (fls. 33-35 C. Ppal).
- 29 de abril de 2013: Se le diagnosticó infección de vías urinarias. Se le administró SSN por 500CC más 1 AMP de BB-Miosina COMP EV, metoclopramida por 10 mg IM, se le practicó cuadro hemático, frotis vaginal y posterior a dichos exámenes se encontró cuadro hemático normal, parcial de orina muestra hematuria no significativa y cambios en el PH, por lo cual finalmente se diagnosticó una Vaginosis. Se le otorgó fórmula médica (fls. 35-38 C. Ppal).  
NOTA: en control prenatal realizado el día 3 de mayo de 2013, se indicó que tras haberle solicitado a la paciente ECO RENAL (12/04/2013) Ecografía de vías urinarias, éstas salieron dentro de límites normales.
- 10 de mayo de 2013: Indica que previamente se le había prescrito cefalexina, clotrimazol, mioscina. Nuevamente se diagnosticó vaginosis y como conducta se dispuso ampicilina y continuar los manejos (fls. 40-41 C. Ppal).



- 15 de julio de 2013: La paciente presentó flujo vaginal blanquecino no fétido y salida de moco transparente escaso. En la revisión física del sistema genitourinario se encontró “*Al tacto vaginal cuello cerrado posterior, no dilatación, no borramiento, no sangrados, no salida de tapón mucoso, presencia abundante flujo grumoso, no fétido, no dolor a la palpación*”. Como conducta a seguir se dispuso SS /parcial de orina, frotis vaginal, cuadro hemático, se ordenó reposo absoluto, se medicó acetaminofen, se dieron recomendaciones signos de alarma sobre cuándo consultar a urgencias. Al día siguiente 16 de julio de 2013 se entregaron resultados de los exámenes, encontrando en el examen de secreción vaginal, positivo para bacterias (fls. 48-49 C. Ppal).
- 18 de julio de 2013: La paciente trajo el reporte citado del frotis vaginal, en el cual se lee dos signos + para bacterias y flora lactobacilar abundante, diagnosticándole en dicha fecha una vaginosis bacteriana. En dicha fecha se le prescribió *Ampicilina 500 mg: 28 CAPS- AC ASCORBICO 500 MG: 12 pastas- Acetaminofen 500 MG: 20 pastas*. En esa fecha se realizó examen físico del sistema genitourinario y se encontró *tacto vaginal; cuello posterior, no dilatado, presencia de leucorrea grumosa en abundante cantidad*. Se ordenó nuevamente ampicilina, se dio fórmula de clotrimazol y como NOTA se dieron amplias recomendaciones y signos de alarma para consultar de inmediato y se recordaron premonitorios (fls. 49-51 C. Ppal).

Nótese que de las anotaciones de la historia clínica en cita, se puede concluir que la IPS Municipal de Cartago, en todo momento prestó los servicios médicos asistenciales que requirió la demandante Marisela Zapata López para el debido tratamiento de la patología de vaginosis que le aquejaba.

Ahora bien, llama la atención del Juzgado que en este proceso la parte actora asevere lo contrario y pretenda responsabilizar a la IPS Municipal de Cartago por el fallecimiento de la hija recién nacida de la señora Marisela Zapata, cuando se evidencia de las mismas anotaciones de la historia clínica lo siguiente:

- Que la accionante no siguió de manera estricta el tratamiento antibiótico que le fue prescrito para la vaginosis bacteriana y así se desprende de las anotaciones de atenciones médicas dejadas los días 10 de mayo y 18 de julio de 2013. Para el día 10 de mayo de 2013, la demandante manifestó que no toleró la cefalexina porque le provocó náuseas y que deseaba cambiarla y para el día 18 de julio de 2013, la paciente refirió no había iniciado el medicamento ampicilina y no sabía si debía tomarlo o no (fls. 40, 41, 49-51 C. Ppal)
- Que transcurrió aproximadamente un espacio de dos (2) meses entre la consulta a la que acudió el día 10 de mayo de 2013 y la del 15 de julio de 2013, en la cual la demandante Marisela Zapata no acudió a la IPS Municipal de Cartago refiriendo síntomas asociados a cuadro de infección vaginal o vaginosis, sino para la atención de otras patologías (fls. 40 y 49 C. Ppal).

En efecto, para los días 26 de mayo<sup>26</sup> y 30 de mayo<sup>27</sup> de 2013, la demandante acudió a la IPS Municipal de Cartago pero por presentar en la primera fecha, cuadro de deposiciones líquidas y emesis y en la segunda oportunidad por *dolor en la boca del estómago que le pasa a la espalda*. En el primer evento la impresión diagnóstica fue de diarrea y se le dieron recomendaciones, hidratación oral y se ordenó coprológico y en el segundo evento, se trató como epigastralgia con tratamiento de hidratación, manejo analgésico antiespasmódico, protección gástrica (Lev 1000 CC de SSN Bolo, Ranitidina

<sup>26</sup> Fls. 41 y 42 C. Ppal

<sup>27</sup> Fls. 42-44 C. Ppal



AMP x 50 mg AMP en los 1ros 500CC, B HIOSCINA AMP aplicar 1 AMP en los segundos 500 cc, Paraclínicos ambulatorios), pero se reitera, en ningún momento manifestó la demandante síntomas de vaginosis bacteriana.

Aunado a lo anterior, se evidencia que para el control prenatal #3 efectuado en fecha 5 de junio de 2013 (fls. 45-46 C. Ppal), la demandante refirió continuar con los síntomas de deposiciones diarreicas y solicitó ser vista por ginecólogo, consulta que se realizó el día 20 de junio de 2013, cuyos resultados según se indicó por el perito designado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Olmes Arias Montoya, tras ser valorada en la semana 22 de gestación, fueron de encontrar a la paciente en buenas condiciones generales y con bienestar fetal adecuado (fls. 448-451 C. Ppal). Adicionalmente, según se anotó en el control prenatal #4 del 5 de julio de 2013 (fls. 46-47 C. Ppal), se consignó que los resultados de la citología fueron buenos y que se le realizó ecografía obstétrica tridimensional el 31 de mayo de 2013 (fl. 66 C. Ppal), cuyos resultados fueron normales, en los que tampoco se hizo alusión a la presencia de vaginosis bacteriana.

- Que la paciente señala para el día 18 de julio de 2013 (fls. 49-51 C. Ppal), cuando acudió al servicio de urgencias de la entidad accionada, que tenía un cuadro clínico de 20 días de evolución consistente en presencia de dolor en hipogastrio asociado a presencia de leucorrea blanquecina, no olor fétido. Se cuestiona el Despacho el hecho de haber dejado transcurrir un término de veinte (20) días sin tratar tal patología y mas aún, de haber acudió en fecha anterior a la IPS Municipal de Cartago y no haber hecho referencia a tales síntomas de vaginosis bacteriana.
- Que en el control prenatal #4 realizado el día 5 de julio de 2013 (fls. 46-47 C. Ppal), a la paciente se le ordenó la realización del examen en sangre para descartar toxoplasmosis de Inmunoglobina para toxoplasma (IGN Toxoplasma), sin que la misma se lo hubiera realizado, pues así se desprende de la sustentación del dictamen pericial rendido por el perito particular Andrés Felipe Castro Silva en audiencia del día 28 de septiembre de 2022<sup>28</sup>, cuando establece que tuvo conocimiento de la negativa de la accionante a la realización del examen médico. Igualmente, en dicho control prenatal, la demandante fue remitida a valoración por nutrición por poca ganancia de peso, sin que se tenga en el plenario, pieza procesal dé cuenta si la demandante tramitó y acudió a tal valoración.
- Que según notas de enfermería que reposan en la historia clínica, la paciente indicó para el día 19 de julio de 2013 que el dolor de contracciones inició en horas de la mañana, pero sólo vino a consultar nuevamente con el servicio de urgencias a las 17:45 de la tarde (fl. 53 C. Ppal)

Tales anotaciones también encuentran eco en la conducta que reflejó la demandante en la primera atención brindada en la IPS Municipal de Cartago el día 27 de marzo de 2013, en la cual manifestó su procedencia desde Chile y aseveró que en dicho país los galenos le prescribieron la medicación *progesterona micronicza* y *metronidazol óvulos*, los cuales suspendió (fls. 26-27 C. Ppal).

En ese orden de ideas, para el Juzgado tales anotaciones son indicadores de una actitud descuidada y despreocupada de la paciente en su propio bienestar y en el de su gestante, habida cuenta que no dio observancia precisa y rigurosa de las

<sup>28</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf



prescripciones y lineamientos médicos formulados por los galenos tratantes de la entidad médica hoy demandada.

Aunado a lo anterior, al valorar de manera integral el material probatorio allegado a la actuación, el Juzgado no comparte las conclusiones a las cuales arribó el perito particular Md. Andrés Felipe Castro Silva, en dictamen pericial aportado por la parte actora, en el sentido de que el tratamiento médico impartido a la demandante Marisela Zapata López no fue el adecuado ni el efectivo para la atención de la vaginosis que presentó, si se tiene de presente que durante todo el tiempo en que la misma consultó ante la IPS Municipal de Cartago, ésta le brindó el tratamiento para los síntomas que manifestó, se le realizaron los correspondientes exámenes de diagnóstico y se le formularon medicamentos antibióticos y de otro lado, por cuanto fue la propia demandante quien no tuvo un cumplimiento estricto de los medicamentos prescritos para el control de la infección vaginal que la aquejó, por lo cual no existe un parámetro para establecer con total certidumbre que el tratamiento impartido no fue el efectivo ni el adecuado.

Por el contrario, el perito designado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Md. Olmes Arias Montoya (fls. 448-451 C. Ppal), manifestó en su experticio, así como en la sustentación del mismo en audiencia del día 28 de septiembre de 2022<sup>29</sup>, en respuesta a la pregunta 6 del cuestionario, que de la historia clínica se podía evidenciar que a la paciente se le ordenaron los paraclínicos necesarios para determinar si presentaba tal patología y se le indicó el tratamiento correspondiente. De manera posterior, en la ampliación del dictamen pericial en la respuesta a la pregunta 3 sobre la idoneidad de los exámenes de diagnóstico ordenados por el personal médico de la IPS accionada, respondió "*Los exámenes ordenados por el personal médico de la IPS Cartago son los idóneos y correspondientes a ordenar en los controles prenatales y de acuerdo a la evolución, así como de las manifestaciones clínicas presentadas por la paciente*".

En ese sentido, la parte actora no acreditó de manera fehaciente el indebido tratamiento de la infección vaginal que aquejó a la paciente y con ello no demostró la responsabilidad de la IPS Municipal de Cartago en el fallecimiento de la hija recién nacida de la señora Marisela Zapata López fundado en el parto pretérmino sufrido por la señora Marisela Zapata López, habida cuenta que:

- A la demandante se le prestaron controles prenatales de manera mensual desde que puso en conocimiento de la IPS Municipal de Cartago su estado de gravidez.
- Le fue realizada a la accionante ecografía obstétrica tridimensional el día 31 de mayo de 2013, cuyos resultados fueron normales (fl. 66 C. Ppal).
- Según atención especializada brindada a la señora Marisela Zapata López el día 20 de junio de 2013, tras ser valorada en la semana 22 de gestación, el ginecoobstetra la encontró en buenas condiciones generales<sup>30</sup>.
- Según respuesta al interrogante 8 del dictamen pericial rendido por perito designado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, "*la señora Maricela Zapata fue valorada por el ginecólogo en la semana 22 de gestación En dónde se encontraba en buenas condiciones generales y con bienestar fetal adecuado. posteriormente presentó síntomas de urolitiasis y no*

<sup>29</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf

<sup>30</sup> Fls. 46, 47, 448 y 451 C. Ppal



se presentó sangrados o manifestación de pérdidas vaginales que hicieran previsible la complicación de un parto pretérmino” (fls. 448-451 C. Ppal).

- Para el día 15 de julio de 2013 cuando la demandante acudió al servicio de urgencias de la entidad accionada, con los síntomas de aparición de flujo vaginal blanquecino no fétido y salida de moco transparente escaso, al examen físico del sistema genitourinario se encontró “Al tacto vaginal cuello cerrado posterior, no dilatación, no borramiento, no sangrados, no salida de tapón mucoso, presencia abundante flujo grumoso, no fétido, no dolor a la palpación”. Se le ordenó paraclínico de frotis de secreción vaginal cuyo resultado dado el día 16 de julio de 2013 detectó bacterias en vagina. El día 15 de julio de 2013, cuando fue dada de alta, se le ordenó reposo absoluto, se le dieron recomendaciones y signos de alarma sobre cuándo consultar a urgencias y se indicó como NOTA que “Debe reconsultar en caso de dolor, pérdida de movimientos fetales, salida de líquidos o cualquier otro síntoma anormal debe consultar de inmediato a urgencias” (fls. 48-49 C. Ppal).
- Para el día 18 de julio de 2013 cuando la paciente acudió al servicio de urgencias nuevamente con el diagnóstico de vaginosis bacteriana, se encontró al examen físico del sistema genitourinario, esto es, al tacto vaginal que el cuello posterior no estaba dilatado. No obstante, por presentar leucorrea grumosa en abundante cantidad se le ordenó ampicilina, fórmula médica de clotrimazol, se dieron amplias recomendaciones y signos de alarma para consultar de inmediato, se le recordaron premonitorios y se dio salida a las 19:41 (fls. 49-51 C. Ppal).
- Según dictamen pericial rendido por el perito particular de la parte actora, a la pregunta sobre el cuadro clínico que presentó el día 18 de julio de 2013 la paciente Marisela Zapata López, respondió en audiencia de sustentación del día 28 de septiembre de 2022<sup>31</sup>, que en dicha ocasión los síntomas sólo ofrecían sospecha de infección vaginal.
- Una vez la demandante Marisela Zapata López acudió a la IPS Municipal de Cartago el día 19 de julio de 2013 a las 18:55 (fl. 53 C. Ppal), con cuadro clínico de un día de evolución de dolor tipo contracción, y encontrar al examen físico como hallazgo “abdomen: grávida con feto único longitudinal dorso izquierdo FCF:156 por Doppler. TV: Cuello borrado, 90% dilatación 8 cm con membranas abombadas. Actividad uterina 3 en 10 de 30 segundos de buena intensidad”, y evidenciar el diagnóstico de trabajo de parto activo, se observa que dicha Institución procedió a la remisión inmediata de la paciente al Hospital San Jorge de Pereira, como urgencia vital.
- Sobre la remisión de la paciente al Hospital San Jorge de Pereira, el perito adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, manifestó a la respuesta a la pregunta 9 del cuestionario que “el día 19 de julio de 2013 la paciente ingresa en trabajo de parto activo y se remite como urgencia vital tercer nivel en Hospital Universitario San Jorge de Pereira” (fls. 448-451 C. Ppal). Posteriormente, en la ampliación al dictamen pericial, en relación con la pregunta de si fue oportuna la remisión de la paciente a la Institución de Tercer Nivel de Complejidad, respondió “sí, en la atención hospitalaria se evidencia el cumplimiento de protocolos para la atención de la paciente en estado de gestación y la remisión como urgencia vital del binomio madre e hija”<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf

<sup>32</sup> Expediente digital, 14ComplementaciónDictamenMedicinaLegal.pdf,



- Sobre la misma remisión de la paciente, el perito particular llamado por la parte actora al proceso, en la sustentación del experticio en audiencia de pruebas del 28 de septiembre de 2022<sup>33</sup>, consideró que fue válida la actuación de la IPS Municipal de Cartago de trasladar a la demandante al Hospital San Jorge para el manejo del trabajo de parto, por cuanto el nivel de complejidad de la IPS de Cartago no daba para sacar adelante un parto inmaduro.
- En cuanto a la realización del examen denominado como *cervicometría o monitoreo fetal* en fecha 18 de julio de 2013, se tiene que, si bien tanto el perito designado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como el particular contratado por la parte actora, en audiencia de sustentación de dictámenes periciales<sup>34</sup>, coincidieron en que su práctica pudo haber detectado en tal fecha actividad uterina imperceptible en la demandante, no es menos cierto, que según el dicho del mismo perito particular, este examen se podía realizar en una Institución de primer nivel de complejidad desde que allí hubiese médico ginecólogo.

Al respecto, se tiene que la accionada ESE IPS Municipal de Cartago al ser de primer nivel de complejidad o de baja complejidad<sup>35</sup>, en los términos de la Resolución No. 5261 de 1994<sup>36</sup>, concretamente en su artículo 96, las actividades, intervenciones y procedimientos que debe prestar una Institución de tal nivel son:

- *Atención Ambulatoria: i) Consulta médica general, ii) Atención Inicial, estabilización, resolución o remisión del paciente en urgencias; iii) Atención Odontológica; iv) Laboratorio Clínico de baja complejidad, v) Radiología y vi) Medicamentos Esenciales*
- *Citología*
- *Acciones intra y extramurales de Promoción, Prevención y Control.*
- *Atención quirúrgica*
- *Servicios con internación (hospitalización):*
- *Atención Obstétrica*
- *Atención no quirúrgica u obstétrica*
- *Laboratorio Clínico*
- *Radiología*
- *Medicamentos esenciales*
- *Valoración Diagnóstica y manejo médico*
- *Atención quirúrgica*

En lo que corresponde al ítem “Radiología. Imagenología”, el artículo 100 de la citada Resolución indicó que para el primer nivel de atención, se incluía como actividades y procedimientos radiológicos, en temas de 1) huesos, 2) tórax, 3) abdomen y 4) ecografía obstétrica.

En lo que corresponde al ítem “atención obstétrica”, el artículo 103 de la citada Resolución indicó que el servicio cubre la prestación de servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, control del post parto y atención de afecciones relacionadas directamente con la lactancia. En ese sentido, la atención obstétrica para Nivel I contempla: i) consulta médica general, ii) consulta de enfermería, iii) consulta por obstetra, pero dependiendo del riesgo obstétrico y de acuerdo a la guía de atención, iv) ecografía gestacional de acuerdo al criterio médico, v) atención del parto normal o intervenido, no

<sup>33</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf

<sup>34</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf

<sup>35</sup> <http://www.ipscartago.gov.co/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-CONCEJO-6-FEB-2019-1.pdf>

<sup>36</sup> *Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*



quirúrgico por médico general, vi) dos consultas post parto por médico y hasta el cumplimiento de los primeros treinta días de éste, vii) medios diagnósticos y de laboratorio de acuerdo a lo establecido para el nivel I de atención, viii) RX de acuerdo a lo establecido para el nivel I, ix) atención de urgencias según norma legales vigentes, x) internación, xi) odontología y xii) atención en nutrición y planificación familiar.

Así mismo, el artículo 92 de la citada Resolución contempla el tema de las responsabilidades para los diferentes niveles de atención, contemplado para el Nivel I, en que ésta radica en el médico general y/o personal auxiliar y otros profesionales de la salud. Al paso que se responsabiliza al médico especialista es sólo en los niveles III y IV de complejidad.

Conforme a lo anterior, no se tiene certeza en el plenario si una Institución de Primer Nivel se encuentra obligado a la realización del examen diagnóstico denominado “cervicometría” y en gracia de discusión y atendiendo lo manifestado por el perito particular Andrés Felipe Castro Silva, en audiencia de sustentación de su dictamen, según el cual, dicho examen se podía realizar en una Institución de primer nivel desde que ésta contara con médico ginecólogo, tampoco se acreditó en el plenario si para la fecha de los hechos discutidos en la demanda, si la ESE IPS Municipal de Cartago, como entidad de Nivel I o de baja atención, tenía o no en su planta de personal con un médico especialista en ginecología u obstetricia, que pudiera realizar en los términos indicados por el perito, el citado examen.

Al respecto, la Resolución en cita frente a los niveles de responsabilidad, para el nivel I o de Baja atención (complejidad) no consagra al médico especialista sino al médico general y personal auxiliar.

- Se acreditó de conformidad con lo establecido por el perito particular Andrés Felipe Castro Silva en audiencia de sustentación de los dictámenes periciales<sup>37</sup>, que la IPS Municipal de Cartago para el día 19 de julio de 2013, momento en el cual la señora Marisela Zapata López se encontraba en trabajo de parto activo, le fueron aplicados uteroinhibidores.
- Según historia clínica de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, se indica que la paciente Marisela Zapata López tras ser valorada en la IPS Municipal de Cartago el día 19 de julio de 2013 y encontrarla al examen físico con dilatación de 8, fue remitida de urgencia a dicha Institución, en la cual nace viva la menor Alejandra Zapata, con peso de 900 gramos, talla 35 cm y siendo trasladada a incubadora con apoyo de terapeuta respiratoria a Unidad neonatal. Se indicó a continuación del diligenciamiento del certificado de recién nacido vivo, “*madre en puerperio inmediato en buenas condiciones generales*”.
- Se demostró en el plenario que la recién nacida estuvo internada en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en unidad neonatal desde el día de su nacimiento 19 de julio de 2013 hasta el día de su fallecimiento sucedido en dicha Institución.
- De la revisión de la totalidad de anotaciones de la atención médica brindada a la menor Alejandra Zapata en la citada Institución Universitaria San Jorge de Pereira<sup>38</sup>, se evidencia que finalmente la causa de su deceso se presentó por

<sup>37</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf

<sup>38</sup> Expediente digital, carpeta 2014-00739CopiaHistoriasClínicasYNotasDeEnfermeríaMariselaZapata-HijoeHija y archivo 06RespuestaOficio227(31-05-2021).pdf.



fallas de índole neurológico y otras complicaciones. No obstante, se precisa que durante su estancia en la unidad neonatal, la recién nacida logró responder a nivel respiratorio mediante su conexión a ventilación mecánica pero sus pulmones fueron afectados por diversas infecciones respiratorias que desarrolló. Como diagnósticos de su fallecimiento sucedido el día 14 de agosto de 2013, se consignaron los siguientes:

P072 Inmadurez extrema;  
P525 Hemorragia subaracnoidea (no traumática) del feto y del recién nacido;  
A749 Infección por clamidias, no especificada  
P362 Sepsis del recién nacido debida a staphylococcus aureus.

Así mismo, para el día anterior a su deceso, 13 de agosto de 2013, la menor Alejandra Zapata presentó los siguientes diagnósticos:

Análisis: Paciente en regulares condiciones. mal pronóstico neurológico por la HIV GRADO IV. con posible leumalasia periventricular  
DIAGNÓSTICOS:  
Q909 Síndrome de Down, no especificado  
Q02X microcefalia  
P073 Otros recién nacidos pretérmino  
P 362 sepsis del recién nacido debida a STAPHYLOCOCCUS AUREUS

Así las cosas, la parte actora no acreditó de manera fehaciente que la muerte de la hija de la señora Marisela Zapata López ocurrió por la supuesta deficiente atención médica que se le brindó en la ESE IPS Municipal de Cartago, pues incluso, su deceso se presentó en otra Institución de salud que no fue vinculada al plenario como ente accionado en este asunto, Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en la cual falleció en los términos anotados de manera previa y no por una negligencia médica.

En consecuencia, no demostró como le correspondía los elementos de responsabilidad y por tanto, negará las pretensiones de la demanda en relación con la ESE IPS Municipal de Cartago, en cuanto al deceso de la menor hija de Marisela Zapata López, esto es, Alejandra Zapata.

## **2.5. DE LA CONFIGURACIÓN DE UN DAÑO AUTÓNOMO DE PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ESTE ASUNTO.**

Habiendo encontrado que no se acreditaron los elementos de responsabilidad para condenar a la ESE accionada por el fallecimiento de la hija recién nacida de la demandante Marisela Zapata López, pasa el Despacho a analizar sobre la posibilidad de que se configure en este asunto el daño autónomo de pérdida de oportunidad en la prolongación del embarazo de la señora Marisela Zapata López.

Lo anterior, teniendo en cuenta que a pesar de que en las pretensiones de la demanda la parte actora de manera expresa solicitó la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad accionada por el fallecimiento de la menor Alejandra Zapata, no es menos cierto que, de la interpretación de la demanda en su integralidad<sup>39</sup>, en relación con los fundamentos fácticos y los argumentos esbozados en los fundamentos jurídicos de la misma, en aplicación del principio *iura novit curia*, se desprende que la parte accionante también funda su demanda en una teoría de pérdida de oportunidad, sin que ello

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 08001-23-31-003-2007-00806-01 (60092). Actor: MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES LIQUIDADADO. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA



implique para el Despacho un desconocimiento del principio de congruencia o del principio de la justicia rogada.

### 2.5.1. De la pérdida de la oportunidad:

La Sección Tercera del Consejo de Estado de manera reiterada ha optado por considerar la pérdida de oportunidad, como una modalidad de daño autónomo<sup>40</sup> y no como una técnica para facilitar la prueba en casos de incertidumbre causal, entendida como el quebrantamiento del interés legítimo de obtener un beneficio cuya realización, aunque incierta, resulta probable, o de eludir un perjuicio cuya concreción no podría evitarse del todo.

En providencia del año 2017, explicó que *la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de conservación del estado de salud* constituye, una particular modalidad de daño caracterizado 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 consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento<sup>41</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto por la Alta Corporación<sup>42</sup> para que exista pérdida de oportunidad, deben reunirse los siguientes elementos: i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y, iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

El Consejo de Estado en un caso de falla médica señaló en relación con la pérdida de oportunidad que (i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido, y (iv) el bien lesionado no es un derecho subjetivo sino de un interés legítimo.

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Cfr. 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 Guerreo; Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP: Jaime Orlando Santofirmo Gamboa; Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 5 de julio de 2018, Radicación número: 68001-23-31-000-2004-02444-01(44740).

<sup>41</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>42</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 63001-23-31-000-2003-00261-01(38267). Actor: Edilberto Piedrahita Tenorio. Demandado: Nación - Rama Judicial; Sentencia de 30 de agosto de 2017, MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43646; Sentencia de 1 de octubre de 2018, CP. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 13001-23-31-000-2005-00944-01 (46375).



Así, cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización<sup>43</sup>.

En cuanto a la liquidación de los perjuicios por este daño autónomo, el Consejo de Estado precisó que **la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o retardo de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido**<sup>44</sup>.

En ese sentido, la probabilidad que establezca el juez como el valor de la pérdida de la oportunidad cercenada por parte de la institución médico – hospitalaria, será correlativo al valor a indemnizar frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia, y con base en los montos y criterios fijados por la misma.

El tema de pérdida de la oportunidad debe servir como instrumento para la solución de problemas causales en relación con la atribución o imputación de resultados. En estos eventos, ante la incertidumbre e imposibilidad de atribuir al 100% el daño irrogado, corresponderá al juez valerse de las pruebas científicas para que a partir de ellas trate de determinar el porcentaje en que se le restó oportunidades de evitar el daño a la persona y, con fundamento en esos márgenes porcentuales, establecer el monto de la indemnización.<sup>45</sup>

Ahora bien, cuando no es posible determinar el porcentaje o probabilidad, el Consejo de Estado en providencia del año 2018, explicó que en tal evento habría que acudir a criterios de equidad como principio que el ordenamiento jurídico según el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Adicionalmente, considera que debe acudirse al auxilio de tal criterio, por virtud del *principio pro damnato*, propio del derecho de daños en el cual **se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.**

<sup>43</sup> En el mismo sentido la sentencia del 5 de marzo de 2015, de la Sección Tercera Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente: 32.955, Radicación: 470012331000199806046-01, Actor: Sonia Esther Ruiz de la Cruz y otros, Demandado: Hospital Santander Herrera de Pivijay-Magdalena E.S.E.

<sup>44</sup> “El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso.

“Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición de nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico – sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad.” LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 4.

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 24 de octubre de dos mil trece (2013). Expediente: 25.869. Radicación: 68001-23-15-000-1995-11195-01



Sobre los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa, en la citada providencia del año 2018, la Alta Corporación también explicó que en dicho evento no había lugar a pronunciarse respecto de los perjuicios materiales solicitados en tal evento por el fallecimiento de la víctima directa, por lo que con fundamento en el principio de equidad, se debía reconocer una suma genérica para cada demandante, por haber demostrado el interés para demandar dentro del proceso y la legitimación en la causa por activa dentro del mismo. Resaltó que no había lugar a la procedencia del reconocimiento de lucro cesante sino como perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber continuado con vida<sup>46</sup>.

Luego en providencia del año 2020<sup>47</sup> y en relación a la manera de indemnizar dicho perjuicio, el Consejo de Estado explicó que no existe un mandato legal relativo a la forma en que debe procederse, toda vez que esta figura constituye un daño autónomo que no se causa directamente, sino por la pérdida de oportunidad y justamente, ello permite que la cuantía se valore de acuerdo al principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, como quiera que su reconocimiento surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen los casos, razón por la cual se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto.

En tal sentencia, nuevamente hizo relación a las condiciones que debe reunirse para la configuración de este daño autónomo: **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.

### **2.5.2. Caso concreto:**

Se recuerda que, en acápite anterior, el Despacho ya analizó la ausencia de responsabilidad de la ESE IPS Municipal de Cartago en el fallecimiento de la hija recién nacida de la señora Marisela Zapata López.

Así las cosas, en este punto de la providencia, el Juzgado analizará si existió o no una pérdida de oportunidad de la prolongación del embarazo de la señora Marisela Zapata López, derivada de la falta de hospitalización o internamiento hospitalario de la misma, para el tratamiento médico de las infecciones vaginales que la aquejaron.

Sobre la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de conservación del estado de salud, el Consejo de Estado en providencia del año 2017<sup>48</sup>, explicó que se consideran como elementos esenciales para la configuración de la pérdida de oportunidad, que haya:

- 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

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 68001-23-31-000-2004-02444-01(44740). Actor: Sara Orejarena de Quijano y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales En Liquidación

<sup>47</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 08001-23-31-003-2007-00806-01 (60092). Actor: María Del Carmen Ruiz Padilla y otros. Demandado: Instituto De Los Seguros Sociales Liquidado. Referencia: acción de reparación directa

<sup>48</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.



- iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado<sup>49</sup>.

Así las cosas, el Juzgado teniendo en cuenta el análisis probatorio realizado en acápite anterior, pasa a establecer si se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad en el servicio médico asistencial:

#### 2.5.2.1 El Daño:

Si bien en acápite anterior el Juzgado pudo concluir que el daño consistente en el fallecimiento de la hija de la señora Marisela Zapata López no fue imputable a la entidad accionada, también pudo analizar que, a pesar de que la ESE IPS Municipal de Cartago demostró la prestación de los servicios de salud que requirió la demandante cada vez que ésta consultó con la Institución tanto en el servicio de urgencias como consulta externa, sí se presentó la posibilidad de que la falta de hospitalización para efectuar un tratamiento intrahospitalario de la señora Zapata López el día 18 de julio de 2013, hubiere incidido en la interrupción del estado de gravidez al día siguiente, 19 de julio de 2013 y por consiguiente, se afectó la prolongación en el tiempo del estado de embarazo (fls. 49-52 C. Ppal).

Para el Juzgado tal circunstancia de la omisión de oportunidad a la paciente de recibir atención intrahospitalaria el día 18 de julio de 2013, constituye el daño antijurídico de la **pérdida de oportunidad en la prolongación del estado de gravidez de la accionante**.

Se hace precisión de que no será la pérdida de oportunidad de sobrevivida de la hija recién nacida de la señora Marisela Zapata López, como quiera que no se demostró en el plenario con pruebas científicas y técnicas cuánto más se pudo haber prolongado el estado de gestación de la señora Marisela Zapata y en ese sentido, tampoco se acreditó según tal prolongación si la menor recién nacida Alejandra Zapata hubiese sobrevivido por tiempo adicional al que en efecto vivió, atendiendo la multiplicidad de cuadros clínicos y diagnósticos que presentó mientras estuvo internada en la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en el cual finalmente su deceso se ocasionó por falla de orden neurológico.

#### 2.5.2.2. La falla en el servicio:

Para establecer la existencia de una falla en el servicio, el Juzgado abordará este elemento desde la conducta de la IPS Municipal de Cartago.

Así las cosas, el Despacho constató las siguientes actuaciones de manera previa al día 19 de julio de 2013, momento en el cual se presentó el parto pretérmino de la señora Marisela Zapata López:

- El día 15 de julio de 2013 a las 12:19 pm, la demandante acudió al servicio de urgencias del ente accionado y manifestó cuadro consistente en la aparición de flujo vaginal blanquecino no fétido, salida de un moco transparente escaso. Negando otros síntomas. Se consignó en historia clínica que presentó estado general bueno y a la revisión física de tacto vaginal, se encontró cuello cerrado posterior, no dilatación, no borramiento, no sangrados ni salida de tapón mucoso. Se detectó presencia abundante de flujo grumoso, no fétido y no existencia de dolor a la palpación. Se prescribió, parcial de orina, frotis vaginal, cuadro hemático, se ordenó reposo absoluto y se dejó como nota, la necesidad

<sup>49</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.



de reconsultar de inmediato a urgencias, en caso de dolor, pérdida de movimientos fetales y salida de líquidos (fls. 48-49 C. Ppal).

- El día 18 de julio de 2013 a la 1:03 pm, la demandante acudió al servicio de urgencias del ente accionado con el reporte de laboratorio del frotis vaginal ordenado el 15 de julio anterior y realizado el día 16 de julio siguiente, en el cual se evidencia como resultado positivo para bacterias, flora lactobacilar abundante, para la confrontación de una impresión diagnóstica de vaginosis bacteriana. Para dicho momento no había presentado pérdidas vaginales, pero sí lo que se denominó como “dolor bajito”. Se le recetó como conducta a seguir, ampicilina 500 mg (fls. 49-51 C. Ppal).
- El mismo día 18 de julio de 2013 a las 06:53 pm, vuelve a consultar a la Institución a las 7:41 pm, por cuadro clínico de dolor en hipogastrio (Región media anterior e inferior del abdomen), ya acompañado de leucorrea blanquecina sin olor fétido. Para dicho momento la accionante manifestó no haber iniciado el tratamiento antibiótico por “no saber si tomarlo o no”. En tal oportunidad se insistió en el diagnóstico de vaginitis y se le formuló clotrimazol.

En el examen físico realizado en el último momento del día 18 de julio de 2013 se encontró en el tacto vaginal que no existía dilatación del cuello posterior, sí existía presencia de leucorrea grumosa en abundante cantidad y la accionante insistía en el dolor bajo de vientre (fls. 49-51 C. Ppal).

- Los dos peritos que realizaron experticios en este proceso tanto el designado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como el aportado de manera particular por la parte actora, en la sustentación de los dictámenes periciales en audiencia del 28 de septiembre de 2022<sup>50</sup>, fueron coincidentes en aseverar que el protocolo a seguir cuando una vaginosis no cede en tratamiento ambulatorio era la hospitalización.

Así pues, demostrado como quedó en acápite anterior que la demandante no observó de manera estricta el tratamiento médico prescrito para el tratamiento de la vaginosis que padeció, denotando una falta de compromiso con su propio estado de salud y el de su hija, para el Juzgado adquiere relevancia, la teoría según la cual, la IPS Municipal de Cartago debió dejarla en hospitalización o atención intrahospitalaria el día 18 de julio de 2013, teniendo en cuenta la persistencia del cuadro de flujo vaginal abundante que reportó desde el día 15 de julio de 2013 (leucorrea blanquecina de olor no fétido), la presencia de dolor de vientre y la falta de voluntad de la accionante en la ingesta del tratamiento antibiótico prescrito.

Lo anterior pudo conllevar a que se obligara a la paciente desde la Institución al suministro del tratamiento antibiótico prescrito o a contemplar otra posibilidad de tratamiento para la patología de la paciente. Igualmente, encontrándose internada en la Institución, se podía detectar más temprano por los galenos de la entidad, la posibilidad de inicio de trabajo de parto de la accionante, para haber tomado más medidas tendientes a la prolongación del embarazo o estado de gravidez de la señora Marisela Zapata López.

En consecuencia, se concluye respecto de la ESE IPS Municipal de Cartago, que existió una falla en el servicio médico hospitalario, traducido en la pérdida de oportunidad de prolongación del estado de gravidez de la señora Marisela Zapata López, evidenciada en la falta de hospitalización para hacer un tratamiento intrahospitalario el día 18 de julio de 2013, de la infección vaginal que presentaba.

<sup>50</sup> Expediente digital, archivo 25 pdf



### 2.5.2.3. Nexo causal:

Analizados los dos elementos de la responsabilidad bajo la teoría de la falla probada del servicio médico-hospitalario, se analizará la existencia de nexo causal entre ese daño de pérdida de oportunidad y la omisión de la entidad hospitalaria de haber brindado tratamiento intrahospitalario a la señora Marisela Zapata López el día 18 de julio de 2013.

Al respecto, debe decir el Juzgado que en el presente caso, el nexo causal está demostrado, dado que la pérdida de oportunidad en la prolongación del estado de embarazo de la demandante, se explica con la conducta omisiva asumida por el ente hospitalario accionado de no haber considerado el internamiento hospitalario de la paciente el día 18 de julio de 2013, para aplicar el tratamiento antibiótico formulado para la vaginosis bacteriana y utilizar alternativas para su suministro a la accionante, máxime, si se tiene en consideración la conducta pasiva asumida por la propia demandante en su autocuidado y en el seguimiento riguroso de las prescripciones médicas formuladas.

En ese sentido, se encuentra probado el nexo causal entre el daño – pérdida de oportunidad y la conducta omisiva de la entidad de salud hoy demandada.

### 2.5.3. Indemnización de Perjuicios:

Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la pérdida de la oportunidad en la prolongación del embarazo de la señora Marisela Zapata López, el Juzgado para disponer sobre la indemnización de perjuicios que le corresponde a la entidad demandada asumir en los hechos hoy debatidos, los cuantificará bajo el criterio de equidad (artículo 16 de la Ley 446 de 1998) y en atención al *principio pro damnato*.

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado en providencia del año 2017<sup>51</sup>, ratificó su postura ya asumida en pronunciamiento del año 2010<sup>52</sup>, en el cual consideró:

*“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que*

<sup>51</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00100-01(43646) Actor: DOLLY BALLÉN AGREGO Y OTROS Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL (DIRECCIÓN DE SANIDAD) Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593



*tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”*

Así mismo, en providencia del año 2016 el Consejo de explicó que la pérdida de oportunidad constituye un **daño de naturaleza autónoma** y en ese sentido, es indemnizable de manera diferente al daño final padecido por el paciente:

*“(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”<sup>53</sup>*

Dado que el perjuicio autónomo que acá se indemniza no tuvo como génesis la muerte de la recién nacida hija de la señora Marisela Zapata López, el monto a indemnizar no será propiamente el que corresponda a dicho fallecimiento, sino al de la pérdida del chance u oportunidad de haber prolongado del estado de gravidez de la citada señora Zapata López, por lo cual, bajo un criterio de equidad, se reconocerá una suma genérica para cada demandante que haya acreditado su interés para demandar en el proceso y legitimación en la causa por activa dentro del mismo.

Así las cosas, esta instancia judicial considera que la indemnización justa por la pérdida de la oportunidad de la prolongación del embarazo de la señora Marisela Zapata López (afectada), es la suma de **30** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo y por encontrarse acreditado el parentesco de los demás integrantes de la parte actora respecto de la señora Marisela Zapata López, se les reconocerá indemnización por el mismo concepto en los siguientes términos:

- Para la señora María Josefina López Osorio (madre de Marisela Zapata Lopez): la suma de **15** salarios mínimos legales mensuales vigentes
- Para la señora Yurani Ceballos López (hermana de Marisela Zapata Lopez): la suma de **15** salarios mínimos legales mensuales vigentes
- Para la señora María Fabiola López Osorio y/o María Fabiola López de Bustamante (tía de Marisela Zapata López): la suma de **10,5** salarios mínimos legales mensuales vigentes
- Para la señora María Berenice Bustamante López (prima de Marisela Zapata López): la suma de **7,5** salarios mínimos legales mensuales vigentes

Finalmente, se precisa que se negará indemnización por los demás perjuicios solicitados en la demanda, habida cuenta que el daño antijurídico que se repara en este acápite, no es el fallecimiento de la recién nacida hija de Marisela Zapata López, sino la pérdida del chance u oportunidad de la prolongación del estado de embarazo de la citada demandante.

Al respecto, en pronunciamientos del año 2020<sup>54</sup>, el Consejo de Estado explicó que el reconocimiento de indemnización por la pérdida de oportunidad **impide el**

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación número: 19001-23-31-000-2001-01429-01(35116), en ese mismo sentido, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y sentencia del 8 de junio de 2017, exp. 19.360 y sentencia del 1 de marzo de 2018, Subsección A, exp. 43.269.

<sup>54</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02993-01(62518). Actor: Orfali Yanet Mazo Henao y otros. Demandado: Municipio De Santa Fe De Antioquia y otros. Referencia: acción de reparación directa (apelación sentencia)



**reconocimiento de otra clase de perjuicios pretendidos** (inmateriales y patrimoniales), como quiera que el daño indemnizable no sería el evento principal ocurrido (muerte del paciente, lesión, etc.) y agregó que *“la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad, como daño autónomo, no permite que se haga un reconocimiento por otra tipología, en consonancia con la jurisprudencia expuesta. Igualmente, esta Subsección ha reiterado esa posición en anteriores oportunidades<sup>55</sup>”*.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Como colofón de las consideraciones se declarará la responsabilidad de la accionada IPS Municipal de Cartago, por el daño antijurídico autónomo consistente en la pérdida de oportunidad de prolongación del estado de embarazo o gravidez de la señora Marisela Zapata López, y por consiguiente, deberá responder por el pago de las sumas ordenadas en esta providencia a título de indemnización, por las razones expuestas.

Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Con relación a los intereses moratorios, los mismos se causarán con posterioridad a la sentencia conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA.

#### **5. CONDENA EN COSTAS**

En cuanto a la condena en costas, se advierte que, si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez *“dispondrá”* sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019<sup>56</sup> la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación. En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** patrimonial responsable a la ESE IPS Municipal de Cartago, por falla del servicio médico-asistencial que generó pérdida de

---

-CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 08001-23-31-003-2007-00806-01 (60092). Actor: María Del Carmen Ruiz Padilla y otros. Demandado: Instituto De Los Seguros Sociales Liquidado. Referencia: acción de reparación directa

<sup>55</sup> Ver también: sentencia del 1 de octubre de 2018, expediente 46375, sentencia de 12 de noviembre de 2014, expediente 38738, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019): (...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)



oportunidad de prolongación del estado de embarazo o gravidez de la señora Marisela Zapata López, conforme a las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **CONDENAR a la ESE IPS Municipal de Cartago**, a pagar en favor de la parte demandante, las sumas que a continuación se indican y por concepto de la pérdida de la oportunidad configurada en este asunto:

Demandantes	Parentesco	MONTO EN SMMLV <sup>57</sup>
MARÍSELA ZAPATA LÓPEZ	Afectada directa	30
MARÍA JOSEFINA LÓPEZ OSORIO	Madre de Marisela Zapata López	15
YURANI CEBALLOS LÓPEZ	Hermana de Marisela Zapata López	15
MARÍA FABIOLA LÓPEZ DE BUSTAMANTE	Tía de Marisela Zapata López	10,5
MARÍA BERENICE BUSTAMANTE LÓPEZ	Prima de Marisela Zapata López	7.5

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en la parte motiva del presente proveído.

**CUARTO: No** condenar en costas ni agencias en derecho, por las consideraciones expuestas.

**QUINTO: DAR** cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA en lo que sea aplicable y en consonancia con las normas civiles. En firme la decisión comuníquese a la parte obligada conforme al artículo 203 del CPACA; y a costa de la parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso, procede la expedición de la copia de la presente providencia con la constancia de ejecutoria.

**SEXTO:** En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO**  
Juez

Firmado Por:  
Andres Gonzalez Arango  
Juez  
Juzgado Administrativo  
Oral 002  
Cartago - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

<sup>57</sup> Vigentes a la ejecutoria de la sentencia

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8502173a40053c4f236a63b62c0061aec1bab81f8e1b3b4d477ec2e7f5221fce**

Documento generado en 16/12/2022 05:28:23 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



## JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGO – VALLE DEL CAUCA

<b>Ciudad – Fecha</b>	Cartago, Valle del Cauca – dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
<b>Radicación No</b>	76-147-33-33-002-2016-00177-00
<b>Demandantes</b>	HÉCTOR FABIO CASTAÑO ALZATE DANIEL FELIPE RIVERA RAMÍREZ
<b>Demandado</b>	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
<b>Litisconsorte</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
<b>Sentencia</b>	<b>303</b>

### I. ASUNTO

Proveídas en debida forma las diferentes etapas procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir decisión de fondo en primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

### II. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

##### 1.1. Pretensiones

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los señores Héctor Fabio Castaño Alzate y Daniel Felipe Rivera Ramírez, presentaron demanda ante esta jurisdicción, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 1049 del 04 de mayo de 2009, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca y del acto ficto o presunto negativo derivado del silencio administrativo por parte de dicha entidad, a través de los cuales se les negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitaron que se ordene a la demandada reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge e hijo, respectivamente, de la señora Ramírez Cardona; se le condene al pago de las mesadas con los correspondientes reajustes de ley y los intereses moratorios, causadas desde el día del fallecimiento de la causante; finalmente, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos

<sup>1</sup> Folios 25 a 31 del expediente físico



del artículo 192 del CPACA.

## **1.2. Hechos**

Como fundamento de las pretensiones se expusieron los siguientes hechos:

La señora Martha Lucia Ramírez Cardona laboró al servicio de la docencia oficial desde el 19 de octubre de 1998 hasta el 16 de octubre de 2007, para un total de 8 años, 11 meses y 28 días.

La señora Ramírez Cardona falleció el 16 de octubre de 2007.

El demandante Héctor Fabio Castaño Alzate convivió con la señora Martha Lucia Ramírez Cardona por espacio de 12 años, formalizando su unión el día 24 de agosto de 2007, fecha en la cual contrajeron matrimonio civil.

Previo a dicha relación sentimental, la causante procreó a sus hijos: Johan Andrés y Daniel Felipe Rivera Ramírez, actualmente mayores de edad, encontrándose este último estudiando, dado que *“al momento del fallecimiento de su madre éste contaba con 11 años de edad”*.

Los señores Héctor Fabio Castaño Alzate y Daniel Felipe Rivera Ramírez solicitaron, mediante apoderado, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, al depender económicamente de su cónyuge y madre. Esta petición fue negada mediante los actos acusados.

## **1.3. Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se señalaron como normas infringidas los artículos 4, 11, 13, 23, 48, 53 y 85 de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993. Además, se citaron las sentencias C-1255 de 2001 y C-081 de 1999 de la Corte Constitucional.

Al desarrollar el concepto de violación alegaron que:

*El acto presunto negativo mediante el cual se negó la prestación solicitada, debe ser declarado nulo, por cuanto, con la negativa de la entidad demandada se ha venido vulnerando a los demandantes el derecho al mínimo vital, a la pensión de sobrevivientes, a la vida digna y a la seguridad social, así como el derecho fundamental de petición, derechos de carácter fundamental, contenidos en la Constitución Nacional, en los art. 11, ( a la vida digna), 48 ( seguridad social), 23 (Derecho de petición), entre otros, los cuales conforme el art. 85 de la Carta Fundamental, son inherentes a la persona humana y son de aplicación inmediata, y a través del Decreto 2591 de 1991.*

*Así mismo con la negativa al seguro por muerte a su vez se está desconociendo los postulados de nuestra Carta Política, en sus artículos: 4º; ya que está colocando un postulado de la Ley 812 por encima de los postulados de la Constitución; el art*



13, ya que está aplicando un trato desigual a los demandantes, en relación con otros casos de pago del seguro por muerte que han salido abantes; art. 53; en la aplicación del principio de favorabilidad y el derecho al mínimo vital del cónyuge y su hijo menor de edad, al negar una prestación que goza de la garantía de ser un derecho adquirido, causándoles un grave perjuicio a ambos.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **2.1. Departamento del Valle del Cauca<sup>2</sup>**

El apoderado del departamento del Valle del Cauca se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que dicho ente territorial no se encuentra legitimado en la causa pasiva, toda vez que la causante ostentaba la calidad de docente nacional afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y es esta la entidad encargada, junto con el Ministerio de Educación Nacional y La Fiduprevisora, del trámite, reconocimiento y pago de la sustitución pensional, por ser la administradora del Fondo de Pensiones del magisterio, como lo estableció la Ley 91 de 1989.

Así mismo, destaco que *"la señora Martha Lucia Ramírez Cardona (Q.E.P.D.) por haber sido vinculada como docente nacional requiere para la pensión post-mortem 18 años de servicio conforme a la norma aplicable (Decreto 224 de 1972; Decreto 3752 de 2003), aclarando que el derecho temporal por cinco años lo tienen "el cónyuge y los hijos menores de la afiliada fallecida, habiendo cumplido 18 años de servicios oficiales continuos o discontinuos". Por consiguiente, no es válido argumentar y solicitar la aplicación de la Ley 100 de 1993, debido a que la docente en mención era de "régimen nacional y las prestaciones se liquidan anualmente", siendo, pues aplicable los decretos ya referidos.*

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción.

### **2.2. Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Dentro del término de traslado de la demanda, guardó silencio.

## **3. AUDIENCIA INICIAL**

El 26 de enero de 2018, se celebró audiencia inicial en la que se saneó el proceso vinculándose al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), en calidad de litisconsorte necesario.<sup>3</sup>

Cumplido lo anterior, se continuó con la audiencia inicial, el día 29 de julio de 2019<sup>4</sup>, en la que se resolvió (i) declarar saneado el proceso (ii) declarar no probadas las

<sup>2</sup> Folios 64 a 69 ibídem

<sup>3</sup> Folios 97 a 99

<sup>4</sup> Folios 124 a 126.



excepciones previas propuestas por el FOMAG, y (iii) fijar el litigio en los siguientes términos:

*“Determinar si los demandantes tienen derecho al reconocimiento a la pensión de sobrevivientes”.*

De igual forma decidió (iv) declarar fallida la conciliación y, (v) decretar pruebas.

#### **4. AUDIENCIA DE PRUEBAS**

Dicha diligencia se inició el 13 de noviembre de 2019 y culminó el día 29 de julio de 2021, fecha en la cual el Despacho advirtió que se encontraba recaudada en su totalidad la prueba decretada dentro de la etapa procesal pertinente y procedió a incorporar formalmente la totalidad de los documentos que hasta el momento habían sido aportados, a los cuales se les otorgó el valor legal que les corresponde y quedaron a disposición de las partes. Posteriormente, se corrió traslado a las partes por el término de (10) días para que alegaran de conclusión, así como al Ministerio Público por el mismo tiempo para que rindiera concepto

#### **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**5.1.** La **parte actora** y el **Departamento del Valle del Cauca** reiteraron los argumentos esbozados en la demanda y en su contestación.

**5.2.** La **Nación, Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** concluyó que no *“es posible dar aplicación a lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, toda vez que los docentes gozan de un régimen especial y bajo este entendido, la parte demandante no cumple los requisitos establecidos para ser beneficiarios del reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, ya que, la causante, no cotizó si quiera los 18 años para que sus herederos fuesen acreedores de una mesada pensional equivalente al 75% de los factores salariales sobre los que el docente hubiese efectuado aportes al sistema de pensiones, máximo, por 5 años”.*

**5.3.** El agente del **Ministerio Público** guardó silencio

#### **CONSIDERACIONES**

- **Problema jurídico**

El problema jurídico se contrae a establecer si los demandantes, en calidad de beneficiarios de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona, tienen derecho a que se le otorgue la pensión de sobrevivientes, dando aplicación a los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993.



## ▪ Marco normativo

El Decreto 224 de 1972, por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el sector docente, respecto de aquellas personas que, como la causante Martha Lucia Ramírez Cardona, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, dispuso:

**Artículo 7.** *En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero **que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte** ~~mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.~~<sup>5</sup> (Resalta el Despacho).*

En innumerables oportunidades se ha determinado que los docentes no están gobernados por un régimen especial en materia pensional y que al respecto deben observarse las reglas contenidas en la Ley 91 de 1989, que remiten a la aplicación de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público. Sin embargo, debe recordarse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando este último no lograba alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema pensional para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

En ese sentido, el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero solo cuando los educadores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para sus beneficiarios el derecho a una pensión equivalente al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, y sin extinguir las normas especiales existentes en la materia, se estableció dentro del Régimen General de Seguridad Social la denominada **pensión de sobrevivientes** que prevé, además, de la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, el reconocimiento de dicha prestación para sus beneficiarios pese a no haber logrado el estatus pensional al momento del fallecimiento, siempre y cuando hubiese

---

<sup>5</sup> Apartes tachados derogados tácitamente por virtud de los dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998.



efectuado un mínimo de cotizaciones establecido por el legislador.

La finalidad de dicha prestación es garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, de tal forma que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante<sup>6</sup>.

La pensión de sobrevivientes se encuentra regulada en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

**Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>  
*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)

**Parágrafo 1.** *Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

*El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.*

(...)

**Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.** *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

**a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.**

*En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y~~ hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 9 de febrero de 2012. Expediente 0987 de 2008. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.



*hijos con el pensionado fallecido.*

***b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.***

*c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.*

*d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.<sup>7</sup> (Resalta la Sala).*

***Artículo 48. Monto de la pensión de sobrevivientes.*** *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.*

*En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley. (...)*”.

Conforme a las anteriores disposiciones, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este se encontrara afiliado al sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas al momento de la muerte.<sup>8</sup>

Como puede observarse, entre la norma especial contenida en el Decreto 224 de 1972 y la norma general prevista en Ley 100 de 1993, pese a que las prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues mientras aquella exige la prestación del servicio docente por más de 18 años, esta resulta más beneficiosa en cuanto requiere para su obtención tan solo 50 semanas de cotización.

#### ▪ **Lo probado en el proceso**

Al proceso se aportó la siguiente prueba documental:

---

<sup>7</sup> Aparte en tachado en corchetes declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1176/01, expediente D-3531, por constituir una restricción demasiado amplia y desproporcionada del derecho a la pensión de sobrevivientes que desconoce evidentemente su finalidad. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>8</sup> Artículo 46 de la Ley 100 de 1993.



- Copia del registro civil de defunción de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona en el que consta que aquella falleció el 16 de octubre de 2007, en la ciudad de Cartago – Valle.
- Certificado de tiempo de servicios expedido por el rector de la Institución Educativa Gilberto Alzate Avendaño de El Cairo – Valle, el 27 de marzo de 2009, en el que consta que la señora Martha Lucía Ramírez Cardona prestó sus servicios a la docencia oficial en dicha institución, desde el 19 de octubre de 1998 hasta el 16 de octubre de 2007, para un total de 08 años, 11 meses y 28 días.

Historia laboral :										
Institución	Acto	Número	Fecha	Fec.Fincol	Fec.Fin.	Fec.Hasta	Años	Meses	Días	
GILBERTO ALZATE AVENDAÑO - EL CAIRO										
POSESIÓN POR NOMBRAMIENTO	DEC	1918	02 OCT 1998	19 OCT 1998	19 OCT 1998	13 ENE 2002	4	2	25	
Docente - En Propiedad										
ESC BERNARDO BOYERO D'IBORNE - 19 - CARTAGO										
TRASLADO	DEC	69	06 ENE 2002	14 ENE 2002	14 ENE 2002	11 SEP 2002	0	7	28	
Docente - En Propiedad										
GILBERTO ALZATE AVENDAÑO - EL CAIRO										
TRASLADO	DEC	1540	05 SEP 2002	12 SEP 2002	12 SEP 2002	05 SEP 2004	1	11	28	
Docente - En Propiedad										
GILBERTO ALZATE AVENDAÑO - EL CAIRO										
DISCIPLINARIOS	DEC	219	11 FEB 2004	10 SEP 2004	10 SEP 2004	16 OCT 2007	3	1	7	
Docente - En Propiedad										
RETINOS	DEC	745	16 NOV 2007	16 OCT 2007		16 OCT 2007	0	0	0	
- vinculación no encontrada										
<b>Tiempo Servicio :</b>							<b>8</b>	<b>11</b>	<b>28</b>	

- Copia de registro de matrimonio católico de los señores Héctor Fabio Castaño Alzate y Martha Lucia Ramírez Cardona, celebrado el 24 de agosto de 2007 en la Parroquia del Espíritu Santo del municipio de Cartago (Valle).<sup>9</sup>
- Copia del registro civil de nacimiento de Daniel Felipe Rivera Ramírez en el que consta que nació el 09 de mayo de 1996.<sup>10</sup>
- Certificación expedida el 11 de marzo de 2016 por el Director de Admisiones, Registro y Control Académico de la Universidad Tecnológica de Pereira, que informa que Daniel Felipe Rivera Ramírez, para esa fecha, se encontraba matriculado en dicha institución cursando primer semestre de Ingeniería Industrial.<sup>11</sup>
- Declaraciones extraproceso<sup>12</sup> rendidas por las señoras Luz Marina Marín

<sup>9</sup> Folio 18 expediente físico

<sup>10</sup> Folio 15

<sup>11</sup> Folio 17

<sup>12</sup> Folios 128 expediente administrativo



Agudelo y Nelcy Jiménez Muñoz, el 24 de febrero de 2009, quienes manifestaron que el señor Héctor Fabio Castaño Alzate convivió en unión libre con la señora Martha Lucia Ramírez Cardona por un término ininterrumpido de seis años, bajo el mismo techo, en forma permanente y regular; e hicieron constar que dicha pareja contrajo matrimonio el 24 de agosto de 2007, hasta el día 16 de octubre del citado año, fecha en la que falleció la señora Martha Lucia Ramírez Cardona.

#### ▪ **Análisis del Despacho**

De conformidad con la certificación obrante en el expediente, la docente fallecida no alcanzó a completar el tiempo de servicio exigido en la norma especial para consolidar el derecho a la pensión de sobrevivientes, razón por la cual sus beneficiarios reclaman la aplicación del régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en casos similares al presente, ha insistido que a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general. Lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad, como ocurre en el *sub lite*, en donde las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por la entidad demandada, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial.<sup>13</sup>

Sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales, la Corte Constitucional ha dicho que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.<sup>14</sup>

Dijo la Corte:

*El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable*

<sup>13</sup> Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2010. Expediente 1259-2009. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren,

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.



*para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta (...)*

*(...)*

*No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta.*

Asimismo, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 desarrolla en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir lo siguiente:

**Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en leyes anteriores.** *Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en Leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.*

De acuerdo con lo anterior, la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la legislación para la generalidad. En este sentido, si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de esta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

Admitir lo contrario, sería apartarse del principio de equidad, por cuanto no observa la igualdad y la justicia la existencia de decisiones que nieguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quienes no lograron consolidar 18 años de servicios en una entidad determinada y que al mismo tiempo subsistan providencias judiciales que concedan dicho beneficio a quienes solo demuestran cotizaciones por 50 semanas al momento del deceso del causante.

En este orden de ideas, como lo ha dispuesto el Consejo de Estado en anteriores oportunidades, en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, se dejarán de lado las reglas del Decreto 224 de 1972, teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos previstos en el régimen general



para acceder a la pensión de sobrevivientes, lo que permite concluir que los beneficiarios de la docente -su cónyuge y su hijo, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.

▪ **Decisión de primera instancia**

Vistas las consideraciones que anteceden, la señora Martha Lucia Ramírez Cardona (q.e.p.d) laboró como docente al servicio del municipio de El Cairo desde 19 de octubre de 1998 hasta el 16 de octubre de 2007, lo que permite al Despacho dar por probado que dentro de los 3 años anteriores a su muerte esto es, entre el 16 de octubre de 2007 al 16 de octubre de 2004, cotizó más de cincuenta semanas por concepto de pensión y, en consecuencia da lugar, al reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los demandantes.

Se insiste, lo anterior por cuanto la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula, situación que da lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

Así las cosas, en lo que respecta al señor Héctor Fabio Castaño Alzate, se encuentra acreditado la calidad de cónyuge de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona (q.e.p.d.), tal como da cuenta la copia de registro de matrimonio católico de aquellos, celebrado el 24 de agosto de 2007 en la Parroquia del Espíritu Santo del municipio de Cartago (Valle).<sup>15</sup> Adicionalmente, militan en el plenario las declaraciones extrajuicio<sup>16</sup> de fecha 10 de octubre de 2012, rendidas por los señores Héctor Fabio Ocampo Cardona y Javier García Osorio, quienes bajo la gravedad del juramento manifestaron que los señores Héctor Fabio Castaño Alzate y Martha Lucia Ramírez Cardona iniciaron unión marital de hecho desde el 14 de junio de 2001 y que estos vivían bajo el mismo techo, compartiendo lecho mesa y comida.

Con lo anterior queda acreditado el derecho que tiene el señor Héctor Fabio Castaño Alzate a que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes, por tener la calidad de cónyuge de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona (q.e.p.d.) y cumplir con los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, milita copia del registro civil de nacimiento de Daniel Felipe Rivera

---

<sup>15</sup> Folio 18 expediente físico

<sup>16</sup> Declaración ratificada en audiencia de pruebas llevada a cabo el 13 de noviembre de 2019



Ramírez en el que consta que nació el 09 de mayo de 1996<sup>17</sup> mismo que demuestra la calidad de hijo de la causante Martha Lucia Ramírez Cardona (q.e.p.d.), y que a la fecha de fallecimiento de esta última – 16 de octubre de 2007- contaba con 11 años de edad, por lo que se encuentra acreditada la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes bajo los cánones del literal C del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

▪ **Monto de la pensión**

Para determinar el monto de la pensión de sobreviviente el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 regula:

*“[...] El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.*

*El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.*

*En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.*

*No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto. [...]”*

Con base en lo anterior, en el presente asunto, la causante laboró 08 años, 11 meses y 28 días, que equivalen a 469.5 semanas y por lo tanto, la pensión de sobreviviente se ha de liquidar por un valor equivalente al 45% del salario base de cotización de la causante al momento de su fallecimiento, con la salvedad de que en ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente

El IBL de la pensión de sobreviviente reconocida, debe ajustarse a los postulados del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

*«[...] Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE [...]»*



Por lo tanto, el ingreso base de liquidación de la pensión de sobreviviente en el presente caso corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales la causante cotizó durante los últimos 10 años de servicio docente.

**En conclusión:** en el presente caso se demostró el cumplimiento de los requisitos de la Ley 100 de 1993 para reconocer a favor de la parte demandante la pensión de sobreviviente, toda vez que: i) la causante, la señora Martha Lucia Ramírez Cardona, cumplió con las semanas cotizadas; ii) el señor Héctor Fabio Castaño Alzate en calidad de cónyuge supérstite y el señor Daniel Felipe Rivera Ramírez, acreditaron el vínculo de parentesco con la causante y; iii) al momento del fallecimiento de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona, el demandante Daniel Felipe tenía 11 años de nacido.

#### ▪ **Prescripción**

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en asuntos similares<sup>18</sup> el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa a favor de los beneficiarios, a partir del momento de la muerte del cotizante, independientemente de la fecha en que se reclame o se eleve la solicitud de reconocimiento ante la administración, con observancia desde luego del fenómeno prescriptivo cuando a ello haya lugar, hasta que se produzca alguna de las causales de extinción de la misma.

#### **a) Suspensión de la prescripción en favor de los hijos menores de edad beneficiarios de la pensión de sobreviviente**

La prescripción de las mesadas pensionales se rige conforme a lo preceptuado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que señalan un término de tres años contados a partir de la petición, en razón a que la Ley 100 de 1993 no establece en forma expresa dicho término.

No obstante lo anterior, el Despacho observa que el artículo 44 Constitucional reconoce una especial protección a los derechos de los niños y niñas e impone al Estado, la sociedad y la familia, la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos,

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2010, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 1259-2009



que prevalecen sobre los demás. Igualmente los artículos 2530<sup>19</sup> y 2541<sup>20</sup> del Código Civil disponen que la prescripción que extingue las obligaciones se suspende a favor de las personas señaladas en el inciso 1.º del artículo 2530 *ibídem*, es decir, de los incapaces y, en general, quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, como es el caso de los menores de edad.

De acuerdo con las citadas disposiciones se tiene que para los menores de edad el término de prescripción, solo podrá empezarse a contabilizar desde el cumplimiento de la mayoría de edad, cuando adquieren capacidad para el ejercicio de su derecho, sin perjuicio de que su representante legal reclame sus derechos con anterioridad.

En este sentido, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de septiembre de 2011<sup>21</sup>, señaló:

*«Siguiendo los anteriores criterios jurisprudenciales que esta Sala acoge, el término de prescripción extintiva se suspende en beneficio de los menores de edad, por lo que sólo empieza a correr cuando ellos alcanzan la mayoría de edad.»*

*La suspensión de la prescripción a favor de los menores se justifica en la medida en que sus derechos hacen parte de su haber patrimonial y no del de su representante legal, de modo que sólo puede afectárseles con el fenómeno prescriptivo cuando tengan capacidad legal de ejercicio; máxime porque el hecho de que cuenten con una persona que los puede representar legalmente, no significa una garantía de la reclamación efectiva y oportuna de sus derechos, por lo que es inadmisibles sujetarlos a la suerte que dispongan quienes los representan.»*

*Sumado a lo anterior, resulta acorde con los postulados del Sistema Constitucional Colombiano que pregonan la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Constitución), la suspensión del término de prescripción extintivo mientras ellos adquieren capacidad, pues sólo así se garantiza que puedan participar de manera*

---

<sup>19</sup> **«Artículo 2530. Suspensión de la prescripción ordinaria.** La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo. La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia.»

Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos. No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.»

<sup>20</sup> **«Artículo 2541. Suspensión de la prescripción extintiva.** La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1o. del artículo 2530. Transcurrido diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas, en el inciso precedente.»

<sup>21</sup> Radicado 05001233100020040496901.



*efectiva en la obtención de los derechos que adquirieron siendo menores de edad y que, por lo mismo, no pudieron reclamar».*

En este orden de ideas se advierte que el término de prescripción, **se debe contar a partir de la fecha del cumplimiento de la mayoría de edad**, momento a partir del cual los menores adquieren la capacidad legal para reclamar sus derechos patrimoniales sin la comparecencia de su representante legal.

En este caso según el registro civil de nacimiento, Daniel Felipe Rivera Ramírez, cumplió los 18 años de edad el 09 de mayo de 2014. Por ende, pese a que la demanda de reconocimiento pensional se formuló el 13 de abril de 2016, esto es, menos de tres (3) años después del cumplimiento de la mayoría de edad, se tiene que no operó la prescripción de las mesadas pensionales causadas (50%) a favor de Daniel Felipe Rivera Ramírez, por lo que el reconocimiento pensional procede en su caso desde la fecha del fallecimiento de su madre Martha Lucia Ramírez Cardona, (16 de octubre de 2007), el cual se prolongará hasta cuando adquirió los 25 años de edad, o hayan cesado sus estudios; esto porque se demostró en el plenario que el citado joven, a la presentación de la demanda se encontraba cursando primer semestre de Ingeniería Industrial en la Universidad Tecnológica de Pereira.

A partir del cumplimiento de los 25 años, se entenderá que se extingue la citada prestación reconocida a favor de Daniel Felipe Rivera Ramírez y ocurrirá el acrecimiento del citado porcentaje (50%) a favor del señor Héctor Fabio Castaño Alzate, quien pasará a recibir el 100%.

#### **b) Prescripción trienal de las sumas generadas en favor del cónyuge supérstite**

Al respecto, es preciso tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en los siguientes términos

*«(...) Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual».*

Es decir que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de 3 años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible.

En tal sentido, advierte el Despacho que el demandante elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por medio de oficios del 28 de abril y 07 de julio de 2009, es decir poco menos de 2 años después de la causación del



derecho; sin embargo, solo acudió a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo hasta el día 13 de abril de 2016<sup>22</sup>, es decir, más de 3 años después de la configuración del derecho reclamado, lo que quiere decir que en el presente asunto se configuró la prescripción trienal de las sumas generadas con anterioridad al 13 de abril del año 2013.

▪ **Los intereses establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.**

En el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se estableció la obligación de reconocer intereses moratorios por la tardanza en el pago de las mesadas en los siguientes términos:

*«ARTICULO 141. Intereses de mora. A partir del 1º. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago».*

En relación con la disposición, es necesario tener en cuenta que esta corporación ha establecido que la sanción se impone exclusivamente cuando se ha proferido una sentencia que ha declarado la existencia del derecho, o cuando se encuentra en firme el acto que reconoció la prestación social.

Al respecto, en sentencia de 2 de mayo de 2018 se estableció:

*«El artículo 53 de la Carta Política estableció que el pago oportuno de las mesadas es un principio mínimo fundamental que debe ser tenido en cuenta por la ley correspondiente y, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desarrolló ese mandato constitucional y dijo que, a partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de las que trata la mencionada Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.*

*En adición a lo anterior, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que las cantidades líquidas 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; norma que debe leerse en concordancia con el numeral 4 del artículo 195 que establece que las sumas de dinero “reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del*

<sup>22</sup> Folio 39



*crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial.”*

*Por lo anterior, el reconocimiento de los intereses de mora tiene aplicación en los casos en los que el pago de las mesadas pensionales no se discute porque está en firme el reconocimiento de la prestación a quien ostenta la calidad de pensionado y lo que se presenta es una negativa de la entidad a efectuar el pago, lo cual no ocurre en el presente caso»<sup>23</sup>.*

Como consecuencia de lo anterior, se advierte que en el caso concreto la pensión de sobrevivientes no se encontraba en firme el acto de reconocimiento de la prestación social ni se había proferido una sentencia que declarara la existencia del derecho, motivo por el cual no hay lugar a condenar a la entidad demandada al pago de intereses moratorios.

#### ▪ **De la condena en costas**

El Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016<sup>24</sup>, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, el Despacho se abstendrá de

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 2 de mayo de 2018, expediente: 0505-2017, magistrada ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



condenar en costas en primera instancia a la parte demandada, teniendo en cuenta que no obra dentro del plenario prueba alguna a través de la cual se pueda comprobar la incursión en alguno de los conceptos que integran las costas.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGO, VALLE DEL CAUCA**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLÁRASE** la nulidad del acto administrativo ficto demandado, generado por la no contestación de la petición radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca el día 07 de julio de 2009 y de la Resolución 1049 del 04 de mayo de 2009 expedida por la Secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca, mediante las cuales se le negó a los señores Héctor Fabio Castaño Alzate y Daniel Felipe Rivera Ramírez, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con ocasión de la muerte de su cónyuge y madre, la señora Martha Lucia Ramírez Cardona.

**SEGUNDO.- CONDÉNASE** a título de restablecimiento del derecho, a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar –en un 50%- al señor Héctor Fabio Castaño Alzate en su condición de cónyuge supérstite de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona (q.e.p.d.), una pensión de sobreviviente a partir del **13 de abril de 2013**, en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes previstos en la ley.

**TERCERO.- DECLARAR** configurada la prescripción trienal de las sumas generadas con anterioridad al **13 de abril de 2013**, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO.- CONDÉNASE** a título de restablecimiento del derecho, a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar –en un 50%- al señor Daniel Felipe Rivera Ramírez en su condición de hijo de la señora Martha Lucia Ramírez Cardona (q.e.p.d.), una pensión de sobreviviente a partir del **16 de octubre de 2007**, en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes previstos en la ley.

**QUINTO.-** Las sumas que se reconozcan a favor de la parte demandante serán ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante hasta la fecha de ejecutoria



de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**SEXTO.-** A partir del cumplimiento de los 25 años de edad, se entenderá que se extingue la citada prestación reconocida a favor de Daniel Felipe Rivera Ramírez y ocurrirá el acrecimiento del citado porcentaje (50%) a favor del señor Héctor Fabio Castaño Alzate, quien pasará a recibir el 100%.

**SÉPTIMO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda

**OCTAVO.-** Dar aplicación en lo que corresponda a los artículos 187, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**NOVENO.-** No hay lugar a condenar en costas

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO**  
Juez

Firmado Por:

Andres Gonzalez Arango

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 002

Cartago - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **561b4f72c9a17c1c14aeb7fb0402f7dc102839349410b6cfd824f4413531f417**

Documento generado en 16/12/2022 05:28:23 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL  
CIRCUITO DE CARTAGO – VALLE DEL CAUCA**

<b>Ciudad – Fecha</b>	Cartago, Valle del Cauca – dieciséis (16) de diciembre dos mil veintidós (2022)
<b>Radicación No</b>	76-147-33-33-002- <b>2019-00036-00</b>
<b>Demandante</b>	DIEGO FERNANDO URBANO GONZÁLEZ (compañero supérstite de MARÍA RUBIELA FLÓREZ GARCÉS)
<b>Demandado</b>	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
<b>Sentencia</b>	<b>301</b>

**TEMA: SANCIÓN MORATORIA POR NO PAGO EN TIEMPO DE CESANTÍAS.**

Procedencia en el caso de docentes oficiales. Contabilización de los plazos para pagar la prestación conforme la sentencia de Unificación de CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 julio de 2018.

**I. ANTECEDENTES**

El señor **DIEGO FERNANDO URBANO GONZÁLEZ** en calidad de compañero supérstite de la señora **MARÍA RUBIELA FLÓREZ GARCÉS** (q.e.p.d), solicitó la nulidad del Oficio No. 1.210.66.10-424855 del 13 de agosto de 2018, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la docente fallecida; en consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho pide el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, así como que la condena en costas a la entidad accionada.

Como hechos sustento de sus pretensiones, la parte demandante expuso que la señora María Rubiela Flórez Garcés, quien se desempeñara como docente al servicio de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, falleció el día 27 de octubre de 2015.

Así las cosas, el señor Diego Fernando Urbano González, en calidad de compañero sobreviviente de la docente, solicitó el día **13 de septiembre de 2016** el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas que correspondían a la docente fallecida, petición reiterada mediante solicitudes del 03 de abril de 2017 y 14 de noviembre de 2017, mismas que fueron ordenadas con el ejercicio de acción de tutela mediante **Resolución No. 01009 del 8 de mayo de 2018**, y sólo el día 14 de junio de 2018 quedó a su disposición el dinero de las cesantías reconocidas.

Posteriormente, esgrime que el día **21 de junio de 2018** radicó solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, con número SADE 1194272 y consecutivo 48424, como quiera que en las peticiones anteriores con fechas 3 de abril de 2017 y 14 de noviembre de 2017 había requerido la sanción pero no obtuvo respuesta alguna. Manifiesta que mediante Oficio No. 1.210.66.10-424855 del 13 de agosto de 2018, se negó lo solicitado y cerró toda posibilidad de recurso.

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

La demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones:



- Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53 y 125
- CPACA: artículo 138
- Ley 224 de 1995: artículos 1 y 2
- Ley 1071 de 2006
- Decreto 3148 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1045 de 1978

Consideró para efectos del concepto de violación, lo resuelto por el Tribunal Administrativo del Chocó en providencia No. 008 del 6 de marzo de 2003, al igual que lo resuelto por el Consejo de Estado en sentencias del 12 de diciembre de 2002, 22 de enero de 2004, 29 de noviembre de 2007 y CE-SUJ004 de 2016, conforme a las cuales explica que, la Ley 224 de 1995 estableció unos términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de cesantías definitivas, so pena de incurrir en sanciones por la mora en el pago de dicha prestación

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **3.1. NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)<sup>1</sup>:**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma, haciendo alusión al régimen prestacional aplicable a los educadores nacionales, los factores salariales, principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal, para aseverar que en el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, implica la participación de las entidades territoriales, Secretarías de Educación certificadas, al igual que la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del FOMAG, por lo cual solicitó su vinculación al proceso.

Finalmente, propuso las excepciones de mérito de i) ausencia del contradictorio necesario, ii) presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad; iii) excepción de ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico, iv) inaplicabilidad de la sanción mora; v) cobro de lo no debido, vi) prescripción, vii) compensación, viii) sostenibilidad financiera y ix) buena fe<sup>2</sup>.

#### **3.2. DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN:<sup>3</sup>**

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de la defensa, explicó el procedimiento previsto en la Ley 244 de 1995 para el pago oportuno de cesantías a los servidores públicos y a la modificación efectuada por la Ley 1071 de 2006, para aseverar que atendiendo la calidad de afiliada de la docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las normas especiales y prevalentes que regulan el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, son las establecidas en la Ley 91 de 1989 y Decreto 2831 de 2005 y en tales disposiciones, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías.

Con fundamento en lo anterior, consideró que conforme al artículo 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales de los docentes son reconocidas y pagadas por

<sup>1</sup> Fls. 81-87 C. Ppal

<sup>2</sup> Dicha entidad fue inicialmente vinculada al plenario en calidad de litisconsorte necesario en auto admisorio proferido el 25 de febrero de 2019 (fls. 51-52 C. Ppal), pero de manera posterior, fue desvinculada del proceso en auto que resolvió excepciones, proferido el 11 de febrero de 2021 (Expediente digital, archivo 4 pdf)

<sup>3</sup> Fls. 77 a 80 C. Ppal



el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual, es dicha entidad quien debe asumir el pago de la sanción moratoria reclamada.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó: i) cobro de lo no debido, ii) prescripción y iii) innominada.

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**4.1. PARTE ACTORA<sup>4</sup>:** Se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda y aduce que en el presente asunto se evidenció una clara vulneración de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, por haberse incumplido los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías a la demandante en su calidad de docente.

Igualmente, esgrime que existió mala fe por parte de los funcionarios de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca y solicitó que se compulsara copias a los entes de control para determinar los responsables del detrimento patrimonial para las arcas del ente territorial, que conlleva la conducta omisiva de los funcionarios en el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, aunado a la falta de presentación de fórmula conciliatoria para lograr un acuerdo en este asunto y evitar la tramitación de un proceso judicial.

**4.2. PARTE ACCIONADA: Departamento del Valle del Cauca (Secretaría de Educación)<sup>5</sup>:** En sus alegatos de conclusión nuevamente solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda e hizo alusión al proceso de reestructuración de pasivos por los cuales atravesó el ente territorial bajo los lineamientos de la Ley 550 de 1999, por cuanto de lo contrario, se vulneraría el debido proceso y el Estado Social de Derecho, trayendo a colación lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 9 de septiembre de 2020 al interior del proceso con radicación 2016-00136-01.

**4.3. MINISTERIO PÚBLICO:** El Procurador delegado ante este Despacho, no presentó concepto en la oportunidad procesal correspondiente.

#### V. CONSIDERACIONES

Se observa que el proceso de la referencia se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes, se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico, y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda

##### 1. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el planteamiento del litigio formulado en audiencia inicial celebrada el día 23 de febrero de 2021<sup>6</sup>, al Despacho le corresponde resolver:

<sup>4</sup> Expediente digital, archivo 14 pdf

<sup>5</sup> Expediente digital, archivo 15 pdf

<sup>6</sup> Expediente digital, documento 5 pdf



- Determinar si el señor Diego Fernando Urbano González, en calidad de compañero supérstite de la señora María Rubiela Flórez Garcés (q.e.p.d), tiene derecho a que se le pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, conforme la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

## 2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Como premisa normativa que sustenta la tesis del Despacho, desde lo constitucional se funda en lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 336 del 18 de mayo de 2017, donde al tratar el tema del pago de la sanción moratoria de las cesantías para docentes, precisó:

*(...) “Sobre pago de la sanción moratoria de las cesantías para docentes del fondo de prestaciones sociales del magisterio (Fomag) por ser régimen especial. se considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006. Lo anterior porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la ley 91 de 1989.*

Ahora bien, atendiendo el sistema de fuentes del sistema jurídico colombiano, donde la Jurisprudencia pasó de ser fuente auxiliar, a convertirse en fuente principal de derecho bajo los cánones del artículo 230 de la Constitución de 1991, y la interpretación que ha dado la Corte Constitucional en emblemáticas Sentencias como la C-836 de 2001, C-539 de 2011 y C- 634 de 2011 entre otras; esta agencia judicial funda su decisión en la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado sobre el tema en discusión.

Visto lo anterior, se tiene que la discusión sobre la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales o definitivas a los docentes oficiales, es un asunto que ha quedado definido de manera diáfana y es así como el Consejo de Estado, en sentencia de Unificación de la sección segunda, de fecha 18 de julio de 2018, señaló las siguientes reglas, aplicables al caso que nos ocupa:

*1- Al docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.*

*2- En cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*



3- Es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Ahora, sobre la forma de contabilización de la mora por el pago tardío de las cesantías, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación ya citada, explicó distintas situaciones que se presentan en el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la señalada prestación social. En este sentido indicó:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Por otra parte, ya estando clara la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales, basta indicar que la normativa anterior, en el artículo 4 impone un término de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, para que la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, expida la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Adicionalmente, el Artículo 5° pergeña que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, y en caso de



incumplimiento de dicho plazo, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Debe decirse que la norma en comento, guarda plena armonía con lo expuesto en la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado, indicada en precedencia.

### **3. DE LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS SEGÚN LEY 550 DE 1990 Y SUS EFECTOS:**

El proceso de reestructuración de acreencias consagrado por la ley 550 de 1999 <sup>7</sup>*Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley,* es un mecanismo de intervención del Estado previsto con el objeto de colaborar en la reactivación de la economía y fomentar el empleo. Para alcanzar este fin fue previsto que el Estado utilizara distintos instrumentos, entre otros, los que se mencionan en el art. 3º de la ley 550 de 1999<sup>8</sup>.

Dentro de los instrumentos previstos por la ley 550 de 1999 se encuentra la celebración de acuerdos de reestructuración, los cuales, a su vez, son definidos por el artículo 5º de este cuerpo normativo, como la convención que se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.

Así mismo, las partes dentro del acuerdo de reestructuración serán los acreedores del empresario o la entidad territorial, ya sean internos o externos –artículo 19- y el objetivo de este proceso es que entre los acreedores que tenga el ente económico o territorial se elabore un acuerdo programático de satisfacción de sus respectivas deudas, el cual deberá respetar la prelación de créditos establecida por el Título XL del libro Cuarto del Código Civil.

Una de las labores trascendentales dentro del acuerdo de reestructuración es la determinación de los derechos de voto de cada uno de los acreedores, pues los votos que cada uno tenga será lo que determine su posibilidad de decisión al momento de definir el acuerdo respectivo. El otro asunto de trascendental importancia es la determinación y cuantía de las acreencias que deben ser objeto del acuerdo, tarea que también corresponde realizar al promotor. En este sentido

<sup>7</sup> Ley prorrogada hasta el 1o. de julio de 2007, vencido dicho término, se aplicará de forma permanente solo a las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial de que trata la Ley 922 de 2004. Ver artículo 126 de la Ley 1116 de 2006>

<sup>8</sup> 1. La negociación y celebración de acuerdos de reestructuración previstos en esta ley.

2. La capitalización de los pasivos.

3. La normalización de los pasivos pensionales, mediante mecanismos contemplados en esta ley.

4. La concertación al interior de cada empresa de condiciones laborales temporales especiales.

5. La suscripción de capital y su pago.

6. La transparencia y el profesionalismo en la administración de las empresas.

7. La utilización y la readquisición de bienes operacionales entregados por el empresario a sus acreedores.

8. La negociación de deudas contraídas con cualquier clase de personas privadas, mixtas o públicas, entre ellas las deudas parafiscales y las deudas fiscales.

9. La inversión en las empresas y la negociación de las obligaciones derivadas de éstas.

10. La gestión y la obtención de recursos destinados al otorgamiento de crédito a las empresas”



es el artículo 25<sup>9</sup> el que contiene los lineamientos que debe seguir en desarrollo de esta tarea.

Respecto de los acuerdos celebrados por entidades territoriales existe una previsión especial al decir del numeral 11 del artículo 58 de la ley 550 que prescribe “[e]l acuerdo de reestructuración será celebrado entre la entidad territorial y los acreedores externos; y requerirá el voto favorable de la entidad territorial, que será emitido por el Gobernador o Alcalde según el caso, previas las facultades a que se refiere el numeral 2o. del presente artículo”. Es el artículo 29 el que incorpora la regulación precisa respecto de la forma en que debe ser aprobado el acuerdo de reestructuración, es decir, con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos la mayoría absoluta de los votos admisibles.

De acuerdo con el artículo 31 de la ley, una vez celebrado el acuerdo deberá constar íntegramente en un documento escrito, firmado por quienes lo hayan votado favorablemente o por el representante o representantes legales de éstos; su contenido será reconocido ante notario público por cada suscriptor, ante el respectivo nominador del promotor, o ante éste, quien para estos efectos por ministerio de la ley queda legalmente investidos de la función correspondiente; y deberá elevarse a escritura pública cuando incluya estipulaciones que requieran legalmente dicha formalidad.

En cuanto a los efectos del Acuerdo de Reestructuración, la Ley 550 de 1999 establece que como consecuencia de la función social de la empresa los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la citada ley, serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él.

Sobre dicha disposición normativa, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016<sup>10</sup>, afirmó de manera concluyente, que los **créditos laborales no pueden ser desconocidos ni cercenados por el empleador en caso de insolvencia.**

Agrega el Órgano Colegiado que, sin embargo, el Estado no puede dejar que el Acuerdo quede bajo la autonomía absoluta de la voluntad de los particulares, por eso lo somete a pautas contenidas en disposiciones legales, **con el fin de evitar que los acreedores queden sometidos a la voluntad unilateral e indiscriminada del empresario deudor.**

Igualmente, dispuso que la intención del legislador siempre ha sido la de proteger las obligaciones adquiridas con justo título antes de llevar a cabo el respectivo

<sup>9</sup> Al respecto consagra “[e]l promotor, con el apoyo de peritos que sea del caso, tendrá por ministerio de la ley y ejercerá las facultades de amigable componedor, con los efectos previstos en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, en relación con la existencia, cuantía y determinación de las bases de liquidación de los créditos a cargo de la empresa, de acuerdo con el inventario previsto en el artículo 20 de esta ley y los demás elementos de juicio de que disponga, y ordenará las contabilizaciones a que haya lugar.//En ejercicio de tales facultades, el promotor precisará quiénes son los acreedores titulares y cuál es el estado, la cuantía y las condiciones de todas las acreencias internas y externas, salvo en lo que se refiere a discrepancias fundadas en motivos de nulidad relativa, simulación y lesión enorme, que deberán ventilarse con la correspondiente demanda ante el juez ordinario competente.” Esta controversia motivará la constitución de una reserva o provisión de los fondos para atender su eventual pago mediante un encargo fiduciario cuyos rendimientos pertenecerán al empresario y cuya cuantía será establecida por el promotor con la participación de los peritos que fueren del caso.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) CE-SUJ2-004-16, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: municipio de Soledad.



Acuerdo, llegando inclusive hasta permitir la celebración de Acuerdos que tengan como objeto suspender, que no desconocer, ciertas prerrogativas laborales que tuviera el trabajador. Cuánto menos no sería su intención de salvaguardar aquellas obligaciones que adquirió el deudor, no como consecuencia de una prerrogativa adquirida por el empleado, sino de una gracia que la ley le dio al cesante por el incumplimiento de su ex empleador en el pago de una prestación que por ley tiene derecho.

Así mismo, en providencia del año 2017<sup>11</sup>, el Consejo de Estado nuevamente reiteró que en materia de acuerdos de reestructuración de pasivos, el deudor no puede aprovecharse de su insolvencia y someter al acreedor a que opte sí o sí por la renuncia de unos derechos que causó.

También, en providencia del año 2020<sup>12</sup>, el Consejo de Estado reitera la postura y explica que no será de recibo el argumento conforme al cual, un ente territorial no pagó la indemnización moratoria por el pago tardío de cesantías por cuanto dicha acreencia no había sido presentada dentro del acuerdo de reestructuración de pasivos del municipio, toda vez que *“si bien dichos acuerdos celebrados de conformidad con la Ley 550 de 1999 son de obligatorio cumplimiento para la entidad y todos sus acreedores incluidos los que no participaron en su negociación, lo cierto es que la Sección Segunda de esta Corporación unificó su postura al respecto sosteniendo que las crisis financieras de las entidades estatales no pueden constituir un pretexto para desconocer las acreencias laborales de sus servidores”*.

Ahora en providencia del año 2021<sup>13</sup>, la Corporación explicó que, desde oportunidades anteriores, se había indicado la forma como debía ser aplicada la Ley 550 de 1999 en lo referente a los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos y al pago de las obligaciones laborales de los empleados públicos, específicamente en lo que trata a la cancelación de las cesantías y la sanción moratoria:

«[...] para el reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías en el marco de un acuerdo de reestructuración de pasivos, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos laborales deben contar con la aprobación de los trabajadores, sin que puedan desconocer derechos **ciertos e indiscutibles**.
- 2) Los mencionados Acuerdos no pueden cercenar los derechos de los trabajadores que no consistieron en su aprobación. **Tampoco pueden orientarse a evadir el pago de las obligaciones sino a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas.**
- 3) Debe obrar prueba de que el trabajador haya consentido la aprobación del Acuerdo de Reestructuración **o que la entidad haya dispuesto su citación**

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017). Acción Nulidad y restablecimiento del derecho. Rad. No. 08001-23-31-000-2011-00943-01 (4320 -2013). Demandante Roberto Meza Castillo. Demandado Universidad del Atlántico. Tema Sanción moratoria de cesantía

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00018-01(3506-14). Actor: MARLENE BORJA LARA. Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD ATLÁNTICO. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de abril de 2017, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, exp. 23-001-23-33-000-2012-90129-01, número interno 0094-2015.



**para que se hiciera parte y manifestara lo que considerara oportuno, respecto de la liquidación de las cesantías y su moratoria.**

- 4) En el evento en que la entidad territorial, informa a los acreedores la apertura del proceso previsto en la Ley 550 de 1999 así como la determinación de la obligación a pagar, sin que la objete, se suspende la contabilización de la sanción moratoria hasta la ejecutoria de la decisión que determinó el pago de tal acreencia.

También, en tratándose del pago de la sanción por mora en procesos de reestructuración de pasivos por parte de los entes territoriales, el Consejo de Estado en otros pronunciamientos del año 2021<sup>14</sup>, consideró que si bien los entes territoriales son susceptibles de ser intervenidos económicamente por el Estado, lo cual implica la posibilidad de que sean sometidos a un procedimiento de reestructuración, **su acatamiento no puede servir de excusa para que los entes estatales desconozcan derechos laborales**, bajo el fundamento de dar prevalencia al interés general sobre el particular (continuidad de la empresa) y atender sus créditos en aparente igualdad de condiciones, por el contrario, en consonancia con aquellas, dichas prerrogativas imponen su especial atención, puesto que propenden a garantizar la equidad del acuerdo y evitar el abuso del deudor en desmedro de los acreedores.

En dichas providencias el Consejo de Estado se refirió a la intervención de los allí demandantes en el proceso de reestructuración y al respecto consideró:

- *“En lo referente al argumento de alzada concerniente a que el término prescriptivo debe contabilizarse de modo diferente al realizado por el Tribunal de instancia, en atención a que el accionado estaba sometido a un procedimiento de reestructuración de pasivos, esta Sala no observa que el actor haya intervenido de manera alguna dentro de aquel, con el cual pueda entenderse que interrumpió el término prescriptivo, sino que, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, solo el 17 y 21 de octubre de 2014 formuló petición con el propósito del reconocimiento de la mencionada sanción, diferente es la demanda ejecutiva que formuló con el fin de lograr el pago de sus cesantías, circunstancia que lleva a concluir que no le asiste razón en su planteamiento”.*
- *“En lo referente al argumento de alzada concerniente a que el término prescriptivo debe contabilizarse de modo diferente al realizado por el Tribunal de instancia, en atención a que el accionado estaba sometido a un procedimiento de reestructuración de pasivos, esta Sala no observa que la actora haya intervenido de manera alguna dentro de aquel, con el cual pueda entenderse que interrumpió el término prescriptivo, sino que, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, su actuación fue pasiva y solo el 30 de noviembre de 2011 formuló petición con el propósito del reconocimiento de la mencionada*

<sup>14</sup> Ver las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00086-01(1301-19). Actor: JOHAN EDUARDO SIERRA SALCEDO. Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – PERSONERÍA Y ALCALDÍA Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00015-03(5262-19). Actor: MÓNICA CECILIA CUELLO CHIRINO. Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – ALCALDÍA Y PERSONERÍA. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-90097-01(2588-19). Actor: MIGUEL RAFAEL RUDAS PERTUZ Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – ALCALDÍA Y PERSONERÍA DISTRITALES. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho



sanción, circunstancia que lleva a concluir que no le asiste razón en su planteamiento”.

- En lo referente al argumento de alzada concerniente a que el término prescriptivo debe contabilizarse de modo diferente al realizado por el Tribunal de instancia, en atención a que el accionado estaba sometido a un procedimiento de reestructuración de pasivos, esta Sala no observa que el actor haya intervenido de manera alguna dentro de aquel, con el cual pueda entenderse que interrumpió el término prescriptivo, sino que, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, su actuación fue pasiva y solo hasta el 22 de julio de 2015 formuló petición con el propósito del reconocimiento de la mencionada sanción, circunstancia que lleva a concluir que no le asiste razón en su planteamiento.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-854-05 MP. Alfredo Beltrán Sierra, explicó que “**El acuerdo económico y jurídico a que se refieren tales normas, implica necesariamente que el legislador en su regulación adopte mecanismos que impidan que los acreedores queden sometidos a la voluntad unilateral del empresario deudor, y, al propio tiempo, que una mayoría ocasional de los acreedores someta a la minoría de éstos o al mismo deudor a condiciones lesivas de sus intereses. Es decir, la ley ha de propiciar y garantizar la equidad en el acuerdo y debe servir como muro de contención al abuso del deudor en desmedro de los acreedores, o, de la mayoría de éstos en perjuicio de los demás o de aquel.**”

#### 4. CASO CONCRETO:

Dentro del plenario obra el siguiente material<sup>15</sup>:

- ✓ Resolución No. 8764 del 28 de octubre de 2015 *por medio de la cual se retira del servicio activo a una funcionaria- Planta de Cargos Administrativa financiada con recursos del Sistema General de Participaciones en la Secretaría de Educación Departamental*”, correspondiente a la señora María Rubiela Flórez Garcés a partir del 27 de octubre de 2015 (f. 14)
- ✓ Registro Civil de Defunción No. 5171424, el cual hace constar que la docente señora María Rubiela Flórez Garcés falleció el día 27 de octubre de 2015 (f. 13)
- ✓ Solicitud de reconocimiento de cesantías sustitutivas presentadas al Departamento del Valle del Cauca- Secretaría de Educación el 13 de septiembre de 2016 (f. 15)
- ✓ Reiteración de reconocimiento de cesantías sustitutivas los días 3 de abril de 2017 (f. 16) y 14 de noviembre de 2017 (f. 17)
- ✓ Resolución No. 01009 del 08 de marzo de 2018 (fls. 33-34), mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva sustitutiva al señor Diego Fernando Urbano González, en calidad de compañero supérstite de la señora María Rubiela Flórez Garcés en cuantía de \$18.238.427). En dicho acto se hizo constar que la solicitud de reconocimiento de cesantías fue elevada el día 13 de septiembre de 2016.
- ✓ Estado de cuenta del Banco Grupo Bancolombia correspondiente al señor Diego Fernando Urbano González, correspondiente al período 2018/03/31 al 2018/06/30, del cual se evidencia como fecha de consignación el **4 de junio de 2018** de la suma correspondiente a \$18.238.427 con destino a *Prov Protección S.A.* (f. 35)

<sup>15</sup> Que reposa en expediente digital, archivo 02 pdf



- ✓ Derecho de petición solicitando el pago de sanción moratoria radicado el 21 de junio de 2018 (f. 36)
- ✓ Oficio No. 1.210.66.10-424855 del 13 de agosto de 2018 a través del cual el Profesional Universitario de la Oficina de Prestaciones Sociales del Departamento del Valle del Cauca, respondió de manera negativa la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías definitivas, aduciendo que no existió mala fe del empleador, como quiera que el ente territorial se acogió a la Ley 550 de 1999 y que se encontraba cancelando las obligaciones reportadas en el acuerdo de reestructuración de pasivos. Así mismo, indicó que el reconocimiento y orden de pago de las cesantías se efectuó dentro de las condiciones y se encuentra ajustada a las directrices y parámetros de las normas vigentes (f. 39)
- ✓ Constancia de remisión por correo certificado del anterior oficio con fecha 24 de agosto de 2018 (f. 40)
- ✓ Constancia de no conciliación prejudicial.

Desciendo al caso que nos ocupa, este Despacho procederá a conceder las pretensiones y en consecuencia a realizar el cómputo respectivo en los siguientes términos:

Se observa tanto en el documento obrante a fl. 15 C. Ppal como en el texto de la **Resolución No. 01009 del 08 de marzo de 2018**, que se indica que la solicitud de cesantías parciales fue radicada el día 13 de septiembre de 2016.

El Juzgado entiende que el término de 15 días hábiles, siguientes a la presentación de la reclamación, dentro de los cuales debió expedirse el acto administrativo reconociendo el pago de las cesantías solicitadas, inició el día 14 de septiembre de 2016 y finalizó el 4 de octubre de 2016.

Del 5 de octubre de 2016 al 19 de octubre de 2016, transcurrieron los 10 días del término de ejecutoria del acto administrativo (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011)<sup>16</sup>, contemplado por la norma, empezando al día hábil siguiente esto es, 20 de octubre de 2016, el período de 45 días hábiles para llevar a cabo el pago de las cesantías solicitadas, el cual finalizó con fecha **26 de diciembre de 2016**.

De la revisión del expediente, se evidencia, tal como se desglosa de la constancia expedida por el Banco Bancolombia, que el pago de las cesantías que correspondían a la fallecida docente señora María Rubiela Flórez Garcés, quedó disponible en la Institución financiera desde el **4 de junio de 2018**, esto es, 525 días posteriores al vencimiento de los 70 días hábiles normados dentro de los cuales debió realizarse el pago de las cesantías solicitadas.

En consecuencia, de lo expuesto se concluye que dentro del presente asunto efectivamente existió mora en el pago de las cesantías que correspondían a la

<sup>16</sup> «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.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»



señora María Rubiela Flórez Garcés, por lo que procederá este Despacho a acatar la postura asumida por el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, consignadas en las providencias transcritas y en consecuencia acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo demandado contenido en el Oficio No. 1.210.66.10-424855 del 13 de agosto de 2018.

Así las cosas, a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada en su condición de docente, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, esto es por un total de **525 días**.

Trámites Realizados			Fecha
Fecha solicitud cesantía			13 de septiembre de 2016
Pago oportuno (70 días hábiles)			26 de diciembre de 2016
Pago extemporáneo			4 de junio de 2018
Año	Mes (30 días) <sup>17</sup>	Días	
2016	Diciembre	5	
2017	Enero a diciembre	365	
2018	Enero a mayo	151	
2018	Junio	4	
<b>Total días retardo</b>		<b>525</b>	

De lo anteriormente expuesto, se observa que no existió prescripción del derecho reclamado, toda vez que el término para pagar las prestaciones era el 26 de diciembre de 2016 y desde esa fecha la parte demandante contaba con tres (3) años para realizar la solicitud dentro del término, dicha solicitud del reconocimiento de la sanción moratoria fue radicada el 21 de junio de 2018.

Por otra parte, la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 citada líneas atrás, dejó sentado que el salario base para calcular la sanción moratoria será “...tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.”.

En este evento se solicitaron las cesantías definitivas, motivo por el cual y dando aplicación a la anterior regla, la sanción por mora se calculará teniendo en cuenta la asignación básica vigente al momento en que se produjo el retiro del servicio de la docente fallecida señora María Rubiela Flórez Garcés, esto es, la correspondiente al año 2015.

De otro lado, en este punto resulta importante precisar que a la parte actora sí le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías definitivas, a pesar de la existencia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos celebrado entre el ente territorial y sus acreedores en el marco de la Ley 550 de 1999, y de lo previsto en el artículo 34 de dicha norma,

<sup>17</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de marzo de 1999 en el expediente No. 12.503. Concepto 104544 de abril 21 de 2008, Ministerio del Trabajo.



habida cuenta que como se indicó en la jurisprudencia en cita en el acápite anterior, la intervención económica de un ente territorial en virtud de un procedimiento de reestructuración, no puede servir de excusa para que se desconozcan derechos laborales del empleado.

En segundo término, tampoco es posible establecer que ha operado una suspensión del término de la mora en el pago de las cesantías definitivas al accionante por parte del Departamento del Valle del Cauca, y con fundamento en el referido *Acuerdo de Reestructuración de Pasivos celebrado entre el ente territorial y sus acreedores en el marco de la Ley 550 de 1999*, como quiera que pesar de que el ente accionado manifestó que la acreencia adeudada al actor por concepto de cesantías definitivas sí formaba parte del inventario de pasivos allí incorporados, no es menos que el accionado no acreditó que el actor hubiere intervenido en manera alguna dentro de aquel procedimiento de reestructuración de pasivos y mucho menos, que hubiere condonado de forma expresa al Departamento del Valle del Cauca respecto al pago de la sanción moratoria e igualmente, tampoco obran la totalidad de los anexos del citado Acuerdo de Reestructuración que le permita al Juzgado establecer si la acreencia del actor formaba parte o no de dicho inventario.

Aunado a lo anterior, el Departamento del Valle del Cauca no acreditó en la contestación de la demanda, certificación que diera cuenta si la docente fallecida titular de las cesantías definitivas había o no firmado algún contrato de transacción. Se observa que en el acto acusado sólo se da cuenta de que el ente territorial se acogió a los lineamientos de la Ley 550 de 1999, relativo a los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos, pero se reitera, no existe en el plenario probanza alguna que permita aseverar que lo allí previsto resultaba obligatorio para la señora María Rubiela Flórez Garcés (q.e.p.d.).

Finalmente, en cuanto a la pretensión de indexación de la sanción moratoria debe indicarse que, en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, se hizo un análisis sobre la materia, indicando que no es procedente indexar las sumas reconocidas como consecuencia de la aplicación de la sanción por mora, como quiera que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que ello conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica.

Así las cosas, el Juzgado accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando al Departamento del Valle del Cauca- Secretaría de Educación, el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías al señor **Diego Fernando Urbano González** en los términos indicados previamente y cuya condición de compañero supérstite de la señora María Rubiela Flórez Garcés (q.e.p.d.) nunca fue debatida o controvertida en este asunto.

## **5. CONDENA EN COSTAS**

En cuanto a la condena en costas se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez "dispondrá" sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14), Consejero Ponente



CARMELO PERDOMO CUETER<sup>18</sup> la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso objeto de estudio no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. Oficio No. 1.210.66.10-424855 del 13 de agosto de 2018, proferido la Oficina de Prestaciones Sociales del Departamento del Valle del Cauca, en cuanto negó la solicitud presentada el día 21 de junio de 2018, en la que se reclamó el pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías definitivas sustitutivas al señor **Diego Fernando Urbano González**, en calidad de compañero supérstite de la señora María Rubiela Flórez Garcés, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, **ORDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, pagar en favor del señor **DIEGO FERNANDO URBANO GONZÁLEZ**<sup>19</sup>, la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas que le correspondieron en vida a la docente María Rubiela Flórez Garcés (q.e.p.d), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, esto es por un total de **525 días**.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda

**CUARTO SIN CONDENA EN COSTAS** por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: ORDENAR** a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del CPACA. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y 195 ibidem.

**SEXTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria de conformidad con el artículo 114 inc. 2º del C.G.P.

<sup>18</sup> Dijo la citada sentencia: "Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)"

<sup>19</sup> En calidad de compañero supérstite de la señora María Rubiela Flórez Garcés (q.e.p.d)



**SÉPTIMO:** En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO**  
**Juez**

Firmado Por:

**Andres Gonzalez Arango**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**Oral 002**

**Cartago - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación: **f8dc1e4249d2e8c1ab0f44d40a56db9a2e3a977fddb977e027909e8560731e00**

Documento generado en 16/12/2022 05:28:20 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL  
CIRCUITO DE CARTAGO – VALLE DEL CAUCA**

<b>CIUDAD – FECHA</b>	Cartago, Valle del Cauca – diciembre (16) de dos mil veintidós (2022)
<b>RADICACIÓN</b>	76-147-33-33-002- <b>2022-00204</b> -00
<b>DEMANDANTE</b>	LYDA MARÍA AGUIRRE ARANGO
<b>DEMANDADOS</b>	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG” DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
<b>SENTENCIA</b>	<b>0304</b>

**TEMA: SANCIÓN MORATORIA POR NO PAGO EN TIEMPO DE CESANTÍAS.** Procedencia en el caso de docentes oficiales. Contabilización de los plazos para pagar la prestación conforme la sentencia de Unificación de CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 julio de 2018.

### I. ANTECEDENTES

La señora **LYDA MARIA AGUIRRE ARANGO** solicitó la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día 18 de abril de 2022, originado del silencio administrativo frente a la petición elevada ante las entidades demandadas, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la accionante; en consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho pide el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, así como sus respectivos intereses; igualmente el pago de intereses de mora y el reajuste conforme el IPC.

Como hechos sustento de sus pretensiones la parte demandante expuso que el día **09 de septiembre de 2021** solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial a la cual tenía derecho y por medio de la **Resolución No. 03118 del 30 de septiembre de 2021**, se reconoció la misma. El día **14 de enero de 2022**, se efectuó el pago de las cesantías parciales. Conforme lo anterior, con fecha **18 de enero de 2022** se radicó solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, misma que fuera resuelta negativamente de forma ficta.

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

La demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones:

- ✓ Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15
- ✓ Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2
- ✓ Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5
- ✓ Ley 1955 de 2019, artículo 57
- ✓ Jurisprudencia del Consejo de Estado Sentencia

Consideró que, con el acto atacado, la entidad demandada vulneró las normas indicadas, pues incumplió con el pago oportuno de las cesantías, de la demandante y negó el pago a la sanción por dicha mora.

### III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

#### 3.1. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>1</sup>:

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma, manifestando que por ministerio de la ley se encuentran definidos los sujetos responsables del pago de la sanción por mora con sus propios recursos, esto es, la Secretaría de Educación del ente territorial y Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), según se haya dado el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, de lo puntualizado se tiene, que toda sanción mora causada a diciembre de 2019, deberá ser cancelada con los fondos descritos y no con fondos del FOMAG para lo cual se solicita a su señoría si se prueba que se incurrió en mora de cancelación de cesantías pronunciarse en su fallo que se cargara a dicho rubro presupuestal.

De conformidad con el análisis realizado para el caso que ahora nos convoca, se advierte que, si bien, la cesantía fue solicitada el 09 de septiembre de 2021, solo hasta el 19 de octubre de 2021, fue notificada la Resolución 3118 del 30 de septiembre de 2021, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de las cesantías parciales solicitadas por la docente LYDA MARIA AGUIRRE ARANGO, por lo tanto, es evidentemente claro que la mora generada dentro del caso que ahora nos ocupa, fue generada por el ente territorial.

Por lo anterior, ha de entenderse que el acto administrativo en mención quedo debidamente ejecutoriado el 03 de noviembre de 2021, por lo que, es a partir de esta fecha que se ha de contar el término de 45 días con que contaba la entidad que represento, para efectuar el pago de la cesantía. De igual manera, ha de darse aplicación a lo establecido en la Ley 1955 de 2019, en cuanto que la sanción mora generada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 debe ser pagada con recursos propios del ente territorial.

Propuso como excepciones de mérito: i) la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria, ii) litisconsorcio necesario por pasiva, iii) legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad, iv) improcedencia de la indexación de las condenas, v) caducidad, vi) prescripción, vii) compensación; viii) falta de legitimación en la causa por pasiva, ix) genérica.

#### 3.2. DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN<sup>2</sup>:

La entidad demanda, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que, en el caso de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación- Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del citado fondo, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

A continuación, indicó respecto de la aplicación de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 54 de la Ley 1071 de 2006, que la Secretaría de Educación Departamental no ha infringido con los términos para la expedición de las Resoluciones respectivas, toda vez que una vez realizada la reclamación de las cesantías por la parte convocante, se solicitó la documentación faltante y dentro del término legal fue proferido el acto de reconocimiento del mismo, una vez aprobado por la Fiduprevisora.

<sup>1</sup> Expediente digital, documento 07 pdf

<sup>2</sup> Expediente digital, documento 08 pdf

También dijo que para el caso de la demandante, teniendo en cuenta su calidad de docente, afiliado al Fondo Nacional de prestaciones sociales de magisterio, las normas especiales, y por tanto prevalentes, que regulan el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran a cargo de dicho fondo, son las establecidas en la ley 91 de 1989, siendo que en dichas disposiciones la que le asigno la competencia de administrar y pagar las cesantías de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto la ENTIDAD encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es dicho fondo.

Finalmente, propuso las excepciones de: falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**4.1. PARTE ACTORA<sup>3</sup>:** Se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda y aduce que entre el momento de presentación de la solicitud de las cesantías y el momento del pago transcurrieron más de 65 días hábiles, como lo establece el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, por lo que es procedente el reconocimiento de la sanción solicitada.

#### 4.2. PARTE ACCIONADA:

**4.2.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales<sup>4</sup>:** Dentro de la oportunidad procesal correspondiente allegó pronunciamiento donde manifiesta que por ministerio de la ley se encuentran definidos los sujetos responsables del pago de la sanción por mora con sus propios recursos, esto es la Secretaría de Educación del ente territorial o Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), según se haya dado el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el trámite de solicitud y pago de las cesantías, de lo puntualizado se tiene, que toda sanción mora causada a diciembre de 2019, deberá ser cancelada con los fondos descritos y no con fondos del FOMAG para lo cual se solicita a su señoría si se prueba que se incurrió en mora de cancelación de cesantías pronunciarse en su fallo que se cargara a dicho rubro presupuestal.

**4.2.2. Departamento del Valle del Cauca (Secretaría de Educación)<sup>5</sup>:** En sus alegatos de conclusión, manifestó que de acuerdo a los anexos de la demanda que presentó la parte actora, se encuentra en el Extracto del FOMAG de la señora LYDA MARIA AGUIRRE ARANGO constancia que sus cesantías y sus intereses de cesantías se encuentran consignadas con fecha a 2021-03-27. Con lo anterior se demuestra que la secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca dando cumplimiento a lo dispuesto por el Acuerdo N° 034 del 15/12/1998 adoptado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Mediante Oficio 20200170161153 de 11/12/2020, comunicado No. 008 -reporte de intereses de cesantías 2020 de Fiduprevisora para pago -Santiago de Cali, enero 28 de 2021 SADE 87896; la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca reportó a La Fiduprevisora S.A., el consolidado de Docentes Activos e inactivos del año 2.018, 2.019 y 2020, a efectos del respectivo pago de las cesantías y liquidación y pago de los intereses a las Cesantías del año 2020. De otra manera no podría saber la FIDUPREVISORA el valor a pagar. Ahora bien, informo que, conforme lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son administrados por la sociedad fiduciaria La Fiduprevisora S.A., quien, según

<sup>3</sup> Expediente digital, documento 14 pdf

<sup>4</sup> Expediente digital, documento 16 del pdf

<sup>5</sup> Expediente digital, documento 13 pdf

lo dispuesto en el art. 4 del Acuerdo 039 de 1998 deberá pagar los intereses a las cesantías en el mes de marzo respectivo.

- 4.3. MINISTERIO PÚBLICO<sup>6</sup>:** Presentó concepto en la oportunidad procesal correspondiente, manifestando que este es un caso que ya se ha discutido suficientemente en los estrados judiciales, dado que mediante sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, emitido por la Comisión Segunda del Consejo de Estado, contempló el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos, frente a los docentes oficiales, quienes son beneficiarios del régimen especial de cesantías previstos en la Ley 91 de 1989, adoptando una postura clara indicativa de que sí es la norma aplicable. Igualmente, en esta sentencia se sentó jurisprudencia respecto del momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora, el salario base de liquidación y la procedencia de la indexación de la sanción moratoria.

De igual manera, esta sanción mora está contemplada en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. Es preciso expresar que este Agente del Ministerio Público no encontró hecho que pudiese inferir o que existiera prescripción o caducidad alguna.

También se puede concluir que la Secretaría d Educación del Departamento del Valle del Cauca, expidió la Resolución N° 03118 el 30 de septiembre de 2021, con una mora superior a los 15 días que brinda la Ley, después de la solicitud presentada por la Docente aquí demandante, es decir, superó los términos que la Ley estipuló para dar trámite a este tipo de peticiones, siendo esta entidad la corresponsable en la mora para el pago de las cesantías a la Docente aquí demandante.

## V. CONSIDERACIONES

Se observa que el proceso de la referencia se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes, se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico, y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el planteamiento del litigio formulado en auto del 16 de noviembre de 2022<sup>7</sup>, al Despacho le corresponde resolver:

- Determinar si se configuran los presupuestos de la sanción moratoria conforme a Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales solicitadas por la demandante en su calidad de docente oficial.

### 2. TESIS DEL DESPACHO:

La tesis que sostendrá el Despacho es que, a la demandante, en su calidad de docente, tenía derecho a que se le pagara la sanción moratoria de que trata Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, por cuanto la entidad accionada (Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), incurrió en el pago tardío de las cesantías parciales solicitadas.

<sup>6</sup> Expediente digital, documento 17 pdf

<sup>7</sup> Expediente digital, documento 12 pdf

### 3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Como premisa normativa que sustenta la tesis del Despacho, desde lo constitucional se funda en lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 336 del 18 de mayo de 2017, donde al tratar el tema del pago de la sanción moratoria de las cesantías para docentes, precisó:

(...)

*“Sobre pago de la sanción moratoria de las cesantías para docentes del fondo de prestaciones sociales del magisterio (Fomag) por ser régimen especial. se considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006. Lo anterior porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la ley 91 de 1989.*

Ahora bien, atendiendo el sistema de fuentes del sistema jurídico colombiano, donde la Jurisprudencia pasó de ser fuente auxiliar, a convertirse en fuente principal de derecho bajo los cánones del artículo 230 de la Constitución de 1991, y la interpretación que ha dado la Corte Constitucional en emblemáticas Sentencias como la C-836 de 2001, C-539 de 2011 y C- 634 de 2011 entre otras; esta agencia judicial funda su decisión en la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado sobre el tema en discusión.

Visto lo anterior, se tiene que la discusión sobre la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales o definitivas a los docentes oficiales, es un asunto que ha quedado definido de manera diáfana y es así como el Consejo de Estado, en sentencia de Unificación de la sección segunda, de fecha 18 de julio de 2018, señaló las siguientes reglas, aplicables al caso que nos ocupa:

*1- Al docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.*

*2- En cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

*3- Es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.*

Ahora, sobre la forma de contabilización de la mora por el pago tardío de las cesantías, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación ya citada, explicó distintas situaciones que se presentan en el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la señalada prestación social. En este sentido indicó:



HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Por otra parte, ya estando clara la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales, basta indicar que la normativa anterior, en el artículo 4 impone un término de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, para que la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, expida la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Adicionalmente, el Artículo 5° pergeña que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, y en caso de incumplimiento de dicho plazo, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Debe decirse que la norma en comento, guarda plena armonía con lo expuesto en la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado, indicada en precedencia.

#### **4. DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 1955 DE 2019- Competencia en el pago de la sanción moratoria:**

La Ley 1955 de 2019 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*”, publicada en el Diario Oficial en mayo de 2019 en su artículo 336 derogó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y en el referido artículo 57, señaló que:

*“PARAGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se*

*genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.”*

Conforme a dicha disposición, las entidades territoriales comprometen su responsabilidad patrimonial, cuando su gestión supere los términos concedidos en la Ley para resolver las solicitudes de pago de cesantías, advirtiendo que en estos eventos el pago de la sanción moratoria no se haría con cargo a los recursos del Fondo, sino que sería asumida por las entidades territoriales.

No obstante, es menester recordar que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a los educadores a la luz de la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el trámite previsto en el Decreto 1272 de 2018, está a cargo de la Nación (Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), mediante la aprobación del proyecto de resolución.

En ese sentido, existe la posibilidad de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reclame a la entidad territorial el pago de la sanción moratoria, atendiendo lo previsto en el artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1272 de 2018, que le impone tanto al citado Fondo como a la fiduciaria el deber de iniciar las acciones legales o judiciales contra quienes den lugar a la configuración de la sanción moratoria<sup>8</sup>.

Bajo dicho contexto, no resulta necesaria en el proceso la comparecencia de la entidad territorial certificada en educación para emitir un pronunciamiento de fondo frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada, habida consideración de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, por conducto de la entidad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos, estará en la obligación de adelantar las acciones que procedan y correspondan para el reintegro de los dineros cancelados a título de sanción moratoria por el retardo en el pago del auxilio de cesantía, trámite dentro del cual se podrá ejercer el derecho de contradicción.

Conforme a lo anterior, se tiene que la entidad territorial certificada no ostenta en el proceso calidad o condición de litisconsorte necesario del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), conforme al artículo 61 del Código General del Proceso, por cuanto:

- a) No se trata de una única e inescindible relación jurídica que vincularía el titular de la sanción moratoria con el Fondo y con la entidad territorial certificada, pues una es la relación del docente que reclama al Fondo el pago de la sanción y otra la que tiene lugar entre el Fondo para recuperar del ente territorial lo pagado por tal concepto, relación que tiene lugar siempre que se acredite que la mora se originó por el actuar del ente territorial.
- b) La no comparecencia del ente territorial al proceso contencioso administrativo, no impide que se profiera una sentencia de fondo en el asunto que se debate sobre la procedencia del reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, señaló que *“las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales, radican únicamente en la Nación-*

---

<sup>8</sup> **ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria.** El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

*Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*<sup>9</sup>. De igual manera, en providencia del 26 de abril de 2018 se pronunció acerca de la improcedencia del litisconsorcio necesario entre el FOMAG y las Secretarías de Educación Territoriales, concluyendo de manera contundente que “*en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales*”<sup>10</sup>.

Así mismo, al desconcentrarse la función de reconocimiento de las cesantías en favor de las Secretarías de Educación territoriales, su ejecución se da en nombre del FOMAG en observancia del artículo 9 de la Ley 91 de 1989 y adicionalmente, tanto el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1075 de 2015, radican de forma exclusiva el pago de la sanción moratoria en el FOMAG, sin perjuicio de que éste ejerza las acciones administrativas pertinentes ante los entes de control, con el propósito de que se establezca la responsabilidad del funcionario que hizo incurrir a la Administración en su pago y de otro lado, obligan a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de fondo a que adelante las medidas legales en contra de dichas entidades territoriales para que reintegren los valores que se paguen por concepto de la aludida sanción.

Así las cosas, se concluye que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), quien, en todos los casos frente a los docentes, ha de responder por el pago de la sanción moratoria generado por el pago tardío de cesantías, como ente legalmente habilitado para asumir el pago de todas las prestaciones económicas a favor de los docentes oficiales.

Finalmente, en cuanto a la relación procesal que bien pudiera existir entre el FOMAG y el ente territorial, se reitera que al FOMAG desde antes de la expedición de la Ley 1955 de 2019, le asiste el derecho legal de reclamar de los entes territoriales el reembolso de las sumas pagadas por concepto de sanción moratoria, por lo cual, al interior de un proceso judicial, su relación no constituye como ya se indicó, un litisconsorcio necesario sino que procedería como un llamamiento en garantía a petición de parte y con el cumplimiento de los requisitos legales de tal figura procesal.

## **5. CASO CONCRETO:**

Dentro del plenario obra el siguiente material<sup>11</sup>:

- Copia de la reclamación administrativa reclamación sanción mora radicado No. VCD2022ER000358 del 18 de enero de 2022.
- Resolución No. 1.210-54-03118 del 30 de septiembre de 2021 mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a nombre de la señora Lyda María Aguirre Arango.
- Copia de certificado del pago de cesantías donde consta que quedó a disposición de la accionante el 14 de enero de 2022.
- Certificado de nómina.
- Copia cédula de ciudadanía accionante.
- Constancia de no conciliación prejudicial.

Desciendo al caso que nos ocupa, este Despacho procederá a conceder las pretensiones y en consecuencia a realizar el cómputo respectivo en los siguientes términos:

<sup>9</sup>Subsección “B”. CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15).

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Auto del 26 de abril de 2018. Radicación número: 68-001-23-33-000-2015-00739-01 (0743-2016) Actor: Amanda Lucía Durán Rey

<sup>11</sup> Ver archivo 02 Anexos pdf, expediente digital

Se observa en la **Resolución No. 1.210-54-03118 del 30 de septiembre de 2021**, que se indica que la solicitud de cesantías parciales fue radicada el día 09 de septiembre de 2021.

El Juzgado entiende que el término de 15 días hábiles, siguientes a la presentación de la reclamación, dentro de los cuales debió expedirse el acto administrativo reconociendo el pago de las cesantías solicitadas, inició el día 10 al 30 de septiembre de 2021.

Del 01 al 14 de octubre de 2021, transcurrieron los 10 días del término de ejecutoria del acto administrativo (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011)<sup>12</sup>, contemplado por la norma, empezando al día hábil siguiente esto es, 15 de octubre de 2021, el período de 45 días hábiles para llevar a cabo el pago de las cesantías solicitadas, el cual finalizó con fecha 22 de diciembre de 2021.

De la revisión del expediente, se evidencia, tal como se desglosa de la constancia expedida por la Fiduprevisora, que el pago de las cesantías de la demandante quedó disponible en el Banco Agrario desde el **14 de enero de 2022**, esto es, **22 días** posteriores al vencimiento de los 70 días hábiles normados dentro de los cuales debió realizarse el pago de las cesantías solicitadas.

En consecuencia de lo expuesto se concluye que dentro del presente asunto efectivamente existió mora en el pago de las cesantías de la demandante, por lo que procederá este Despacho a acatar la postura asumida por el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, consignadas en las providencias transcritas y en consecuencia acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo ficto configurado como consecuencia del silencio administrativo frente a la petición formulada por la demandante el día **18 de enero de 2022**, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 y a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada en su condición de docente, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, esto es por un total de **22 días**.

Trámites Realizados			Fecha
Fecha solicitud cesantía			09 de septiembre de 2021
Pago oportuno (70 días hábiles)			22 de diciembre de 2021
Pago extemporáneo			14 de enero de 2022
Año	Mes (30 días) <sup>13</sup>	Días	
2021	diciembre	08	
2022	enero	14	
<b>TOTAL DÍAS RETARDO</b>		<b>22</b>	

<sup>12</sup> «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.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

<sup>13</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de marzo de 1999 en el expediente No. 12.503. Concepto 104544 de abril 21 de 2008, Ministerio del Trabajo.

De lo anteriormente expuesto, se observa que no existió prescripción del derecho reclamado, toda vez que el término para pagar las prestaciones era el 22 de diciembre de 2021 y desde esa fecha la parte demandante contaba con tres (3) años para realizar la solicitud dentro del término, dicha solicitud del reconocimiento de la sanción moratoria fue radicada el 18 de enero de 2022.

Por otra parte, la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 citada líneas atrás, dejó sentado que el salario base para calcular la sanción moratoria será "...tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo."

En este evento se solicitaron las cesantías parciales, motivo por el cual y dando aplicación a la anterior regla, la sanción por mora se calculará teniendo en cuenta la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, es decir, la asignación básica devengada en el año 2021 por la señora **LYDA MARIA AGUIRE ARANGO**.

Ahora bien, para determinar a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada por el pago tardío de las cesantías que ahora se ordena en esta providencia, el Despacho considera atendiendo lo explicado en acápite anterior, que tal responsabilidad recae de manera exclusiva en la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, motivo por el cual, se desvinculará del presente asunto al Departamento del Valle del Cauca- Secretaría de Educación, a quien se le declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Lo anterior, pues es al FOMAG a quien le corresponde efectuar el pago de la sanción que ahora se reclama, y en virtud de lo establecido en el artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1272 de 2018, tanto aquel, así como la fiduciaria, tienen el deber de iniciar las acciones legales o judiciales contra quienes den lugar a la configuración de la sanción moratoria.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de indexación de la sanción moratoria debe indicarse que, en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, se hizo un análisis sobre la materia, indicando que no es procedente indexar las sumas reconocidas como consecuencia de la aplicación de la sanción por mora, como quiera que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que ello conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica.

## **6. CONDENA EN COSTAS**

En cuanto a la condena en costas se advierte que, si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez "dispondrá" sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14), Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER<sup>14</sup> la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

---

<sup>14</sup> Dijo la citada sentencia: "Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)"

En el caso objeto de estudio no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento del Valle- Secretaría de Educación Departamental y en consecuencia, desvincúlese de este asunto según lo antes expuesto.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto configurado con fecha **18 de abril de 2022**, como consecuencia del silencio administrativo frente a la petición formulada por la accionante el día 18 de enero de 2022, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la señora **LYDA MARIA AGUIRRE ARANGO**, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, pagar en favor de la señora **LYDA MARIA AGUIRRE ARANGO**, la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, esto es por un total de **22** días.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda

**QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS** por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEXTO: ORDENAR** a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del CPACA. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y 195 ibidem.

**SÉPTIMO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria de conformidad con el artículo 114 inc. 2º del C.G.P.

**OCTAVO:** En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO**  
**JUEZ**

**Firmado Por:**  
**Andres Gonzalez Arango**  
**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**Oral 002**  
**Cartago - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación: **c68c3616f138c73e274b0a11ed9b7083168b57a49dfd48e8a49805e2302a7be3**

Documento generado en 16/12/2022 05:28:20 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



## JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGO – VALLE DEL CAUCA

<b>Ciudad – Fecha</b>	Cartago – Valle del Cauca, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
<b>Radicado</b>	76-147-33-33-001- <b>2013-00801-00</b>
<b>Demandantes</b>	SANDRA MILENA PARRA CATANO Y OTROS
<b>Demandado</b>	HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE CARTAGO
<b>Medio de Control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Auto Sustanciación</b>	<b>878</b>

Se tiene que en actuación anterior obra liquidación de costas efectuada por la secretaría del Despacho, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 del C.G.P.

Con base en lo anterior, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago,

### RESUELVE

**PRIMERO: APROBAR** la liquidación de costas visible en la actuación anterior, efectuada por la secretaria del Despacho, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 del C.G.P.

**SEGUNDO: EJECUTORIADA** la presente providencia procédase a la **expedición de copias solicitadas** y posteriormente al **ARCHIVO DEFINITIVO** del expediente.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO**  
Juez

IGM

Firmado Por:

Andres Gonzalez Arango

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 002

Cartago - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **fbba8c58514aa254fe0f78de9de553f7afa21b4746a121c0f79ee44033ed4db9**

Documento generado en 16/12/2022 05:28:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



## JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGO – VALLE DEL CAUCA

<b>Ciudad – Fecha</b>	Cartago – Valle del Cauca, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
<b>Radicado</b>	76-147-33-33-001- <b>2013-00645-00</b>
<b>Demandantes</b>	ZULAY VANESSA ESTUPIÑÁN GÓMEZ Y OTROS
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MIN. DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
<b>Medio de Control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Auto Sustanciación</b>	<b>877</b>

Se tiene que en actuación anterior obra liquidación de costas efectuada por la secretaria del Despacho, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 del C.G.P.

Con base en lo anterior, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago,

### RESUELVE

**PRIMERO: APROBAR** la liquidación de costas visible en la actuación anterior, efectuada por la secretaria del Despacho, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 del C.G.P.

**SEGUNDO: RECONOCER PERSONERÍA** al abogado **Marino Bonilla Gómez**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.013.035 y tarjeta profesional No. 277.914 del C.S. de la J., como apoderado de la **Nación – Min. Defensa – Policía Nacional**, conforme el memorial poder aportado con la solicitud de liquidación de costas.

**TERCERO: EJECUTORIADA** la presente providencia procédase a la **expedición de copias solicitadas** y posteriormente al **ARCHIVO DEFINITIVO** del expediente.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO**  
Juez

IGM

Firmado Por:  
Andres Gonzalez Arango  
Juez  
Juzgado Administrativo  
Oral 002

**Cartago - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación: **899b917b03661cde7106e946355d77a34e2867cd461457e76f2fa19ba225a047**

Documento generado en 16/12/2022 05:28:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**