



389

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 4**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

Tunja, **10 JUL.** 2018

<b>ACCIÓN:</b>	REPETICIÓN
<b>RADICADO:</b>	150012331001 <b>201100028</b> -00
<b>DEMANDANTE:</b>	E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA
<b>DEMANDADOS:</b>	GERMÁN CAMARGO SUÁREZ Y ALFONSO CASTELLANOS LÓPEZ
<b>TEMA:</b>	RESPONSABILIDAD DERIVADA DE MUERTE DE PACIENTE EN INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA
<b>ASUNTO:</b>	<b>SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA</b>

Agotadas las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, en los términos del artículo 170 del CCA.

**I. ANTECEDENTES**

**1. DEMANDA**

**1.1. Declaraciones y condenas (f. 8)**

La E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, a través de apoderada, acudió a esta jurisdicción en ejercicio de la acción de repetición a fin de que se declare responsables a los señores GERMÁN CAMARGO SUÁREZ y ALFONSO CASTELLANOS LÓPEZ de los perjuicios ocasionados a la entidad por la condena dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el fallo proferido el 10 de abril de 2008 dentro del proceso de reparación directa con radicación No. 1999-0545, promovido con ocasión de la muerte del señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.).

Como consecuencia de lo anterior, pidió que se condene a los accionados a reembolsar a la entidad de forma indexada la suma de \$273.899.590,00, que fue el monto cancelado el 3 de marzo de 2009 a los accionantes del proceso antes mencionado.

Finalmente, solicitó que se condene a los demandados al pago de las costas y gastos del proceso, y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 173, 174 y 178 del CCA.

## **1.2. Fundamentos fácticos (ff. 6-7)**

Como fundamentos fácticos de la acción, la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:

Que el 16 de marzo de 1997 ingresó por el servicio de urgencias el señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) debido a una caída desde su propia altura y, tras la práctica de una radiografía de pelvis y de fémur, le fue diagnosticada fractura de fémur derecho.

Que de acuerdo con el criterio de los especialistas, el paciente requería material de osteosíntesis para proceder con cirugía, el cual debía ser suministrado por la EPS MIS y, según se dejó anotado en la historia clínica respectiva, no había disponibilidad quirúrgica durante 20 días en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Que el 20 de marzo de 1997 le fueron practicados al paciente exámenes paraclínicos, que resultaron normales.

Que el material de osteosíntesis fue recibido en la institución hospitalaria el 15 de abril de 1997 y el 21 de abril del mismo año se llevó a cabo la intervención quirúrgica, en la cual se presentó sangrado.

Que a pesar de requerirse 3 unidades de sangre y de la realización de maniobras de resucitación, el paciente hizo hipotensión y falleció a las 5 p.m.

Que los especialistas que atendieron y trataron al señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) fueron los médicos GERMÁN CAMARGO SUÁREZ y ALFONSO CASTELLANOS LÓPEZ.

Que la señora RUTH MARGARITA CUBILLOS CORREA, en calidad de cónyuge del señor AMAYA PEREA (Q.E.P.D.), presentó demanda de reparación directa ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual obtuvo sentencia condenatoria el 10 de abril de 2008. Por ende, se ordenó el pago de \$273.899.590,00.

Que a pesar de haberse interpuesto y sustentado recurso de apelación, el Consejo de Estado lo inadmitió, lo que derivó en la firmeza del fallo condenatorio.

Que mediante comprobante de egreso No. 23365 se canceló el valor de la condena el 10 de febrero de 2009.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de enero de 2011 (f. 151) e inicialmente fue inadmitida y rechazada por esta Corporación. Empero, esta última decisión fue revocada por el Consejo de Estado en providencia del 16 de agosto de 2012 (ff. 203-209).

En virtud de lo anterior, la demanda fue admitida a través de auto del 7 de noviembre de 2012 (ff. 213-218), ordenándose la notificación de los accionados. Cabe anotar que en el libelo se solicitó el decreto de medidas cautelares, pero dicha petición fue desestimada en el auto admisorio.

Después de efectuadas las notificaciones respectivas (ff. 229 y 255) se procedió a fijar el proceso en lista (f. 257), oportunidad dentro de la cual los integrantes de la parte accionada ejercieron su derecho a la defensa.

## 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 258-288)

Los señores GERMÁN CAMARGO SUÁREZ y ALFONSO CASTELLANOS LÓPEZ, por conducto de la misma apoderada, contestaron el libelo oponiéndose a las pretensiones de la acción.

Para sustentar su posición, la profesional del derecho propuso las siguientes excepciones:

- **Prescripción o caducidad de la acción:** Este medio exceptivo fue formulado tanto con connotación previa como de mérito. Expuso que por remisión expresa del artículo 306 del CPACA era aplicable el artículo 90 del CPC, que señala que la prescripción y la caducidad solo se interrumpen si el auto admisorio de la demanda se notifica dentro del año siguiente a la notificación de ese proveído al accionante, plazo que se superó en este caso.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos:** Sostuvo que ninguno de los elementos que configuran responsabilidad se reunían en este caso y especialmente se echa de menos la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de los demandados.

Refirió que el mismo Comité de Conciliación de la entidad demandante recomendó no iniciar la acción de repetición, debido a que la condena

en sede de reparación directa se produjo por la deficiente defensa jurídica de la institución hospitalaria.

- **Ausencia de prueba de daño atribuible a mis representados:** Recalcó que la sentencia de la acción de reparación directa carecía de los elementos objetivos que permitieran establecer responsabilidad de los demandados en el deceso del señor AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) ya que, por el contrario, la falla se produjo como consecuencia de la falta de equipos médicos en óptimo estado de funcionamiento y del suministro de materiales quirúrgicos necesarios para la realización de la intervención.

- **Falta de requisitos legales para impetrar acción de repetición contra mis representados:** Alegó que los demandados no incurrieron en ninguna de las conductas enlistadas en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 y, en cambio, su conducta estuvo ajustada a la *lex artis* y protocolos médicos.

Adicionó que no existe nexo de causalidad entre la actuación de los galenos y el fallecimiento del paciente, quien presentó una complicación generada en la larga estancia intrahospitalaria de 35 días y las consecuentes dificultades operatorias al encontrar la formación de callo óseo, e insistió en que era una verdadera conducta dolosa la desidia en la defensa jurídica de la entidad en el proceso de reparación directa.

- **Falta de certeza frente a un elemento estructural de la acción de repetición - pago efectivo de la obligación:** Adujo que el pago efectuado en virtud de la condena fue consignado como depósito judicial en el Banco Agrario, de forma que no había certeza de que los demandantes del proceso de reparación directa lo hubieran obtenido. Además, el valor consignado no correspondió con el monto de la aludida condena.

- **Cumplimiento cabal de la *lex artis* (sic) *ad hoc* por parte de los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos:** Reiteró que la atención dispensada por los accionados al paciente RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) fue adecuada, oportuna, perita y diligente, cumpliendo con la *lex artis* y los protocolos médicos.

- **Acto médico carente de culpa:** Redundó en que no se configuraba el elemento de la culpa y que los médicos actuaron con pericia, prudencia y diligencia.

- **Las obligaciones del médico en el caso en concreto son de medio:** Refirió que las obligaciones de los accionados se reducían a emplear acciones y conductas tendientes al restablecimiento de la salud del

paciente, sin tener que curar sino solo tratar o procurar lo mejor para quien está siendo atendido.

**- Inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica:** Explicó que el señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.), producto de su caída, sufrió una fractura subtrocantérica, fue hospitalizado con plan de tratamiento quirúrgico y se solicitó su remisión a otra institución por no disponibilidad quirúrgica durante 20 días en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Relató el devenir de la atención médica y afirmó que el 21 de abril de 1997 el paciente fue intervenido para reducción abierta y osteosíntesis con clavo placa Richards, donde el Dr. CAMARGO SUÁREZ fungió como ortopedista y el Dr. CASTELLANOS LÓPEZ como segundo ayudante. En la cirugía se encontró callo óseo perilesional e importante fibrosis a nivel del foco de la fractura, lo cual dificultó la reducción y fijación de la fractura.

Agregó que lo anterior produjo sangrado continuo y abundante y, por consiguiente, al paciente le fueron transfundidas 3 unidades de glóbulos rojos, pero aun así entró en shock hipovolémico; se realizaron maniobras de resucitación por espacio de una hora sin obtener respuesta y finalmente el señor AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) falleció a las 17:00 horas del mismo día.

Reiteró que el paciente tuvo una estancia intrahospitalaria de 35 días a la espera del material de osteosíntesis requerido y de la reparación del operix, que eran cuestiones ajenas a los especialistas.

**- Ausencia de causalidad adecuada y por ende de nexo causal entre los actos médicos desarrollados por los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos y los daños demandados por el extremo activo:** Hizo referencia a la teoría de la causalidad adecuada y reafirmó lo indicado en el punto anterior.

**- No acreditación de nexo de causalidad:** Esgrimió que el nexo causal debía probarse ya que nunca era objeto de presunción y que, si no había causa atribuible a los demandados, lógicamente no se configuraba tal nexo.

**- Causa extraña a los actos médicos realizados por los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos:** Hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y a eventos médicos ante los cuales no puede predicarse responsabilidad médica y de nuevo reiteró en que la actuación de los accionados se adecuó a los protocolos y la *lex artis*.

- **Vocación indemnizable de los perjuicios demandados:** Aseveró que los perjuicios no eran atribuibles a la actuación médica desplegadas por los accionados y, por ende, no tenían carácter resarcitorio ni eran susceptibles de indemnización.

- **Excepción genérica o la innominada:** Solicitó que se dé aplicación al artículo 306 del CPC.

#### **4. PRUEBAS**

Mediante proveído del 22 de junio de 2016 (ff. 296-297) se abrió el proceso a pruebas, teniendo en cuenta las aportadas y solicitadas por las partes.

#### **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **5.1. Parte demandante (ff. 359-361)**

La entidad se refirió al contexto normativo y los requisitos de la acción de repetición, y agregó que se había demostrado el pago de la condena y el elemento subjetivo de la conducta, esto último a partir del fallo de reparación directa.

Además, adujo que mientras ahora el médico CAMARGO SUÁREZ indica que el factor determinante de la muerte fue la tardanza en la realización de la intervención quirúrgica, en el proceso originario declaró que consideraba que aquello no tuvo incidencia en el deceso.

##### **5.2. Parte demandada (ff. 363-379)**

Hizo alusión al material probatorio recaudado en el proceso y reiteró sus argumentos de defensa, solicitando la desestimación de las pretensiones de la demanda.

#### **6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Dentro de la oportunidad legal, el Ministerio Público no efectuó pronunciamiento alguno.

## **II. CONSIDERACIONES**

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso ordinario, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de la litis.

## 1. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

### 1.1. Excepción de "Prescripción o caducidad de la acción"

Esta excepción se sustenta en la aplicabilidad del artículo 90 del CPC en el proceso de repetición por remisión del artículo 306 del CPACA, lo que implica que en este caso no se interrumpió la prescripción ni la caducidad al haberse notificado el auto admisorio a los accionados extemporáneamente.

Para comenzar, es menester aclarar que al haber sido radicada la demanda el 25 de enero de 2011 (f. 151), la norma adjetiva de carácter general aplicable es el CCA y no el CPACA, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 308 de la nueva codificación<sup>1</sup>. Por otra parte, en la argumentación se afirma indistintamente la configuración de la prescripción y la caducidad, a pesar de tratarse de instituciones diferentes tanto en su concepto como en su aplicación. Sobre este asunto, el Consejo de Estado ha afirmado lo que sigue:

*"(...) Las diferencias entre la caducidad y la prescripción pueden resumirse así:*

*(i) La prescripción se predica del ejercicio del derecho, el cual puede adquirirse o extinguirse con el paso del tiempo. La caducidad se refiere al ejercicio de la acción para reclamar ante el juez la defensa de sus derechos.*

*(ii) La prescripción es renunciable una vez ocurrida, así lo señala el artículo 2514 del Código Civil: (...)*

*La caducidad no, y el Juez, de encontrarla probada debe declararla y abstenerse de emitir pronunciamiento.*

*(iii) La prescripción puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias. Así, el artículo 2530 del Código Civil indica que se suspende a favor de los incapaces y en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. En efecto, la aludida norma establece que no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien*

---

<sup>1</sup> "(...) ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el **dos (2) de julio del año 2012**.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, **así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.**

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, **así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.** (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.

La caducidad en cambio, sólo se suspende con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la 640 de 20018. Además, sólo puede suspenderse por una sola vez. (...)”<sup>2</sup>

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el trámite de las acciones -hoy medios de control- se encuentra limitado en su componente temporal por la caducidad y no por la prescripción, como se evidencia de la lectura del artículo 136 del CCA, cuestión que no admite variación a menos que así lo disponga el legislador<sup>3</sup>; por ende, la aplicabilidad del artículo 90 del CPC se analizará respecto de dicha institución. Así, el Consejo de Estado de tiempo atrás ha establecido lo que se cita enseguida:

“(…) Para el demandado, la notificación del auto admisorio de la demanda ocurrió fuera del término establecido en el artículo transcrito, toda vez que aquélla se realizó por estado el 11 de diciembre de 2001 y personalmente el 7 de julio de 2003, lo que evidenciaba el incumplimiento del plazo de 120 días establecido en el mandato legal [artículo 90 del CPC, antes de la modificación introducida por la Ley 794 de 2003].

(…)

Así las cosas, **comoquiera que el Código Contencioso Administrativo establece en su artículo 207 la forma de notificar la demanda, no es necesario acudir a la normativa procesal civil para esos efectos.**

Aunado a lo anterior, conforme a la constancia de notificación personal a los demandados que se encuentra en el cuaderno del expediente que contiene el despacho comisorio, se observa que ésta se realizó de acuerdo a lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, **de allí que, no se puede pretender ahora que se aplique lo establecido en el Código de Procedimiento Civil en este aspecto.** (...)”<sup>4</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Y recientemente la Alta Corporación adujo:

<sup>2</sup> CE 2A, 21 Abr. 2016, e73001-23-31-000-2005-02913-01(0225-10), W. Hernández.

<sup>3</sup> CE 3C, 21 Nov. 2017, e73001-23-31-000-2008-00697-01(38048), J. Santofimio: “(…) Y en cuanto concierne al argumento según el cual el término es de prescripción y no de caducidad, es evidente que el mismo comporta un desconocimiento absoluto de esas instituciones. Si bien es cierto la prescripción extintiva y la caducidad se asimilan en que denotan el tiempo que se tiene para ejercer los derechos frente a la jurisdicción, es claro que el primero de ellos comporta una noción de derecho privado y por ello debe ser alegada; mientras que la caducidad tiene un contenido marcadamente de derecho público y por ello corre indefectiblemente. Ahora bien, **cuando el legislador ha establecido que un término es de caducidad, ni el juez, ni mucho menos particulares, pueden convertir aquél en un término de prescripción.** No existe ninguna razón ni legal, ni jurisprudencial, ni lógica; para pretender, como lo hace el recurrente, que un término establecido por el legislador como de caducidad mute en un término de prescripción, so pretexto que la responsabilidad cuya declaratoria se pretende ante la jurisdicción tiene el carácter de subjetiva. (...)”<sup>3</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>4</sup> CE 3C, 24 Oct. 2013, e11001-03-26-000-2001-00051-01(21326), E. Gil.

385

"(...) De acuerdo con el vigente inciso primero del artículo 94 del Código General del Proceso y en su momento con el **artículo 90 del Código de Procedimiento Civil**, si el auto admisorio de la demanda no se notificaba al demandado dentro del año siguiente a la notificación por estado al demandante, el término de caducidad se reanudaba y solo se suspendía hasta tanto ello ocurriera.

(...)

Respecto de lo anterior, no resulta necesario efectuar una contabilización del tiempo que transcurrió entre la notificación por estado del auto admisorio de la demanda y su notificación a los demandados por intermedio del curador ad litem, **toda vez que el artículo 94 del Código General del Proceso y el 90 del Código de Procedimiento Civil no resultaban aplicables al procedimiento contencioso administrativo.**

La Sección Tercera del Consejo de Estado ya tuvo la oportunidad de resolver un recurso de apelación dentro de una demanda de repetición, en la cual el demandado invocó el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, con el objeto de que se declarara la caducidad de la acción.

**En aquella oportunidad, la Sección Tercera precisó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo contaba con una regulación íntegra acerca de la figura de la caducidad, por lo que no era necesario acudir al procedimiento civil para llenar los vacíos normativos del tema, pues no existían.** (...)”<sup>5</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, ya que el artículo 90 del CPC no es aplicable al procedimiento contencioso administrativo, para el cómputo de la caducidad se toma como extremo final la fecha de presentación de la demanda, sin que el momento en el que se notifica al accionado, que es posterior, tenga incidencia alguna.

Por todo lo anterior, esta excepción no prospera.

### **1.2. Excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos” y “Falta de requisitos legales para impetrar acción de repetición contra mis representados”**

En casos donde se ha formulado esta excepción, el Consejo de Estado consistentemente ha diferenciado la legitimación *de hecho* en la causa de la legitimación *material* en la causa. Con respecto a la primera, ha precisado que se trata de la relación *procesal* entre las partes, nacida a partir de las pretensiones de la demanda y concretada en su admisión y notificación. En otras palabras, la legitimación *de hecho* en la causa se corresponde con el concepto de capacidad para comparecer al proceso.

<sup>5</sup> CE 3A, 23 Nov. 2017, e25000-23-26-000-2011-00120-01(49937), M. Velásquez.

De otro lado, la legitimación *material* en la causa se refiere a la participación real del sujeto en los hechos que originan la acción, independientemente de su presencia en el proceso; es decir, se trata de la relación sustancial que conecta a las partes. De esta manera lo ha manifestado el Alto Tribunal:

"(...) 10.4. En cuanto a la legitimación en la causa, es preciso determinar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, existen dos clases: la **de hecho** y la **material**. **La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda.** En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:

(...)

10. 5. Cabe destacar igualmente que la ausencia de legitimación en la causa no inhibe al juzgador para pronunciarse de mérito, en consideración a que ésta es un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual, no se relaciona con un aspecto procesal sino sustancial del litigio. De esta manera, **cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, el juzgador deberá denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o, el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.** (...)”<sup>6</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En síntesis, la legitimación de hecho es un presupuesto de la acción que se estudia al momento de admitir la demanda, mientras que la legitimación material se examina en el fallo, con el fin de acceder o negar pretensiones sin impedir el pronunciamiento de fondo con respecto a la participación real de las partes en los hechos narrados en el libelo introductorio. Así las cosas, la falta de legitimación material en la causa no se constituye como excepción de fondo que pueda formularse en las acciones de repetición, toda vez que no consiste en una circunstancia que tenga la virtualidad de extinguir parcial o totalmente la pretensión elevada por la parte actora sino en una premisa indispensable para acceder a ella.

Ahora bien, en el caso concreto los accionados se refirieron a la legitimación *material* en la causa debido a que hicieron alusión a que su conducta se ciñó a los protocolos médicos y a la *lex artis* y, por ende, no

<sup>6</sup> CE 2B, 30 Mar. 2017, e68001 23 31 000 2000 01767 01 (38727), D. Rojas.

386

se reúnen los requisitos de la acción de repetición, lo cual, para ser dilucidado, implica necesariamente adentrarse al análisis del fondo del asunto. Bajo este entendido, los razonamientos que sustentan esta oposición serán examinados al descender al caso concreto.

Lo mismo se predica de la excepción denominada "falta de requisitos legales para impetrar acción de repetición contra mis representados", toda vez que no se refiere a una ausencia de requisitos formales que impida analizar el caso, sino a la inexistencia de dolo o culpa grave en la conducta de los demandados, cuestión que, como se dijo, requiere examinar de fondo el asunto.

**1.3. Excepciones denominadas "Ausencia de prueba de daño atribuible a mis representados", "Falta de certeza frente a un elemento estructural de la acción de repetición - pago efectivo de la obligación", "Cumplimiento cabal de la lex artis (sic) ad hoc por parte de los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos", "Acto médico carente de culpa", "Las obligaciones del médico en el caso en concreto son de medio", "Inexistencia de responsabilidad derivada de un evento propio de la ciencia médica", "Ausencia de causalidad adecuada y por ende de nexo causal entre los actos médicos desarrollados por los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos y los daños demandados por el extremo activo", "No acreditación de nexo de causalidad", "Causa extraña a los actos médicos realizados por los Dres. Germán Camargo y Alfonso Castellanos" y "Vocación indemnizable de los perjuicios demandados"**

Se advierte que los anteriores razonamientos propuestos por los demandados en realidad no tienen el carácter de excepciones sino que hacen alusión a argumentos de defensa<sup>7</sup>, así que sus fundamentos serán tenidos en cuenta cuando se aborde el caso concreto. De otro lado, cabe anotar que en vigencia del Decreto No. 01 de 1984 el pago de la condena no se erigía como un requisito de procedibilidad sino de fondo,

---

<sup>7</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 229: "(...) Cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una **simple defensa**. Sin embargo, en los procesos civiles y laborales como también en algunos contencioso-administrativos, el demandado no se limita por lo general a esa discusión, sino que afirma, por su parte, **la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones**. // Esos hechos nuevos o distintos de los que fundamentan la demanda, o que representan diferentes modalidades de éstos, y que constituyen las excepciones, pueden ser **extintivos, impeditivos, modificativos o dilatorios**. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

de modo que así se estudiará en esta providencia. Igualmente, se precisa que la popularmente denominada "excepción genérica" no es propiamente un medio exceptivo sino una facultad del Juez, consagrada en el artículo 164 del CCA.

Por todo lo anterior y en razón a que no se encuentra probada oficiosamente la configuración de ningún otro medio exceptivo, la Sala procederá a analizar el fondo del asunto.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala resolverá como problema jurídico el siguiente: *¿En el presente caso, se encuentran reunidos la totalidad de requisitos para condenar a los accionados en sede de repetición, especialmente, que su conducta fuera dolosa o gravemente culposa y derivó en el daño al erario?*

De la interpretación de los argumentos de las partes y la normatividad aplicable al caso, la Sala anuncia la posición que asumirá así:

### **2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala:**

*Entrando al análisis de los requisitos para la prosperidad de la acción, fue debidamente probada la existencia de una condena judicial dictada contra la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y su pago parcial a favor de sus beneficiarios, que ascendió a \$264.379.087,00, cuyo valor debe ser el objeto de la repetición y no la suma total de \$273.899.590,00. Además, se probó el carácter de agentes estatales que ostentaban los accionados para el momento de los hechos y su participación en la intervención quirúrgica en la que falleció el señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.)*

*En lo atinente al elemento subjetivo del análisis, no se comprobó que los accionados actuaron con dolo o culpa grave, ya que la sentencia dictada dentro del proceso de reparación directa no puede tomarse como prueba en este litigio y de los demás elementos de convicción no puede extraerse una actuación intencional o un error inexcusable de los galenos, que hubiera originado el deceso.*

*Por lo tanto, las pretensiones de la demanda se desestimarán.*

## **3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

El artículo 90 de la Constitución Política, además de consagrar la cláusula general de responsabilidad del Estado, en su inciso 2º elevó a rango Superior el deber de repetir contra los agentes o ex agentes estatales que,

con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieran dado lugar a la causación de un daño antijurídico cuya reparación hubiera sido impuesta al Estado<sup>8</sup>.

En desarrollo de la anterior disposición fue expedida la Ley 678 de 2001, cuyo artículo 2º definió la acción de repetición como sigue:

**“(...) ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. (...)”**  
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, la repetición es una acción civil de carácter patrimonial que tiene como finalidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 678 de 2001, garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes al instituto de la responsabilidad.

Sobre la naturaleza de la repetición, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-484 de 2002 señalando lo siguiente:

**“(...) Cabe destacar que la Corte tiene ya por sentado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado [contemplada en el inciso 2º del artículo 90 Superior] no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: ‘...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria’, lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes. (...)”** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

El carácter reparatorio del medio de control implica que no se trata de una facultad derivada del *ius puniendi* que ostenta el Estado, así que no es necesario aplicar con todo su rigor los principios en los que se fundamenta el derecho sancionatorio. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha afirmado que la acción -hoy medio de control- de repetición

<sup>8</sup> CP, Art. 90 inc. 2: “(...) En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (...)”

en realidad se traduce en una reparación directa a favor del Estado<sup>9</sup> con elementos cualificados, como la específica calidad de las partes (el demandante siempre será el Estado y el demandado un agente o exagente suyo), del daño irrogado (afectación al patrimonio público) y de los títulos de imputación de responsabilidad (dolo y culpa grave).

Cabe anotar que la Ley 678 de 2001 no fue la primera disposición que introdujo la acción en comento, ya que en concordancia con el canon constitucional referenciado existían los artículos 77 y 78 del CCA, cuyo texto era el siguiente:

*"(...) ARTÍCULO 77. DE LOS ACTOS Y HECHOS QUE DAN LUGAR A RESPONSABILIDAD. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, **los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.***

*ARTÍCULO 78. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RESPONSABILIDAD CONEXA. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. **En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.** (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Bajo este entendido, los elementos para la prosperidad de la pretensión de repetición han sido sistematizados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, así:

*"(...) i) la **existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente**; ii) el **pago de la indemnización** por parte de la entidad pública; iii) la **magnitud del detrimento patrimonial** que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor impuesto en la condena; iv) la **calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandado** para la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la condena o la conciliación patrimonial en contra de la Administración; v) la **culpa grave o el dolo** en la conducta del demandado; vi) **que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.** (...)"<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

<sup>9</sup> CE Sala 27 Especial de Decisión, 3 Abr. 2018, e11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), R. Araújo: *"(...) La repetición es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria. **Se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa.** (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>10</sup> CE 3A, 5 Oct. 2016, e11001-03-26-000-2014-00058-00 (50743)A, H. Andrade.

Estos elementos, en esencia, corresponden a los de los juicios de responsabilidad civil<sup>11</sup> y del Estado<sup>12</sup>. En este orden de ideas, los primeros cuatro -elementos objetivos- hacen alusión al daño y el hecho dañoso, esto es, la afectación al erario ocasionada por una condena judicial, acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de un conflicto; mientras que los dos restantes -elementos subjetivos- se refieren a la imputación de la lesión desde los planos fáctico y jurídico, es decir, que la aludida afectación sea atribuible al accionado y éste haya actuado con dolo o culpa grave.

La imputación jurídica del daño con base solamente en esos dos títulos de carácter subjetivo, lo cual es una exigencia constitucional, ha hecho que el Consejo de Estado indique que no cualquier error da lugar a la responsabilidad por vía de repetición, debido a que una concepción contraria podría llegar incluso a paralizar la acción administrativa:

*"(...) Es clara entonces, la determinación de una **responsabilidad subjetiva**, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, **no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.**"*

*Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública. (...)"<sup>13</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Con el fin de acreditar este último requisito y no hacer inoperante el medio de control, la Ley 678 de 2001 introdujo una serie de presunciones de dolo y de culpa grave en sus artículos 5º y 6º. Por ende, cuando los hechos que

<sup>11</sup> CSJ Civil, 30 Sep. 2016, rSC13925-2016, A. Salazar: "(...) Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas). (...)"

<sup>12</sup> CE 3C, 26 Abr. 2017, e73001-23-31-000-2008-00655-01(41326), J. Santofimio: "(...) En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración. (...)"

<sup>13</sup> CE 3C, 26 Feb. 2016, e25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), J. Santofimio.

dan lugar a la repetición se encuadren en alguno de los supuestos allí relacionados -hecho indicador- se genera, por una parte, una inferencia lógica -presunción- cuya consecuencia radica en la acreditación por vía indirecta del elemento subjetivo del análisis -hecho indicado o presumido-, y por otra, un cambio en el objeto de la prueba, ya que será el demandado quien deberá demostrar que su actuación fue diligente o, por lo menos, no fue dolosa o gravemente culposa.

No obstante, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha sostenido que la prueba del elemento subjetivo no se circunscribe únicamente a las presunciones antes mencionadas, sino que el dolo y la culpa grave también deben ser examinados tanto a la luz de las definiciones contenidas en el primer inciso de los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, como de las contempladas en el artículo 63 del CC<sup>14</sup>, sin dejar de lado los preceptos Constitucionales y los que al respecto se consagren en normas especiales<sup>15</sup>. Incluso, en los escenarios en los que no son aplicables las presunciones mencionadas, estos últimos mandatos se traducen en el marco de referencia y análisis de este elemento<sup>16</sup>.

En el mismo sentido, si el supuesto fáctico de la pretensión de repetición no se encuadra en ninguno de los que generan presunción, eso no significa que no pueda ser declarada la responsabilidad del agente o ex agente estatal, sino que la prueba del elemento subjetivo deberá ser directa y su examen deberá realizarse a partir del conocimiento e

---

<sup>14</sup> "(...) ARTÍCULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

(...)

El **dolo** consiste en la **intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>15</sup> CE 3A, 22 Feb. 2017, e25000-23-26-000-2002-01882-01(41232)A, H. Andrade: "(...) la Corporación ha sostenido que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. (...)"

<sup>16</sup> CE 3B, 30 Mar. 2017, e4100 12331000 2006 00413 01(42 603), D. Rojas: "(...) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado. (...)"

intencionalidad del sujeto y del grado de diligencia exteriorizado frente al cumplimiento del deber objetivo de cuidado radicado en su cabeza<sup>17</sup>.

Finalmente, se precisa que el tránsito de legislación generado con la expedición de la Ley 678 de 2001 requiere diferenciar los aspectos sustanciales y los procesales que se introdujeron con la nueva normatividad, para efectos de determinar su aplicabilidad en el tiempo. Así, el Consejo de Estado ha afirmado que los primeros solo son aplicables a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia, mientras que los segundos, dado su carácter adjetivo, cobijan todas las situaciones desde que la legislación empezó a regir:

*“(...) Así, es de precisar que, en los **aspectos de orden sustancial**, la Ley 678 de 2001 sólo resulta aplicable cuando los hechos que dieron origen al detrimento del erario hayan ocurrido con posterioridad a su entrada en vigencia, pues, de lo contrario, se estaría dando un efecto retroactivo a la ley; pero, en los **aspectos procesales** la ley es aplicable, por regla general, desde el momento en que empieza a regir, salvo en lo concerniente a los términos que hubieren empezado a correr y a las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los cuales se rigen por las leyes vigentes al momento de su iniciación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 153 de 1887. (...)”<sup>18</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

#### 4. ANÁLISIS DE LA SALA

Descendiendo al *sub lite*, la Sala encuentra que los hechos que dieron lugar al presunto detrimento patrimonial que origina la repetición se desarrollaron en el año 1997, cuando falleció el señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.); por ende, la Ley 678 de 2001 en sus aspectos sustanciales no puede ser aplicada para determinar la viabilidad de la condena en esta sede, sino las disposiciones anteriores a ella y vigentes al momento de presunta causación del menoscabo al Estado.

Asimismo, los elementos probatorios recaudados en el proceso de reparación directa con radicación No. 1999-0549, cuyo fallo condenatorio da origen a esta acción, serán valorados teniendo en

<sup>17</sup> CE 3B, 1º Ago. 2016, e54001 23 31 000 2002 01529 01(40476), D. Rojas: “(...) la Sala ha explicado que, para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–. (...)”

<sup>18</sup> CE 3A, 9 Sep. 2015, e47001-23-31-000-2008-00074 01, C. Zambrano.

cuenta que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 185 del CPC<sup>19</sup> por cuanto fueron practicados con audiencia de la entidad accionante, quien ejerció sus derechos de defensa y contradicción en ese litigio como parte demandada. Adicionalmente, la Sala precisa que otorgará valor probatorio a los documentos aportados en copias simples, de conformidad con las razones expuestas en la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado el 30 de septiembre de 2014<sup>20</sup>.

Con estas aclaraciones, la Sala procederá a estudiar de forma separada cada uno de los requisitos para la prosperidad de la pretensión:

#### **4.1.1. Existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente**

Fue acreditado que el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia del 10 de abril de 2008, declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por los daños ocasionados a los familiares del señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) con ocasión de la muerte de este último y, en consecuencia, condenó a la entidad a indemnizar los perjuicios irrogados (ff. 392-429 exp. 1999-0549). Esta decisión fue apelada por la mencionada institución hospitalaria, pero el Consejo de Estado inadmitió la alzada por considerar que el proceso no tenía vocación de doble instancia (f. 442 exp. 1999-0549).

Así las cosas, fue probada la existencia de una condena impuesta en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por lo que se encuentra cumplido este requisito.

#### **4.1.2. Pago de la indemnización por parte de la entidad pública**

Para probar este requisito, la parte actora allegó una certificación emitida por la Tesorera - Pagadora de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, donde manifiesta haber efectuado un depósito judicial con el fin de pagar la condena antes mencionada (f. 143), así como también un comprobante de egreso, una orden de pago y un comprobante de consignación bancaria (ff. 144-145 y 147).

---

<sup>19</sup> "(...) ARTÍCULO 185. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella. (...)"

<sup>20</sup> CE Plena, SU 30 Sep. 2014, e11001-03-15-000-2007-01081-00(REV), A. Yepes.

390

Respecto a los primeros tres documentos, el Consejo de Estado en vigencia del Decreto No. 01 de 1984 reiteradamente afirmó que esos elementos no eran aptos para probar la extinción de la acreencia ya que, por una parte, quien debía dar fe del pago era el acreedor y no el deudor<sup>21</sup>, y por otra, los documentos de índole presupuestal no demostraban la efectiva recepción de los dineros por parte del beneficiario de la condena, a menos que en su contenido apareciera plasmada esa manifestación. Por esas razones, la Sección Tercera sostuvo que este requisito debía ser acreditado con un "recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento **que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma**"<sup>22</sup>.

En cuanto al comprobante de consignación bancaria, se evidencia que el 16 de febrero de 2009 la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA efectuó un depósito judicial a favor de la señora RUTH MARGARITA CUBILLOS CORREA (demandante principal del proceso de reparación directa) anotando como referencia "PAGO DE SENTENCIA PROCESO 1999 - 549", por un valor de \$264.379.087,00 (f. 147). Como la parte actora no aporta el acto administrativo que determina las operaciones aritméticas que conllevan a ese valor pagado, de la sentencia donde está contenida la obligación puede extraerse lo siguiente respecto del monto de la deuda (ff. 428-249 exp. 1999-0549):

Concepto	Valor de la condena	Liquidación
Perjuicios morales	400 SMLMV <sup>23</sup>	\$184.600.000,00
Daño emergente	\$1.885.231,73	\$1.885.231,73
Lucro cesante consolidado	\$57.806.901,52	\$57.806.901,52
Lucro cesante futuro	\$29.607.457,34	\$29.607.457,34
	<b>Total</b>	<b>\$273.899.590,59</b>

En este orden de ideas, el pago efectuado por la entidad demandante (sin incluir los intereses moratorios causados, que no pueden hacer parte de la pretensión de repetición en virtud del parágrafo del artículo 11 de la Ley 678 de 2001<sup>24</sup>) no tuvo la virtualidad de satisfacer íntegramente la

<sup>21</sup> Solo con la expedición del CPACA el legislador permitió que el pago fuera acreditado con certificación de la entidad deudora (art. 142). Al respecto, ver por ejemplo: CE 3A, 24 May. 2018, e50001-23-31-000-2010-00492-01(54194), M. Velásquez.

<sup>22</sup> CE 3A, 23 Nov. 2017, e25000-23-26-000-2011-00120-01(49937), M. Velásquez.

<sup>23</sup> Al adquirir firmeza la sentencia condenatoria en el año 2008, se toma como referencia el salario mínimo de esa anualidad.

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo: CE 3C, 10 Nov. 2016, e25000-23-26-000-2006-01637-01(51397)A, J. Santofimio: "(...) esta Corporación **no tendrá en cuenta el valor correspondiente al pago de intereses de la condena, dado que el cobro de estos no pueden ser endilgados al**

obligación. Sin embargo, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha expresado que es posible repetir por lo pagado parcialmente, de forma que el pago total no es un requisito *sine qua non* para adelantar la totalidad del análisis de fondo del litigio:

*"(...) es válido afirmar que si bien el pago se constituye como un presupuesto para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad, toda vez que otorga legitimación en la causa para demandar, no necesariamente implica que se deba rechazar la demanda cuando la acción se haya iniciado por el pago parcial de la condena impuesta, de lo cual se desprende, en consecuencia, que **resulta procedente ejercitar la acción con la pretensión de repetición incluso cuando el pago efectuado por la administración no se corresponda con el total al que haya sido obligada, pero, por obvias razones, en dicho evento solamente se podrá repetir por los valores efectivamente cancelados.***

*Este entendimiento no pugna con lo actualmente establecido en nuestro ordenamiento, en relación con el trámite a seguir para la realización de los estudios pertinentes, en punto a valorar la procedencia de la acción de repetición por parte de los Comités de Conciliación de las entidades públicas, toda vez que, si bien se dispone que el ordenador del gasto remita al día siguiente del 'pago total' el correspondiente acto administrativo y sus antecedentes al respectivo Comité, **nada impide que haga lo propio respecto del pago parcial, igualmente dispuesto a través de acto administrativo.** (...)"<sup>25</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas, aunque solo fue probado un pago parcial de la condena, esto no impide continuar el presente estudio sino que conlleva a que, en caso de accederse a las pretensiones, no podrá exigirse la devolución de una suma superior, aun cuando haya sido efectivamente desembolsada por la entidad.

Por otra parte, los accionados sostuvieron que no se había probado este requisito en debida forma porque no se había demostrado que el depósito judicial hubiera sido reclamado por los beneficiarios de la condena dictada dentro del proceso de reparación directa. La Sala no comparte este argumento, toda vez que el monto antes señalado quedó a disposición de los referidos demandantes, a quienes el 6 de febrero de 2009 se les indicó que de esa forma sería cancelada la deuda (f. 146), y desde la fecha en que se realizó la consignación estos tuvieron la posibilidad de adelantar las gestiones pertinentes para obtener materialmente el pago.

---

**demandado en repetición, si no (sic) a la entidad demandada en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el no pago oportuno de la sentencia, debiendo esta asumir su negligencia. (...)"** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>25</sup> CE 3A, 10 Ago. 2016, e23001 23 31 000 2006 00637 01 (37265), H. Andrade.

Por lo tanto, este requisito también fue debidamente acreditado, con las acotaciones realizadas en precedencia.

#### **4.1.3. Magnitud del detrimento patrimonial que se reclama de los demandados**

En razón a que el pago de la condena fue parcial, no hay sumas que deban excluirse de la pretensión de repetición. Por ende, la magnitud del detrimento que es posible reclamar corresponde a **\$264.379.087,00** y no a \$273.899.590,00, que fue la cifra señalada en la demanda.

#### **4.1.4. Calidad de los demandados como agentes o ex agentes del Estado para la fecha en que ocurrieron los hechos**

La E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA junto con la demanda aportó certificaciones donde consta que para el año 1997 los señores GERMÁN CAMARGO SUÁREZ y ALFONSO CASTELLANOS LÓPEZ fungían como médicos especialistas al interior de la institución (ff. 148-149). Asimismo, en el informe quirúrgico visible en la historia clínica del señor RICARDO AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) se refiere que el paciente fue intervenido por el servicio de ortopedia el 21 de abril de 1997, actuando como cirujano el "DR. CAMARGO", como primer ayudante el "DR. GODOY", como segundo ayudante el "DR. CASTELLANOS" y como anesthesiólogo el "DR. CÁRDENAS" (f. 29).

Así las cosas, fue probada la calidad de agentes estatales que ostentaban los accionados al momento de los hechos y su intervención material en los mismos.

#### **4.1.5. Culpa grave o el dolo en la conducta de los demandados y que esa conducta hubiere sido la causante del daño antijurídico**

La Sala agrupa estos dos requisitos debido a que en su conjunto hacen alusión al juicio de imputabilidad del daño irrogado al Estado.

En la demanda escuetamente se afirma que la conducta dolosa o gravemente culposa se hace evidenciable ya que, de no haber existido, el señor AMAYA PEREA (Q.E.P.D.) no habría fallecido, e igualmente que se acredita con el análisis efectuado en la sentencia dictada dentro del proceso de reparación directa. Sobre lo primero, la Sala precisa que el elemento subjetivo de este examen no puede inferirse únicamente del resultado lesivo, más aun tratándose de escenarios médicos, donde se involucran análisis y procedimientos altamente complejos y que se rigen por el principio de beneficencia y no maleficencia.

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado consistentemente ha aseverado que las sentencias de condena que dan origen a la acción de repetición no constituyen prueba del dolo o la culpa grave de los ex agentes estatales, debido a que en su contenido en estricto sentido no se hace una valoración de la conducta del servidor y, de hecho, en ese proceso no existe la posibilidad de que este ejerza su derecho a la defensa:

*“(...) la Sección Tercera de esta Corporación, en otras oportunidades, ha advertido acerca de la **improcedencia de tener como prueba en los juicios de repetición, la sentencia definitiva del proceso primigenio que declaró nulo un acto administrativo y que dio origen a la condena en contra del Estado, para efectos de acreditar el dolo o culpa grave con la cual habría actuado el funcionario o ex-funcionario demandado**, comoquiera que si bien de la mencionada providencia se podría deducir la existencia de un proceso, la naturaleza del acto administrativo, la Corporación que la profirió y la fecha y decisión final correspondiente, lo cierto es que **no sirve para probar los hechos que fundamentaron la expedición del respectivo acto administrativo, ni mucho menos puede constituir prueba del dolo o de la culpa grave del funcionario que lo hubiere expedido, puesto que, de ser ello posible, comportaría la ocurrencia de situaciones incompatibles con el debido proceso**, en la medida en que se estarían teniendo en cuenta medios probatorios en relación con los cuales el demandado en el juicio de repetición no intervino en su producción o contradicción, además de que ello supondría que el juez no sería a quien le correspondería valorar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, dado que estaría obligado a aceptar el juicio realizado por otro funcionario judicial, sumado al hecho de que la finalidad que persigue el proceso primigenio y la valoración de las pruebas que allí se realiza, no se encuentra encaminada a enjuiciar la conducta asumida por el funcionario que expidió el acto administrativo cuya legalidad allí se debate. (...)”<sup>26</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

En ora oportunidad, después de traer a colación algunos pronunciamientos previos, la Alta Corporación esgrimió:

*“(...) En atención al precedente jurisprudencial, cuando la entidad pública demandante pretende demostrar el dolo o la culpa grave mediante la sentencia que le impuso la condena por cuyo pago se repite y en ella no se analizó la conducta del agente estatal, **no es posible acogerla como prueba para demostrar la conducta dolosa o gravemente culposa**, tal y como sucede en este caso. (...)”<sup>27</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

Con esta aclaración, la Sala observa que la entidad accionada no adelantó un mínimo esfuerzo argumentativo y probatorio para enrostrar a los demandados una conducta reprochable, para efectos de que fuera sustancialmente viable la presente acción. En cambio, los accionados

<sup>26</sup> CE 3A, 28 Ene. 2016, e11001-03-26-000-2014-00058-00(50743), H. Andrade.

<sup>27</sup> CE 3A, 14 Sep. 2016, e25000-23-26-000-2006-00210-01(40601), M. Velásquez.

hicieron un análisis de la historia clínica y aportaron un dictamen pericial, que dicho sea de paso, no fue contradicho o siquiera cuestionado por la entidad.

En la historia clínica aparece que el 16 de marzo de 1997 el señor AMAYA PEREA (Q.E.P.D.), de 58 años de edad, presentó una caída desde su propia altura mientras se encontraba trabajando, motivo por el cual sufrió una fractura subtrocantérica de fémur derecho. A partir de lo anterior, el 19 de marzo de 1997 le fue realizada una tracción esquelética y fue programada una intervención de reducción y fijación de clavo - placa de Richard. La cirugía finalmente se llevó a cabo el 21 de abril de 1997 a la 1:10 p.m. empero, debido a complicaciones surgidas en la sala de cirugía, el paciente falleció (ff. 18-50).

Ahora bien, de la historia clínica es posible tener como probadas dos circunstancias alegadas por los accionados; de un lado, que en dos oportunidades el señor CASTELLANOS LÓPEZ solicitó la remisión del paciente a otra institución en razón a la inexistencia de disponibilidad quirúrgica durante el mes de marzo de 1997 (ff. 23-25); empero, no es posible determinar por qué esta orden no se materializó.

De otro lado, repetidamente -casi que a diario- se dejó plasmado en la aludida historia que era necesario el material de osteosíntesis y que se estaba a la espera de su suministro para programar y realizar la cirugía propuesta en el plan de tratamiento. De acuerdo con lo manifestado por la entidad demandante, dicho material llegó al hospital el 15 de abril de 1997 (hecho 8º). Asimismo, aparecen anotaciones de ortopedia del 15, 16 y 18 de abril de 1997 en las que se señala que se realizaría la cirugía en cuanto se reparara el *operix* (f. 225 v. exp. 1999-0549).

En lo que respecta al dictamen pericial, se tiene que el documento técnico fue rendido por el Dr. LUIS GUILLERMO FORERO DUARTE, médico cirujano, especialista en ortopedia y subespecialista en cirugía de mano, lo que demuestra la idoneidad de su formación para efectos del análisis del caso. En el peritaje, además de narrar el devenir de la atención médica, se aduce que la tardanza en el suministro del material de osteosíntesis influyó en el resultado de la intervención, ya que existía un proceso avanzado de consolidación y, para corregir la deformidad y el acortamiento era necesario remover parte del callo, *“casi como volver a fracturarlo y así poder movilizar los fragmentos óseos buscando la correcta alienación”*. Adicionalmente, la experticia asevera que la demora asimismo influyó en el sangrado continuo y profuso que se presentó durante la cirugía, *“ya que el callo fibroso y el callo óseo están ricamente vascularizados (sic) es decir poseen nuevos vasos sanguíneos como*

corresponde a tejidos que están reparando la fractura y buscando su consolidación" (anexo 1).

En este orden de ideas, con las probanzas obrantes en el plenario no se acredita la configuración de dolo o culpa grave en la actuación de los médicos GERMÁN CAMARGO SUÁREZ y ALFONSO CASTELLANOS LÓPEZ, pues el procedimiento anterior a la cirugía no denota intencionalidad de cara a la producción del daño ni un error inexcusable, pues hubo factores externos a su órbita competencial que impidieron un manejo inmediato de la situación, y en la intervención quirúrgica no se demostró que los galenos hubieran actuado de la forma contraria a la *lex artis ad hoc* o los protocolos vigentes para la época.

Finalmente, frente a la aseveración efectuada por la entidad demandante en sus alegatos de conclusión, relativa a que el señor CAMARGO SUÁREZ en el proceso de reparación directa había declarado que la prolongada estancia intrahospitalaria no había incidido en el fallecimiento del paciente mientras que ahora era un aspecto de su defensa, esta Corporación considera que el análisis del testimonio trasladado no puede ser sesgado ni apenas parcial. Así, al ser interrogado sobre el tema, el médico inicialmente afirmó lo que sigue (f. 292 exp. 1999-0549):

*"(...) A raíz de la muerte del paciente, estuvimos con el grupo de ortopedistas del hospital revisando literatura sobre dicho tema y, en el momento no existe literatura mundial disponible que hable sobre la relación que guarde el aumento o tardanza de la cirugía con el riesgo de mortalidad. Sin embargo, debo aclarar que un paciente con estancia hospitalaria prolongada tiene riesgos de complicaciones mayores a los de un paciente cuya cirugía es rápida. El tiempo ideal en un caso como éste, está considerado entre los 7 y 10 días, porque en el momento de sufrir el accidente, el estado hemodinámico del paciente no es el mejor; entonces no es tan conveniente la cirugía inmediata. Otras razones son la necesidad de hacerle al paciente exámenes para evaluar la función cardiopulmonar de coagulación, renal, y en fin otros muchos aspectos que en la urgencia se desconocen, así como también la preparación de los instrumentos y material de osteosíntesis adecuados. (...)"*

Solo después de insistir sobre su criterio médico específico es cuando el galeno asevera que en su opinión personal la tardanza no fue un factor importante, pero no por las consecuencias propias del tiempo transcurrido, sino por la alta tasa de mortalidad derivada de la lesión sufrida por el señor AMAYA PEREA (Q.E.P.D.), que para el momento de los hechos, según afirmó el señor CAMARGO SUÁREZ, alcanzaba a 1 de cada 3 pacientes. Por consiguiente, la aseveración puesta de relieve por la parte demandante tampoco da cuenta de la configuración del elemento subjetivo.

393

Por todo lo anterior, ante la ausencia de acreditación de este requisito, de raigambre constitucional, se negarán las pretensiones de la demanda.

Finalmente, por no evidenciarse temeridad o mala fe de las partes, conforme al artículo 171 del CCA no se dictará condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción denominada "*prescripción o caducidad de la acción*", propuesta por los demandados, por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, con fundamento en los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente de reparación directa con radicación No. 1999-0549 a la ubicación que le corresponda.

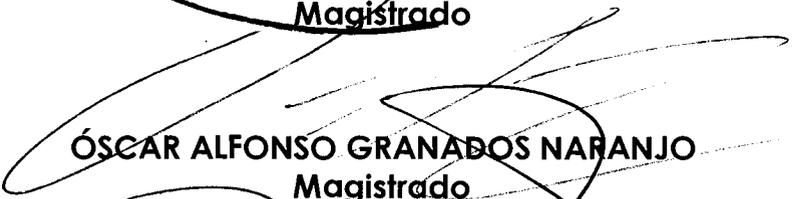
**QUINTO:** En firme esta providencia archívese el expediente, dejándose las constancias de rigor.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado



**ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado



**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado



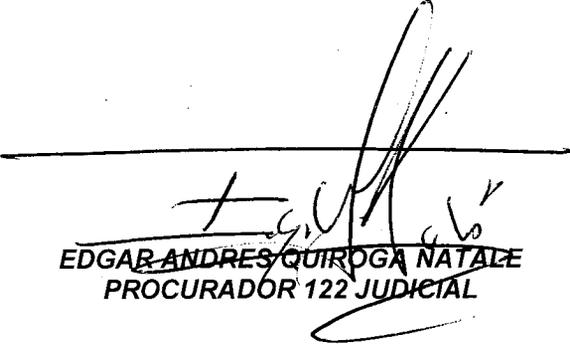
**Tribunal Administrativo de  
Boyacá  
Secretaría**

**NOTIFICACION AL SEÑOR PROCURADOR 122 EN LO JUDICIAL ASUNTOS  
ADMINISTRATIVOS**

---

Hoy DOCE (12) DE JULIO DE 2018, la Secretaria del Tribunal Administrativo de Boyacá, notifica personalmente el FALLO anterior al señor Procurador 122 impuesto firma.

**EL NOTIFICADO.**



**EDGAR ANDRES QUIROGA NATALE  
PROCURADOR 122 JUDICIAL**

**LA SECRETARIA,**



**CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO  
SECRETARIA**

**RAD: 2011-00028-00**

