



*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala de Decisión No. 3*  
*Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz*

Tunja, veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Repetición

Demandante: **E.S.E. Hospital San José de El Cocuy**

Demandado: Camilo Ernesto Muñoz Martínez

Expediente: 15238-33-33-001-2017-00217-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy contra Camilo Ernesto Muñoz Martínez.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda (f. 2-7):**

En ejercicio del medio de control de repetición, la E.S.E Hospital San José de El Cocuy, a través de apoderado judicial, solicitó:

- ❖ Se declare responsable patrimonialmente al Doctor Camilo Ernesto Muñoz Martínez en su calidad de empleado público, quien para la época de los hechos ejercía en el servicio social obligatorio y fue el médico tratante en la atención del menor Darwin Yesed Álvarez Mora; además, permitió que la entidad fuera condenada por falla en servicio, “evidenciándose en un actuar falto de diligencia y omitiendo realizar oportunamente el procedimiento que requería” (f. 4).
- ❖ Se condene al demandado a restituir y cancelar \$33.500.000 pagados por concepto de la sentencia condenatoria proferida dentro del proceso de reparación directa.

- ❖ *Se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con el artículo 195 del CPACA; se indexe la suma pagada o se reconozcan los intereses desde el momento en que se efectuó el pago de la sentencia de reparación directa hasta cuando las sumas sean reintegradas a la ESE.*
- ❖ *Se condene en costas y agencias en derecho al demandado.*

*Los hechos que sustentan el petitum de la demanda son los siguientes:*

- ❖ *El 2 de diciembre de 2010 el menor (...) ingresó a la ESE para ser atendido por un fuerte dolor abdominal y fue dado de alta horas más tarde. Al día siguiente fue ingresado nuevamente con los mismos síntomas y se le dio de alta el mismo día después de la observación y el suministro de medicamentos.*
- ❖ *El 6 y 7 de diciembre de 2010 ingresó nuevamente el menor con síntomas de dolor abdominal y fiebre y fue atendido por el Doctor Camilo Muñoz Martínez quien le dio salida y omitió los antecedentes de días pasados, además, determinó que se encontraba en buen estado.*
- ❖ *El 8 de diciembre de 2010 el menor fue atendido y se dispuso su remisión a la ESE Hospital Regional de Soatá por ser de nivel superior de atención, sumado al diagnóstico de apendicitis aguda no especificada.*
- ❖ *El menor llegó a la ESE con peritonitis generalizada; fue intervenido inmediatamente y se generó una incapacidad y cuidados especiales en el post-operatorio que no tenía por qué sufrir si se hubiera determinado la remisión oportunamente.*
- ❖ *La señora Flor del Carmen Mora Muñoz, como madre del menor, presentó acción de reparación directa que fue conocida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, el cual profirió sentencia condenatoria que ordenó el pago de los perjuicios a favor de la demandante y el menor.*
- ❖ *El 15 de septiembre de 2015 se realizó el pago de la condena (\$33.500.000).*

*Argumentó que el demandado incurrió en un presunto dolo o culpa grave por acción u omisión de que trata el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política y los artículos 2 y siguientes de la Ley 678 de 2001. Que el demandado no realizó la*

remisión oportuna y determinó una patología diferente por la cual fue remitido y operado en la ESE de Soatá. A lo anterior agregó:

*“Así las cosas, en la presente demanda, se reúnen todos los requisitos aquí determinados, toda vez que la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy, mediante sentencia proferida dentro del proceso 2012-156. Fue condenada a cancelar unos valores por determinarse por parte del Juez de instancia la falla en el servicio causada en la prestación del servicio de salud dada al menor (...), determinándose una omisión y falta de diligencia en la atención del menor señalado, siendo el médico tratante el hoy demandado, diagnóstico acertado y no remitir al paciente oportunamente a una Institución de nivel de atención superior, lo que desencadenó en la demanda referida y el correspondiente pago que realizó la E.S.E. de \$33.500.000, por los perjuicios causados.” (f. 6).*

## **1.2. Contestación de la demanda (f. 65-72):**

*El demandado, a través de curadora ad-litem, se opuso a las pretensiones de la demanda.*

*Luego de pronunciarse sobre la naturaleza del medio de control de repetición, descendió al caso concreto. En este indicó que los documentos aportados al plenario no son suficientes para demostrar el pago efectivo de la demanda pues, debió allegarse, además del documento que ordenó el pago, aquel en que constara la manifestación expresa del acreedor de haberlo recibido a satisfacción.*

*Sobre el elemento subjetivo, dijo que la entidad demandante se limitó a indicar que el médico es responsable porque, en su sentir, incurrió en dolo o culpa grave al omitir la debida praxis, sin embargo, de la conducta del demandado no se puede inferir solamente del resultado lesivo, pues allí se involucran los análisis y procedimientos que se rigen por los principios de beneficencia y no maleficencia.*

*A lo anterior agregó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la sentencia que da origen al medio de control de repetición no constituye medio de prueba del dolo o culpa grave, pues en la misma no se hace una valoración de la conducta del servidor.*

*Que de las pruebas se deduce que el demandado se desempeñó como médico en servicio social obligatorio de la entidad hospitalaria para la época de los hechos y que no se allegaron los elementos que permitieran entrever sumariamente la responsabilidad del demandado, es decir, que evidenciaran la culpa grave o el dolo*

*en la actuación subjetiva, la cual resultaba indispensable para estructurar la supuesta responsabilidad del accionado en el reconocimiento indemnizatorio.*

*Propuso las siguientes excepciones:*

- 1. Ausencia de prueba del daño atribuible al demandado: Dijo que en la sentencia no se estudió la conducta del galeno, en consecuencia, no hay lugar a atribuir la responsabilidad patrimonial.*
- 2. Ausencia de requisitos del medio de control: No existe certeza que la beneficiaria de la condena la hubiese recibido a satisfacción, comoquiera que no se allegaron las documentales correspondientes.*
- 3. Cobro de lo no debido: No están probados los elementos para que prospere el medio de control.*

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

*El Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Duitama, puso término a la instancia con sentencia proferida el 23 de agosto de 2019 que negó las pretensiones de la demanda.*

*En primer lugar, se pronunció sobre el marco normativo y jurisprudencial del medio de control de repetición. Luego, abordó el caso concreto, en el cual estudió los tres elementos del mismo:*

- 1. Que el pago realizado sea producto de una condena, conciliación o cualquier mecanismo de solución de conflictos:*

*Sostuvo que este requisito se encuentra satisfecho, toda vez que el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, dentro del proceso radicado con el número 2012-156, en sentencia proferida el 20 de agosto de 2015, declaró responsable patrimonialmente a la ESE Hospital San José de El Cocuy, por falla en el servicio a favor de Flor del Carmen Mora Muñoz y su hijo por no prestar en forma oportuna y eficaz el servicio de salud. Se condenó al pago de cada uno de los demandantes a 20 smlmv.*

2. El pago:

Que se encuentra acreditado que la entidad dio cumplimiento a la sentencia según (i) certificación expedida por la Tesorera de la entidad y según la cual el 15 de septiembre de 2015 se pagó el valor de \$33.500.000 a favor de los demandantes del proceso de reparación directa y (ii) el comprobante de egreso de la misma suma que fue firmado por la beneficiaria de la condena.

3. Que el daño antijurídico haya sido causado por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente del Estado contra quien se ejerce la acción de repetición:

Sostuvo que, si bien es deber del juez interpretar la demanda, no es menos cierto que el mismo precepto determina que debe respetarse el derecho de contradicción y el principio de congruencia. A su juicio, el derecho mencionado se compromete toda vez que la falta de técnica en el escrito de la demanda, concretamente en lo que tiene que ver con el hecho que sustenta la presunción, en tanto el libelista se limitó a mencionar, lacónicamente, el presunto dolo o culpa grave sin mencionar si la censura la formulaba a título de uno y otro y sin acudir a ninguna de las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001. Más adelante, coligió:

*“Sin embargo, tal como se denota de la transcripción de algunos apartes en la demanda hecha en renglones anteriores, la parte demandante menciona, de manera general, que el médico tratante incurrió en una omisión en la praxis médica, pues no solicitó exámenes, erró en el diagnóstico y demoró la remisión del paciente a un hospital de mayor nivel de atención, proceder que se aparta de lo dispuesto en los protocolos y en las guías de manejo conforme a la patología presentada; empero, omite mencionar concretamente cuáles son los protocolos o las guías que internamente estableció el centro hospitalarios para estos casos o, en su defecto, cuál es la regulación, guía o protocolo que de manera general debe aplicar el médico tratante en los casos de apendicitis y/o peritonitis de conformidad con la lex artis médica, permitiendo al demandado controvertir tales aseveraciones y, por la otra, al Despacho hacer un juicio sobre el proceder del aquí demandado frente a la atención que brindó al menor Álvarez Mora y de esa forma establecer si es o no responsable desde el punto de vista patrimonial frente a la condena que tuvo que sufragar la aquí demandante.” (f. 102 y vto.)*

Indicó que, pese a que no se identifiquen los presupuestos que hacen presumir el dolo o la culpa grave o que en algunos casos no operen las presunciones, la carga de la prueba cobra mayor relevancia y, por tanto, se deben describir las conductas constitutivas acompañadas de la prueba que las respalde.

*A continuación, se pronunció sobre el hecho segundo e indicó que en la historia clínica 1) para el 6 de diciembre de 2010 la médica responsable de la atención fue Paula Andrea Pérez y 2) el demandado atendió al menor únicamente el 7 de diciembre de 2010, fecha para la cual no se demostró que ostentara la calidad de empleado de la ESE Hospital San José de El Cocuy, máxime porque su nombramiento data del 1 de enero de 2011.*

*Que, de conformidad con los documentos allegados, la Universidad de Cartagena le otorgó el título de médico el 16 de diciembre de 2010, es decir, después de la atención al menor.*

*Agregó que en la sentencia condenatoria se concluyó que, con ocasión de la atención suministrada en los primeros días del mes de diciembre de 2010, el daño se produjo por el diagnóstico inoportuno de la patología, sin embargo, dada la autonomía del presente medio de control, no se demuestra la conducta dolosa o gravemente culposa del agente, de la cual se pueda derivar su responsabilidad patrimonial, entre otras razones, porque en el proceso de reparación directa solo se debate la responsabilidad extracontractual.*

*Concluyó que la parte actora desconoció la carga de la prueba que le era exigible, toda vez que (i) no acudió a las presunciones; (ii) no aportó las pruebas suficientes que permitieran encuadrar los argumentos dentro de alguna de las presunciones establecidas por el legislador y (iii) no es claro si para la época de los hechos, el demandado se desempeñaba como médico del hospital.*

*Por lo anterior, comoquiera que no se demostró el elemento subjetivo, resolvió declarar probada parcialmente la excepción de fondo de ausencia de requisitos del medio de control; negar las pretensiones de la demanda y abstenerse de condenar en costas.*

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión de primera instancia, la **parte demandante** apeló la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama (f. 108-112).*

Indicó que la jueza a quo pasó por alto que se violaron los protocolos y guías de manejo para la patología que presentaba el menor, lo cual denota el actuar culposo del demandado, porque se demoró en remitirlo a un centro de nivel superior.

Recordó que el médico es el único responsable de verificar que se realice la remisión; igualmente, conforme a los protocolos, podía declarar una urgencia vital sin esperar autorización adicional. Indicó que el galeno, de forma negligente, abandonó al paciente a la suerte de un auxiliar administrativo para que tramitara la remisión a pesar que el único responsable del tratamiento era el médico.

Que en el proceso de reparación directa se determinó que existió mala praxis por un dictamen equivocado y la omisión en el cumplimiento de las guías y protocolos de manejo para la patología presentada.

Argumentó que, contrario a lo sostenido en la sentencia de primera instancia, sí están demostrados todos los elementos de la repetición pues, a simple vista se demuestra un actuar omisivo y negligente del demandado, por tanto, solicitó se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, alegó que el juez debe establecer en cada caso, si el servidor o ex servidor público realizó una conducta contraria a derecho que pueda ser tipificada como dolosa o gravemente culposa.

#### **IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

##### **4.1. Admisión del Recurso de apelación:**

Mediante auto de 11 de octubre de 2019 (f. 120), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama.

##### **4.2. Traslado alegatos de conclusión:**

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, sin que se hubiese presentado solicitud alguna, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de acuerdo con el artículo 247 del CPACA; en consecuencia, se requirió la presentación de alegatos de conclusión por las partes dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la decisión (f. 124).

**4.2.1. Parte demandada (f. 128-131):** Repitió en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

**4.2.2. Parte demandante:** Guardó silencio.

**4.2.3. Ministerio Público (f. 133-136):**

*El Procurador 46 Delegado ante este Tribunal, en su concepto de fondo considera que la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada.*

*Luego de sintetizar los antecedentes del caso, consideró que el demandante, no necesariamente puede estar interesado en beneficiarse de una presunción de dolo o culpa grave, no obstante, ello incrementa la carga del deber de probar; que, contrario a lo sostenido en el recurso de apelación, no corresponde al juez adecuar los hechos a las presunciones de que tratan los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.*

*Aunado a lo anterior, sostuvo que en el plenario no obran pruebas que permitan inferir la culpa grave del demandado, aun cuando era carga de la parte actora demostrarla; además, que no es suficiente advertir la ausencia de protocolos y la demora en la remisión a un nivel superior, circunstancias probadas en el proceso de reparación directa, pues no se discute la responsabilidad institucional, sino la personal y subjetiva del demandado.*

*Igualmente, coadyuvó el argumento de la jueza a quo, relativo a que no existe certeza que, para la época en que se ocasionó el daño al menor (6 de diciembre de 2010), el demandado se encontrara vinculado a la ESE demandante.*

*Por último, arguyó que las consideraciones que tuvo en cuenta el juez de la responsabilidad extracontractual no pueden trasladarse sin ningún análisis al proceso contencioso administrativo en sede de repetición, pues se trata de procesos con finalidades distintas.*

## V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala la apelación presentada por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Duitama el 23 de agosto de 2019.

### 5.1. Competencia del juez de segunda instancia y el tema de apelación:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

**“Artículo 328. Competencia del superior.**

*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

***El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.***

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” Negrilla fuera de texto*

Según la norma transcrita, se colige que el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, así lo sostuvo la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

*“De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007<sup>1</sup>:*

*«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

*obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.».*

***Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política. Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:***

*«En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia.»<sup>2</sup>.*

*«En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la reformatio in pejus.»<sup>3</sup>.<sup>4</sup> Negrilla fuera del texto*

*Así las cosas, la competencia del superior, se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción.*

---

<sup>2</sup> Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.

<sup>3</sup> Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.

<sup>4</sup> Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

Se trata en este caso de establecer si se demostró el elemento subjetivo de responsabilidad del demandado.

## **5.2. Del medio de control de repetición y de la autonomía de juzgamiento:**

La entidad demandante sostiene:

*“Olvida la Juez de instancia, que en **el fallo condenatorio** proferido por el Juez administrativo y el cual reposa en el expediente, se evidenció por parte de este, la violación de los protocolos y guías de manejo para la patología que presentaba el menor, siendo claro un actuar con culpa grave, demorando en su remisión a un nivel superior a pesar de su estado de salud deteriorado y las limitaciones que el Hospital San José de El Cocuy tenía para brindar una atención adecuada, recordándose que el médico que es el único responsable de verificar que se realice la remisión...” (f. 109).*

Al respecto, debe precisar la Sala que la repetición es el medio de control de carácter constitucional, por el cual la administración obtiene de sus agentes o de quienes fungieron como tales, el reintegro de las indemnizaciones que ha debido reconocer a los particulares como consecuencia de una condena judicial, conciliación o transacción por los daños antijurídicos causados con su conducta dolosa o gravemente culposa.

Cuando se trata recuperar lo pagado en virtud de una condena judicial, debe indicar la Sala que el juicio realizado al interior de un proceso que por repetición se adelanta contra un servidor o ex servidor público, **parte de la noción de autonomía del juzgamiento en relación con el proceso primigenio del cual se derivó la condena**; es decir, el análisis del juez de repetición está circunscrito a las características propias que definen el debate procesal en este tipo de control judicial, lo cual lo desliga de las valoraciones y conclusiones que, de acuerdo a la realidad procesal tenida para ese momento, fueron realizadas y adoptadas por el juzgador de la demanda inicial.

En términos más claros, el análisis jurídico en instancia de repetición se nutre de la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes, se da **al interior de la controversia retributiva**, por ello su decisión **no se gobierna por las razones que llevaron al resultado desfavorable a la entidad pública que ahora demanda**; entonces, el juez de repetición no puede sustentar su tesis realizando valoraciones que, de forma directa o indirecta, coloquen en entre

dicho lo sentenciado en el proceso de condena, pues de ser así, se estaría soslayando el fenómeno de cosa juzgada que ampara toda decisión judicial debidamente ejecutoriada.

En efecto, de forma pacífica ha considerado la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo que “el criterio que tiene el juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no vincula al juez de la repetición<sup>5</sup>, ya que en esta última no se trata de evaluar la responsabilidad del Estado sino únicamente la conducta del agente”<sup>6</sup>.

De manera que la sentencia en el proceso de reparación directa constituye prueba de la condena judicial **pero no de la culpa grave o dolo del agente o ex agente del Estado**. Entonces, el Juez de la repetición, con fundamento en los medios de prueba allegados de forma oportuna al proceso, tiene la obligación de analizar si hay lugar a la condena del agente.

El régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, en acción de repetición fue sintetizado por el Consejo de Estado Sección Tercera, en sentencia de 10 de marzo de 2005, con ponencia del Consejero Doctor Eduardo Hernández Enríquez, dentro del Radicado: 25000-23-26-000-1999-09796-01(19376), bajo el siguiente contenido normativo:

“Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en el artículo 6º: los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; El artículo 121: ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; El artículo 123: los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; El artículo 124: la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, y por supuesto el citado artículo 90. El Estado está en la obligación de repetir **contra el agente que generó la declaración de responsabilidad estatal**; sin embargo, dicha responsabilidad tiene un fundamento diferente del que se le imprimió a la responsabilidad personal de los agentes públicos, en tanto que, aquélla procede de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado, ésta **procede únicamente en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente son consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente.**” (Resaltado fuera de texto).

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 29222, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “B”. C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de agosto de 2016. Radicación N° 41001-23-31-000-2003-00822-01(45544). Actor: Municipio de Gigante-Huila. Demandado: Miguel Ángel Rodríguez Amaya

Así entonces, en la acción de repetición, lo que se valora **es la conducta** del servidor o ex servidor público, **en tanto ésta haya sido dolosa o gravemente culposa** para establecer su responsabilidad frente al daño antijurídico que se ocasionó a la administración y, como todo juicio subjetivo, ésta debe ser estimada de manera personal respecto a su participación en los hechos.

Ha sido constante la jurisprudencia en señalar que, tratándose de la acción de repetición, lo fundamental no es la investidura que ostenta el servidor o ex servidor como representante legal de una entidad estatal sino el ejercicio de las funciones a su cargo y de su conducta personal, por cuanto debe establecerse si con su actuar doloso o gravemente culposo produjo el daño que el Estado indemniza. En sentencia C-430 de 12 de abril de 2000, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonel, la Corte Constitucional reiteró:

*“Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones. En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables.” Resaltado fuera de texto.*

En conclusión, contrario a lo sostenido por la parte demandante, la sentencia en sí misma considerada no demuestra, en manera alguna, la culpa o el dolo del agente, sino únicamente la existencia de la condena que da lugar al presente medio de control.

Lo anterior también encuentra respaldo en la sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 16 de mayo de 2019, dentro del proceso con radicación 18001-23-01-000-2014-00001-01(62748) y con ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velásquez Rico; demandante: Hospital Comunal Las Malvinas y otros y demandado: Jhon Ernesto Galvis y otros:

*“De cara al caso concreto, se advierte que el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E. alegó en su recurso de apelación que el a quo no tuvo en*

cuenta o, más bien, **desconoció las consideraciones plasmadas en la sentencia** dictada el 6 de agosto de 2006 por el Tribunal Administrativo del Caquetá **en el proceso de reparación directa** que dio origen a la presente acción de repetición, mediante la cual se declaró la responsabilidad del referido ente hospitalario y se reconoció <<la actuación **carente de diligencia** por parte del galeno Gustavo Trujillo en la atención del paciente>>.

Al respecto, conviene señalar, según lo ha sostenido la Sección Tercera de esta Corporación<sup>7</sup>, que **las sentencias condenatorias que dan lugar a la demanda de repetición no constituyen plena prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado**, en la medida en que esas decisiones adoptadas –en sede de responsabilidad extracontractual– no atan al juez de la repetición, toda vez que, en el marco del proceso de la referencia, pueden hacerse valoraciones y calificaciones distintas a la conducta reprochada, toda vez que la decisión ya no versa sobre la responsabilidad del Estado o la legalidad de actuaciones administrativas, **sino sobre la conducta del agente**. Sobre el particular se ha dicho:

**“(…) la motivación de la sentencia judicial que imponga una condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición. En efecto, en aquellos casos en los cuales la acción de repetición se fundamenta únicamente en las consideraciones que dieron lugar a la imposición de una condena, la Sala ha sostenido que estas no son suficientes para comprometer al demandado ni para concluir que su actuación hubiere sido dolosa o gravemente culposa, dado que la conducta imputada debe ser demostrada en el proceso de repetición en aras de garantizar a favor del demandado el debido proceso, puesto que la acción de repetición es autónoma e independiente respecto del proceso que dio origen a la misma”**<sup>8</sup> (negrillas del texto original).

Lo anterior, como acaba de verse, encuentra justificación en el carácter autónomo e independiente que la ley le imprimió al medio de control de repetición, pues **la condena a una entidad estatal a través de un juicio previo y totalmente diferente al de la referencia no implica automáticamente la responsabilidad del agente o ex agente estatal que eventualmente hubiere dado lugar a la misma o que hubiere participado en los hechos correspondientes, toda vez que la conducta que se le endilga a este debe quedar establecida de manera plena e individualizada en el respectivo proceso de repetición**<sup>9</sup>.” (Resaltado fuera del texto original)

Criterio que fue reiterado recientemente por la Subsección “A” de la Sección Tercera en la sentencia proferida el 6 de febrero de 2020 dentro del proceso radicado con el número 11001-03-26-000-2014-00126-00(52053), Consejera Ponente Doctora

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de febrero de 2017, expediente No. 42.203, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; criterio reiterado reciente por la misma Subsección A de la Sección Tercera, a través de la sentencia del 27 de septiembre de 2018, expediente No. 45.806, M.P. María Adriana Marín.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, expediente No. 27.779, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>9</sup> Sobre el particular, ver, entre otras, las sentencias del 11 de febrero de 2009, expediente 33.450, y del 22 de julio de 2009, expediente 27.779, ambas con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

María Adriana Marín; demandante; Universidad Popular del Cesar y demandado: Raúl Enrique Maya Pabón, en la cual se complementó:

*“A juicio de la Sala, el solo hecho de que en el fallo condenatorio que dio lugar a la presente controversia se hubiere concluido la nulidad de la resolución 116 de 2011, no es razón suficiente para endilgarle responsabilidad al demandado, a título de culpa grave y/o dolo. Si así fuera, bastaría con la constatación de los requisitos objetivos (existencia de condena, prueba del pago y condición de agente o ex agente estatal) para predicar, sin excepciones, la responsabilidad patrimonial del demandado.*

(...)

*La Sala debe insistir en que la sentencia que da lugar a la demanda de repetición, no constituye plena prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso<sup>10</sup>, la parte actora no cumplió la carga que le correspondía y, como consecuencia, debe asumir las consecuencias que de ello se derivan.” (Negrilla fuera del original)*

El cargo no prospera.

### **5.3. Del elemento subjetivo en el medio de control de repetición:**

Otro argumento de la parte actora es el siguiente:

*“...es claro que será el Juez en cada caso concreto y atendiendo las circunstancias particulares que dentro del plenario se acrediten, al que le corresponde establecer si el servidor o ex servidor público realizó una conducta contraria a derecho que puede ser tipificada como dolosa o que actuó de forma negligente y en clara contravía de las funciones a él encomendadas” (f. 111)*

El dolo y la culpa grave son los elementos subjetivos de la acción de repetición y constituyen un reproche sobre la conducta que es ajena al derecho y que causa un daño antijurídico.

La Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, proceso Radicado N° 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, precisó:

*“La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de*

---

<sup>10</sup> “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

**una negligencia que excluye toda justificación. Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (...). La doctrina sobre el particular ha sostenido<sup>11</sup>:**

**“El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias. (...)”** (Resaltado fuera de texto).

En oportunidad anterior, la Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), precisó:

**“...El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición<sup>12</sup> y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77<sup>13</sup> y 78<sup>14</sup> del C. C. A.. Así, dijo<sup>15</sup> 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 6º 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.**

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política<sup>16</sup> y en la ley.

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

---

<sup>11</sup> Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

<sup>12</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

<sup>13</sup> Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

<sup>14</sup> Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

<sup>15</sup> Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

<sup>16</sup> El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” BD.

**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.” (Resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, la jurisprudencia estructuró los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil<sup>17</sup>, el cual señala respecto a la segunda -culpa grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, **siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia** suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible que, sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.

En efecto, hay culpa grave cuando la conducta dañina, sin ser intencional, es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente<sup>18</sup> como aquella actuación no deliberada del sujeto que en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.

---

<sup>17</sup> Art. 63, Código Civil. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

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

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

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226). Providencia del 26 de mayo de 2010.

De tal modo que esa modalidad de conducta errática obedece a la ligereza e incuria del agente en el ejercicio de sus funciones, que termina por ocasionar un daño antijurídico y que necesariamente debe ser reparado por el Estado.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona incurre en la acción u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

“Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público **opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.**”<sup>19</sup> (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, con la expedición de la Ley 678 de 2001, “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”, se estableció un **régimen de presunción de los elementos subjetivos estudiados, en los siguientes términos:**

“**ARTÍCULO 5°. Dolo.** La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

**Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:**

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

---

<sup>19</sup> Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

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

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

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

Las presunciones son medios probatorios indirectos instituidos por el legislador con la finalidad equilibrar las cargas en el acceso a las pruebas, y en virtud de las cuales, se deduce de lo conocido lo desconocido mediante la realización de un juicio lógico. De acuerdo con lo anterior, **quien se beneficia con una presunción únicamente debe probar los hechos en que fundamenta la consecuencia que reclama.**

La palabra con la que se identifica esta figura jurídica proviene del vocablo latino “*praesumere*” y fue definido por la doctrina como “*tomar antes, porque la presunción toma o tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben*”<sup>20</sup>; se trata pues, de un concepto con alcance eminentemente probatorio. El artículo 66 del Código Civil lo define y clasifica de la siguiente manera:

**“Artículo 66.** *Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

**Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.** *Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.*

---

<sup>20</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010, al estudiar sobre las presunciones, citó al doctrinante Manuel González Velásquez -Práctico de la Prueba Civil, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, Pág. 280.-, para definir el origen latino de la palabra.

***Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.” Resaltado fuera de texto.***

La citada norma establece dos clases de presunciones, las **iusuris tantum** o **legales**, que permiten prueba en contrario, y las **iusuris et de iure** o **de derecho**, que no admiten prueba en contrario. Las primeras hacen relación a aquellos hechos que, por disposición expresa de la ley, deben tenerse como ciertos cuando se demuestren determinadas circunstancias; mientras que las segundas, son de pleno derecho pues se sabe, que de ser cierto el supuesto de hecho en que se basan, siempre va a resultar la misma consecuencia.

Los artículos que contemplan las causales de presunción de dolo y culpa grave en la ley que reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, son **legales** o **iusuris tantum** ya que reconocieron la existencia de situaciones lógicamente posibles, que de ser probadas permiten inferir el resultado jurídico, esto es, el dolo o culpa grave en el obrar del agente.

De forma reciente, la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia proferida el **19 de julio de 2017** en el proceso radicado bajo el N° 85001-23-31-001-2012-00279-01(51082) promovido por la Policía Nacional contra el señor Jorge Enrique Ariza Muñoz, expuso:

“(…)

*El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición<sup>21</sup> y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en donde señaló que las presunciones allí contenidas **no son un juicio anticipado que desconozca el principio de presunción de inocencia, sino simplemente se trata “de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador”, “por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto”<sup>22</sup>.***

*Por otra parte, el alto Tribunal también señaló que lo que pretenden las presunciones es corregir la desigualdad material que llegase a existir entre las partes frente a la prueba, para de esta manera proteger a quien se encuentre en una posición de indefensión respecto de la otra; de manera que, las presunciones contenidas en los citados artículos no implican el desconocimiento del debido proceso de los servidores o ex servidores del Estado, ni mucho menos el*

<sup>21</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 30 de julio de 2015, Exp: 32.174; 27 de agosto de 2015, Exp.: 48016; 8 de julio de 2016, Exp: 41.970; 9 de septiembre de 2016, Exp: 44.845.

<sup>22</sup> Corte constitucional. Sentencia C – 374 de 2002.

quebrantamiento del principio de igualdad<sup>23</sup>.

Es por esto que, al ser la acción de repetición de naturaleza patrimonial se circunscribe al derecho civil, lo que significa que pueden existir presunciones como las consagradas en la Ley 678 de 2001, a diferencia de lo relacionado con lo penal que es de carácter personal, circunstancia que impide la existencia de presunciones<sup>24</sup>.

(...)

**Conforme con lo anterior, la presunción reviste un carácter probatorio, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias de las cuales se infiere la presunción para liberar su responsabilidad patrimonial.** Como lo ha dicho la Corte, la presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas, al facilitar el ejercicio del medio de control de repetición que es de naturaleza civil, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, lo que permite garantizar la integridad del patrimonio público, la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)” (Negrilla fuera de texto original)

En el mismo sentido, la Subsección “C”, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-26-000-2013-00108-00 (48016) promovido por la Contraloría General de la República contra el señor Julio César Turbay Quintero, en sentencia de **27 de agosto de 2015**, puntualizó:

“Ahora bien, consultados sus antecedentes legislativos para determinar la historia fidedigna de su establecimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil (voluntas legislatoris), se tiene que el establecimiento de estas **“presunciones legales” tenía por objeto tornar eficaz este medio de control.**

En efecto, en la ponencia para primer debate en el Senado, se puso de presente que lo que persigue esta medida es que:

**“(…) el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las**

<sup>23</sup> “(…) Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública”. Sentencia C – 374 de 2002

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 455 de 2002.

**causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró**<sup>25</sup>.

De modo que en estos casos por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró.

(...)

De manera que, según la posición esbozada en esta providencia los supuestos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, ya que no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, **sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo.**

**En tal virtud, cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5º y 6º de la Ley 678, el legislador previó una serie de “presunciones legales” como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución. Ahora, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez –en estos casos- está autorizado y es su obligación realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.**

En tal virtud, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente estatal, ello no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de la ley.

(...)” (Resaltado fuera del texto original)

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010, explicó:

*“Una presunción legal releva a una de las partes de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones a quien favorece la presunción **debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente** a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido, cuya demostración no es comúnmente un asunto complicado. **La ley que establece la presunción al beneficiar a una de las partes termina por afectar a la otra parte ya que resulta obligada a demostrar la inexistencia del hecho presumido de manera directa o desvirtuando el hecho antecedente. Luego, las presunciones tienen como efecto procesal el invertir la carga de la prueba.**” (Resaltado fuera de texto).*

<sup>25</sup> Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.º 14 del 10 de febrero de 2000, p. 16

Esa misma Corporación, al estudiar la constitucionalidad de las presunciones que preceptúan los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, en la sentencia C- 374 de 2002, precisó:

*“Según la citada disposición legal (artículo 66 del C.C.), los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal se **deben demostrar y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene**, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido.*

*El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o, lo que es lo mismo, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los hechos o circunstancias de que lo infiere la ley, **obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error**. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario. De esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción. (...)*” (Resaltado de la Sala).

De tal manera que **cuando en la demanda se acude a las presunciones citadas (arts. 5 o 6 Ley 678 de 2001) no es aplicable el principio procesal contemplado el artículo 167 del CGP, según el cual, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, pues como se precisó, basta que se indique de forma clara la conducta que se presume dolosa o gravemente culposa, consagrada en la norma y se pruebe el supuesto de hecho, para que le corresponda a la otra parte demostrar lo contrario.**

Entonces, esta presunción trae aparejada la consecuencia para el demandado consistente en desvirtuar su responsabilidad, es decir, lo ubica en una situación que comporta una conducta facultativa tendiente a acreditar que no actuó con dolo o culpa grave y, en caso de no asumir con dinamismo su defensa, la falta de elementos de convicción sobre su obrar conforme a derecho, generaría resultados desfavorables, como una condena patrimonial.

Lo anterior, en consideración a los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, que exigen proteger especialmente el derecho de audiencia y contradicción de quien ha sido involucrado en un juicio como generador de un perjuicio, para que pueda demostrar que su actuar no fue doloso o gravemente culposos.

Por lo expuesto, ha considerado la jurisprudencia<sup>26</sup> que, para que el Estado pueda beneficiarse de las presunciones establecidas en materia de repetición, **tiene la carga de precisar en la demanda, de manera clara y sin lugar a divagaciones, la modalidad de conducta que imputa, es decir si es dolosa o gravemente culposa, y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 de la que se va a beneficiar,** dejando sentado en el libelo demandatorio la causa de la presunción.

De suerte que el convocado al juicio desde el mismo momento en que se notifica de la demanda, tenga conocimiento de los motivos por los cuales le endilgan una responsabilidad con consecuencias patrimoniales y de esta forma, en condiciones de igualdad, goce de la facultad de estructurar su defensa y la contradicción de los fundamentos fácticos y jurídicos que se aduzcan en su contra.

La Corte Constitucional de forma reiterada<sup>27</sup> ha considerado que el contenido del derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política comprende la garantía de la defensa, entendida como la oportunidad, otorgada a las partes, de emplear todos los medios legítimos para ser oídas, preparar la contradicción y probar su dicho con la finalidad de evitar que se produzcan decisiones en su contra.

El derecho del demandado de tener **conocimiento sobre la modalidad de conducta que se le imputa y la causal de presunción legal que alegan en su contra, no es más que la manifestación del referido derecho constitucional, que exige que desde la presentación de la demanda** se expongan los argumentos de hecho y de derecho que identifique la controversia, de modo que el juez pueda tomar una decisión de conformidad.

Queda claro entonces que, respecto a la prueba de la modalidad de la conducta, el actor tiene dos vías: la primera, **acudir a las presunciones previstas en la Ley**

---

<sup>26</sup> Ver entre otras:

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "C". C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 27 de agosto de 2015. Radicación: 110010326000201300108 00 (48016). Actor: NACIÓN – CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Demandado: JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO.  
-Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Stella Conto del Castillo Díaz. Sentencia 30 de julio de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00072-00(32174). Actor: DISTRITO CAPITAL - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION DISTRITAL. Demandado: MARIA CAROLINA BARCO Y OTRO

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-8104

678 de 2001, siempre y cuando precise en la demanda, de cuál de las causas contempladas en los numerales 5º o 6º se va a beneficiar, dirigiendo su actividad probatoria a la acreditación del supuesto de hecho en el que se funda. Lo anterior, como ya se dijo, en atención a que el ordenamiento jurídico asigna al demandante cargas para el ejercicio de esta ventaja probatoria.

Si esto se omite, el actor deberá probar el dolo o la culpa grave del agente, evento en el cual, la carga de la prueba no se invierte y, en consecuencia, al demandado no le corresponde realizar ninguna actividad de desacreditación ya que quien promueve la acción debe generar un convencimiento en el juzgador, consistente en que el demandado, intencional o desprevénidamente, desatendió de forma grosera sus deberes objetivos de cuidado generando un daño antijurídico.

En ese orden de ideas, de acuerdo a lo discurrido, si bien es cierto que el papel del juez se contrae a verificar la conducta dolosa o gravemente culposa, no lo es menos que el demandante debe acudir **de forma clara y certera** a las presunciones contenidas en la Ley 678 de 2001 o, en caso contrario, probar la existencia de la misma pues, es a partir de esto es que el juez establece la responsabilidad del demandado.

Huelga precisar que lo anterior encuentra sustento en los derechos al debido proceso, defensa y contradicción del demandado pues, resultaría contrario a estos principios realizar un análisis cuando la parte actora no acudió a las presunciones o no cumplió la carga probatoria que impone el artículo 167 del Código General del Proceso.

#### **5.4. Del caso en concreto:**

En la demanda se lee que la parte actora refiere que el demandante, con su obrar, incurrió “en un eventual dolo o culpa grave por acción u omisión de que trata el inciso primero del Art. 90 de la Constitución Política de 1991 y del Art. 2 y s.s. de la Ley 678 de 2001” y que se determinó una “omisión y falta de diligencia en la atención del menor señalado”, pero nada más.

En ese sentido, de acuerdo con las consideraciones del acápite anterior, sin divagación se debe concluir que, comoquiera que la parte actora no indicó con precisión si acudía a las presunciones previstas en la ley, le compete probar la conducta dolosa o gravemente culposa.

Ahora, el Consejo de Estado<sup>28</sup> al analizar un caso de repetición de un hospital contra un médico general que atendió a un paciente pero que, a juicio de aquel, incurrió en conductas gravemente culposas porque omitió ordenarle exámenes de laboratorio para diagnosticar la patología que padecía y, a su vez, tardó en someterlo a observación, dijo:

*“Desde esta perspectiva, la Sala advierte **tres posibles escenarios en los cuales la entidad estatal demandante puede imputarle una conducta dolosa o gravemente culposa al agente estatal**, con la finalidad de comprometer su responsabilidad patrimonial<sup>29</sup>:*

*i) El primer evento, y el más común, se presenta cuando, en el libelo, el Estado estructura la responsabilidad del demandado en uno de los supuestos consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los cuales se presume el dolo o la culpa grave que le es imputable al agente público en nexa con el servicio, en ejercicio o con ocasión de sus funciones.*

*En otras palabras, el Estado en el libelo demandatorio señala que se presentó el dolo o la culpa grave del agente y enmarca su conducta en uno o varios de los supuestos que consagra el cuerpo normativo en mención.*

*Así pues, la Ley 678 de 2001, en sus artículos 5 y 6, determina -además de las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición- una serie de presunciones legales en las cuales podría estar incurso el funcionario. En efecto, el artículo 5 ibidem contiene las situaciones en las que se presume el dolo<sup>30</sup> y, de otra parte, el artículo 6 consagra los eventos en los que se presume que la conducta es gravemente culposa<sup>31</sup>.*

*ii) Pueden existir situaciones en las cuales, aunque en la demanda no se identifica expresamente uno de los supuestos que hacen presumir el dolo o la culpa grave del demandado, los argumentos esbozados por el extremo activo de la litis son suficientes para que el juez pueda enmarcar su motivación en uno de los mencionados supuestos. Así pues, el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá razonar con suficiencia los móviles y fundamentos en los que se basa la presunción que alega, para que*

---

<sup>28</sup> Subsección “A” de la Sección Tercera; sentencia de 16 de mayo de 2019, radicación 18001-23-01-000-2014-00001-01(62748) y con ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velásquez Rico; demandante: Hospital Comunal Las Malvinas y otros y demandado: Jhon Ernesto Galvis y otros.

<sup>29</sup> Ver sentencia del 1º de marzo de 2018, expediente No. 52.209, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

<sup>30</sup> Esto es, obrar con desviación de poder; expedir un acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento; expedir un acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la Administración; haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado y expedir una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

<sup>31</sup> A saber, violar de manera manifiesta e inexcusable las normas de derecho; carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable; violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

el juez pueda encuadrarla en uno de los supuestos de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

Dicho de otro modo, puede ocurrir que se demande en repetición sin que se invoque de manera particular uno o varios de los eventos en los que se presume la culpa grave o el dolo, pero con la carga de que la parte actora le suministre al juez una argumentación tal que le permita enmarcar la conducta del agente en uno de los supuestos indicados en precedencia.

Lo anterior encuentra respaldo en que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto.

iii) Por último, pueden presentarse casos en los cuales, **pese a que no se encuentran consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001**, dan lugar a que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar. En efecto, las denominadas presunciones son solo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público que pueden invocarse y, por ende, demostrar en las demandas de repetición.

Ahora, en eventos diferentes a los contenidos en las mencionadas normas no opera la presunción del dolo o de la culpa grave y, como consecuencia, se deberán describir las conductas constitutivas y, desde luego, acreditarse adecuadamente.

En vista de lo expuesto, en esta oportunidad, la Sala analizará la conducta de los señores (...) a la luz del tercer evento de la jurisprudencia referida, porque a pesar de que en el libelo demandatorio se dijo que aquellos demandados incurrieron en actuaciones gravemente culposas, lo cierto es que **no se invocó ninguno de los eventos de presunción de culpa grave** previstos en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, lo cual significa que **se les imputó una conducta diferente a las enlistadas en el artículo en mención**; lo anterior, máxime porque no puede hablarse de una violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, ni de carencia o abuso de competencia para proferir una decisión anulada, ni de una omisión en las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

Entonces, en este evento, como ya se dijo, no se aplica ninguna presunción, razón por la cual el Hospital **debía probar, con suficiencia, que la conducta de los inculcados fue gravemente culposa.**” (Destacado fuera del texto original)

Criterio abordado también por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 con ponencia de la Doctora María Adriana Marín, en el proceso radicado con el número 63001-23-31-000-2006-00745-01(59290); demandante: Instituto Departamental de Tránsito del Quindío y demandado: Enrique Díaz Pérez:

*“En este punto, para la Sala es preciso señalar que la previsión de los citados artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 no entraña que las causales ahí enunciadas sean las únicas respecto de las cuales puede calificarse una conducta como dolosa y/o gravemente culposa, puesto que el juez de la acción de repetición podrá deducir otros supuestos de hecho que puedan calificarse como tales al apreciar el caso puesto a su consideración<sup>32</sup>, pero en relación con estos últimos no podrá aludirse a la aplicación de una presunción y, por tanto, la entidad estatal estará obligada a probar no solamente el supuesto de hecho de aquella sino, también, la conducta o aspecto volitivo de la actuación del funcionario público.” (Se destaca fuera del texto original)]*

En este caso, la demandante considera el dolo o la culpa grave por parte del demandado, pero no por aquellas conductas expresamente previstas en la Ley 678 de 200 y que implican presunción, en tal condición la ESE Hospital San José de El Cocuy **debía probar** la conducta en que incurrió el demandado Md. Muñoz Martínez con carácter de dolosa o gravemente culposa. Este caso pues, encuadra en el tercer evento contemplado por la sentencia citada del 16 mayo de 2019 C.P. Doctora Marta Nubia Velásquez Rico, expediente con Radicación 18001-23-01-000-2014-00001-01(62748).

#### **5.4.1. Sobre la calidad del agente o ex agente del Estado:**

La jueza de primera instancia analizó tres elementos del medio de control de repetición: (i) que el pago fuera producto de una condena; (ii) que se haya realizado el pago y (iii) que el daño antijurídico sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente del Estado.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha tenido en cuenta otros elementos importantes para determinar la responsabilidad patrimonial.

Por ejemplo, la Subsección “A” en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019 dentro del proceso radicado con el número 05001-23-31-000-2011-01756-01(56610), con ponencia de la Doctora María Adriana Marín, demandante: INDER y demandado: Francisco Javier Zabala Jaramillo, explicó:

*“Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de condena judicial o*

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, exp. 40.755, M.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

*acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la calidad del demandado como agente, ex agente del Estado demandado o particular en ejercicio de función pública; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.” (Subraya fuera de texto)*

Igualmente, en la sentencia de 13 de diciembre de 2019 proferida en el proceso Radicado con el número 11001-03-26-000-2013-00063-00(47286) y con ponencia de la Consejera Marta Nubia Velásquez Rico (E); demandante: Universidad Popular del Cesar y demandado: Roberto Daza Suárez, se indicó:

*“La prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de una condena judicial, de un acuerdo conciliatorio o de otra forma de terminación de conflictos que impuso a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero; ii) que el pago se haya realizado; iii) la calidad de la demandada como agente o ex agente del Estado y iv) la culpa grave o el dolo.” (Subrayado fuera del original)*

Entonces, procede la Sala a estudiar si el demandado ostenta la calidad de agente o ex agente del Estado.

Mediante la **Resolución No. 001 de 1 de enero de 2011** expedida por el Gerente de la ESE Hospital San José de El Cocuy resolvió nombrar al Doctor Camilo Ernesto Muñoz Martínez, egresado con la Universidad de Cartagena con Diploma y Acta de Grado No. 05110249 los cuales lo acreditaban como médico, “En el cargo de MÉDICO EN SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO de la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy, (...); a partir del 1º de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011...” (f. 12). El Acta de Posesión No. 522 se suscribió el mismo día (f. 16)

En efecto, el Doctor Muñoz Martínez, de conformidad con el Acta de Grado No. 05110249, se graduó el **16 de diciembre de 2010** (f. 14-15). Así mismo, a folio 17 reposa Certificación expedida por el Gerente de la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy, en el cual se indica que el demandado “desempeñó el cargo desde el **1º de enero de 2011** hasta el 31 de diciembre de 2011...”

Ahora, la Ley 1164 de 2007 “Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”, sobre el servicio social obligatorio, estableció:

**“ARTÍCULO 33. DEL SERVICIO SOCIAL.** Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas

urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud.

*El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.*

*El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.*

(...)

**PARÁGRAFO 2o.** *El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Unico Nacional.*

**PARÁGRAFO 3o.** *La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.” (Resaltado fuera de texto)*

*En términos de la Resolución No. 1058 de 23 de marzo de 2010 expedida por el Ministerio de la Protección Social, el servicio social obligatorio es el desempeño de una profesión con carácter social, mediante el cual **los egresados de los programas de educación superior del área de la salud** contribuyen a la solución de los problemas de salud desde el campo de su competencia profesional. **como uno de los requisitos para obtener la autorización del ejercicio**, en los términos que definan las normas vigentes; este se cumple por única vez **con posterioridad a la obtención del título profesional en medicina, odontología, enfermería y bacteriología**. En otros términos, se cumple con este inmediatamente después de obtener el título de pregrado.*

*Así mismo, en el artículo 15 de la citada resolución, se estableció que las plazas del servicio social obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de **nombramiento** o contrato de trabajo.*

Como se observa, el accionado fue **nombrado el 1 de enero de 2011** en el cargo de médico en servicio social obligatorio, es decir, a partir de este momento ostentó la calidad de empleado público o agente del Estado; sin embargo, ello ocurrió **después de los hechos** que dieron lugar a la condena de la entidad demandante pues, según la historia clínica que reposa a folio 42 del expediente de reparación directa, estos acaecieron el **7 de diciembre de 2010**.

Así las cosas, en principio podría afirmarse que no se cumple uno de los requisitos para que proceda el medio de control de repetición, este es, que se demuestre la calidad de agente o ex agente del Estado.

No obstante, no pasa por alto la Sala que, en la historia clínica, el análisis y diagnóstico realizado el **7 de diciembre de 2010** por Camilo Ernesto Muñoz Martínez, con Tarjeta Profesional 1051443993, número que corresponde al de la cédula.

Se advierte que en el plenario no obra ningún convenio docencia-servicio en programas académicos del área de la salud como lo prevé el Decreto 2376 de 2010, que permita constatar que el demandado realizaba actividad antes de la obtención del título de pregrado. Y es que, si fuera así, lo correcto es que el profesional responsable hubiese realizado el registro en la historia clínica como lo prevé el párrafo 3º del artículo 10 ídem:

**“Parágrafo 3º.** Las actividades realizadas por los estudiantes de programas académicos de pregrado que requieran ser registradas en la historia clínica del paciente u otros registros, deberán ser consignadas por el profesional responsable y respaldadas con su firma, nombre y registro profesional.”

La Sala comparte el criterio expuesto por la jueza a quo y el Agente del Ministerio público, es decir, no hay certeza de la calidad de agente o ex agente del Estado, aunque el demandado realizara el diagnóstico y adelantara el tratamiento del menor el 7 de diciembre de 2010. Sin embargo, la Sala considera que por esta razón o en virtud del análisis del elemento subjetivo, la sentencia debe confirmarse, como pasa a exponerse.

#### **5.4.2. Sobre la conducta desplegada por el Doctor Camilo Ernesto Muñoz Martínez:**

Al revisar el proceso de reparación directa<sup>33</sup>, encuentra la Sala lo siguiente:

Según la historia clínica que reposa a folios 8 y siguientes, se tiene que el 2 de diciembre de 2010 (f. 39) el menor (...) ingresó a la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy por un dolor abdominal, en esta ocasión al hacer el examen de abdomen, se determinó “blando, (...) sin signos de palpitación peritoneal”. Adicionalmente se consignó:

“Se reevalua paciente manifiesta sentirse mejor no dolor (...) se indica consulta mañana (...) para reevaluación clínica o antes por este servicio de urgencias si el dolor reaparece” (f. 39 vto.)

El 3 de diciembre de 2010 fue atendido por la Doctora Paula Andrea Pérez Perdomo, quien estableció los siguientes hallazgos:

“PACIENTE SIN SIGNOS DE IRRITACIÓN PERITONEAL SE DESCARTA PROCESO QUIRÚRGICO SE ADMINISTRA ANALGÉSICO OBTENIENDO MEJORÍA CLÍNICA, RESOLUCIÓN DE DOLOR, TOLERA VÍA ORAL SIN NUEVOS EPISODIOS EMÉTICOS, NO FIEBRE, NO OTROS.

El 6 de diciembre de 2010, la misma médica dejó las siguientes consignaciones (f. 41):

“PACIENTE MASCULINO DE 13 AÑOS CON CUADRO CLÍNICO DE 5 DÍAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN DOLOR HIPOGÁSTRICO, DISURIA Y FIEBRE NO CUANTIFICADA NIEGA OTROS.

(...)

PACIENTE BUEN ESTADO GENERAL, ALERTA, HIDRATADO, AFEBRIL CYC, MUCOSA ORAL, HÚMEDA, ESCLERAS ANICTERICAS, CARDIOPULMONAR NORMAL, ABDOMEN DEPRESIBLE DOLOR LEVE A LA PALPACIÓN PROFUNDA GENERALIZADO, NO DELIMITA DOLOR, NO SIGNOS DE IRRITACIÓN PERITONEAL, BLUMBERG NEGATIVO, ROVSING NEGATIVO, GO NORMAL, EXTREMIDADES SIN EDEMAS” (f. 41)

El 7 de diciembre de 2010 el Doctor **Camilo Ernesto Muñoz Martínez** atendió al menor y dejó las siguientes constancias:

“**B. INFORMACIÓN DE LA CONSULTA**  
PRINCIPAL: N390 INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS, SITIO NO ESPECIFICADO

---

<sup>33</sup> Los folios citados en adelante, corresponden al proceso 15693-33-33-002-2012-000056-00

(...) ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE INGRESA POR CUADRO CLÍNICO DE 5 DÍAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTES EN ESCALOFRÍOS, FIEBRE, VÓMITOS Y ADEMÁS SINTOMATOLOGÍA URINARIA, NIEGA DIARREA Y OTRA SINTOMATOLOGÍA

(...)

ANÁLISIS: 2 PACIENTE CON SINTOMATOLOGÍA SUGESTIVA DE INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS, TRAE URINANÁLISIS QUE REPORTA BACTERIAS ESCASAS Y LEUCOCITOS DE 2 POR CAMPO, SE DECIDE INICIAR MANEJO ANTIBIÓTICO Y ANTIPIRÉTICO, SE DAN RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA.

El 8 de diciembre de 2010 la Doctora Paula Andrea Pérez Perdomo dejó la siguiente constancia de atención:

“ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE MASCULINO DE 13 AÑOS DE EDAD TRAÍDO POR SUS PADRES CON CUADRO CLÍNICO DE **1 HORA DE EVOLUCIÓN** DE DOLOR ABDOMINAL INTENSO ASOCIADO, FIEBRE NO CUANTIFICADA, NIEGA VOMITO, NO DIARREA, NIEGA OTROS.

(...)

HALLAZGO: PACIENTE ALGICO, QUEJAMBROSO, ALERTA, HIDRATADO, AFEBRIL CYC, MUCOSA ORAL, HÚMEDA, ESCLERAS ANTITERICAS, CARDIOPULMONAR NORMAL, ABDOMEN DEPRESIBLE BLANDO, PLANO, NO MASAS O MEGALIAS, DOLOR INTENSO A LA PALPACIÓN SUPERFICIAL GENERALIZADA, PSOAS NEGATIVO, BLOMBERG POSITIVO, ROVSING NEGATIVO NO OTROS, PUÑOPECUSIÓN RENAL NEGATIVA GO NORMAL, EXTREMIDADES SIN EDEMAS, SNC SIN DÉFICIT MOTOR O SENSITIVO APARENTE. (f. 45)

(...)

...SE DECIDE REMISIÓN A NIVEL II CON DX DE APENDICITIS AGUDA VS UROLIATIASIS (f. 46)”

Nótese que el demandado indicó que el paciente contaba con un cuadro clínico de 5 días de evolución con sintomatología urinaria, es decir, con sintomatología sugestiva de infección de vías urinarias; además, el menor manifestó que tenía fiebre, escalofríos y “le duele para orinar”, lo cual, coincide con algunos de los síntomas de la apendicitis según se lee en el dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 237 y ss.):

“(...)

Si bien ésta es la secuencia clásica del dolor, puede variar. En algunos

*pacientes, el dolor de la apendicitis comienza en el cuadrante inferior derecho y permanece allí. Las diversas situaciones anatómicas del apéndice explican muchas de las variaciones del punto principal de la fase somática del dolor. Por ejemplo, un apéndice pélvico suscita en especial dolor suprapúbico y un apéndice retroileal puede ocasionar dolor testicular, tal vez por irritación de la arteria espermática y el uréter. La mala rotación intestinal también induce patrones de dolor confusos.*

***Algunos pacientes pueden presentar síntomas urinarios o hematuria microscópica, que puede deberse a inflamación de los tejidos adyacentes periapendiculares como el uréter o la vejiga, lo cual puede ser engañoso en el momento del diagnóstico.***

6. De acuerdo al estudio de las historias clínicas del menor DARWIN YESED ALVAREZ MORA de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE EL COCUY (...), determine si existió un diagnóstico tardío o demostrado de la apendicitis, que padeció el menor (...) en el mes de diciembre de 2017.

*Respuesta: Al revisar la historia clínica se encuentra que a pesar que el menor consulta en múltiples ocasiones por el mismo motivo (dolor abdominal) no se practicaron los exámenes mínimos paraclínicos de apoyo oportunamente (la solicitud de esos exámenes está indicada si el paciente vuelve a consultar por segunda vez).*

*Al revisar la historia clínica del HOSPITAL SAN JOSÉ DE EL COCUY llama la atención que el diagnóstico de infección de vías urinarias (interpretación que le da el medico al resultado del parcial de orina) se **convirtió en un distractor diagnóstico** mientras el proceso inflamatorio apendicular avanzaba sin percatarse que el menor entra en compromiso sistémico dado por fiebre y posteriormente dolor abdominal generalizado...” (f. 244)*

*Así las cosas, de acuerdo con el dictamen rendido en el proceso de reparación directa, la apendicitis podía confundirse con una patología urinaria y, además, era **en la segunda visita** cuando debían realizarse los exámenes; recuérdese que en la segunda consulta quien atendió al menor fue la Doctora Paula Andrea Pérez Perdomo.*

*Y, en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, las consideraciones que dieron lugar a la condena fueron las siguientes:*

*“De conformidad con las pruebas antes relacionadas se encuentra demostrado que, el menor (...) fue remitido de la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE EL COCUY a la E.S.E HOSPITAL SAN ANTONIO DE SOATA, el día 8 de diciembre de 2010, institución está última que lo intervino quirúrgicamente por apendicitis más peritonitis generalizada, diagnóstico que no fue realizado oportunamente en la primera, hechos que se acredita con la Historia Clínica que da cuenta que, no obstante haberse consultado el servicio de urgencias en cinco oportunidades, tan solo hasta la cuarta atención se practicó examen de laboratorio de diagnóstico, el que, en concepto de los galenos de la institución, indicaba una infección urinaria, lo*

*que efectivamente no correspondía a la patológica (sic) por él padecida.*

*Por ende, resulta procedente afirmar que, la peritonitis generalizada se produjo debido a la falta de diagnóstico oportuno de la patología de apendicitis presentada, lo que resulta imputable a la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE EL COCUY, pues si bien los servicios por ella ofertados se encontraban limitados de conformidad con su nivel de atención, la valoración requerida por DARWIN YESED ALVAREZ MORA, para efectos de determinar el diagnóstico, podían hacerse perfectamente con los recursos humanos y físicos con los que allí se contaban. No obstante, se reitera, solo hasta la cuarta consulta se procede a disponer la práctica de exámenes de laboratorio lo que evidencia que, en la atención suministrada inicialmente se incurrió en error al no disponerse y practicarse en forma oportuna examen de diagnóstico, lo que determina que el servicio de salud no se prestó de manera eficaz y oportuna, apreciación que es corroborada con lo señalado en el informe técnico del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL” (f. 372 vto.)*

*En este punto, tampoco encuentra la Sala que en la sentencia que condenó a la Empresa Social del Estado **se haya referido la responsabilidad de los galenos que atendieron al menor**, se limitó a señalar que la omisión en la remisión oportuna del paciente había causado el daño antijurídico, pero nada más.*

*En ese contexto, considera la Sala que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que, como se dijo anteriormente, era su responsabilidad procesal, pues no allegó ningún medio de convicción que permitiera imputar el hecho dañoso al demandado y mucho menos acreditó la culpa grave o el dolo con que, dijo, actuó el demandado.*

*Como se dijo, la motivación de la sentencia **no es suficiente para comprometer al demandado** y tampoco lo es el dictamen pericial decretado pues en manera alguna se estableció la conducta del accionado y es que, no se pierde de vista, no fue el único que atendió al menor.*

*En ese estado de las costas, ninguna prueba resulta suficiente para comprometer al demandado y, por consiguiente, no puede arribarse a la conclusión de la culpa grave o dolo que aduce la parte actora.*

*En consecuencia, ante la imposibilidad de imputar fácticamente el daño que dio origen a la sentencia objeto de repetición a Camilo Ernesto Muñoz Martínez, es decir, ante el incumplimiento a la carga de la prueba que consagra el artículo 167 del Código General del Proceso, se confirmará la sentencia de primera instancia.*

## 6. Costas:

*El artículo 188 del CPACA consagra “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil” (Resaltado fuera de texto original)*

*La acción de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia C-831 de 2001, precisó:*

*“Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”.*

*Este medio procesal –medio de control de repetición- se erige como el instrumento idóneo para garantizar los principios de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico.*

*No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas.*

*Si bien esta Sala<sup>34</sup> únicamente consideraba esta excepción cuando el Estado resulta condenado, lo cierto es que la norma no establece diferencias, y de forma general se refiere a los procesos en los que se ventile un interés público, razón por la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA no habrá condena en costas por esta instancia.*

---

<sup>34</sup> El criterio fue rectificado en la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015 en el proceso radicado bajo el No. 15238 3333 002 2013 00273 01 promovida por el Municipio de Duitama contra Rafael Antonio Pirajón López.

Medio de control: Repetición  
Demandante: **E.S.E. Hospital San José de El Cocuy**  
Demandado: Camilo Ernesto Muñoz Martínez  
Expediente: 15238-33-33-001-2017-00217-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

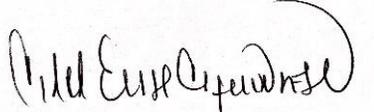
### **FALLA**

**Primero.** **Confirmar** la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama que negó las pretensiones de la demanda presentada por la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy contra Camilo Ernesto Muñoz Martínez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**Segundo.** **Sin costas** en esta instancia.

**Tercero.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de Decisión No. 3 conformada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,

  
**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
**Magistrada**

**JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

### HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Repetición  
Demandante: **E.S.E. Hospital San José de El Cocuy**  
Demandado: Camilo Ernesto Muñoz Martínez  
Expediente: 15238-33-33-001-2017-00217-01