**ACCIÓN DE REPETICIÓN / Naturaleza y procedencia.**

La acción de repetición es de carácter patrimonial y que debe promoverse contra el servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, producto de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; acción que también es procedente contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o culposa, la reparación patrimonial.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / Características.**

[La Conrte Constitucional] en sentencia C-957 de 2014 explicó algunas características propias de la acción de repetición, retomadas en providencia del 03 de abril de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, así*: “(i) Se trata de una acción autónoma, de carácter obligatorio, que le compete ejercer exclusivamente al Estado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 Constitucional; (ii) La acción de repetición, es una acción que para su prosperidad, exige los siguientes presupuestos: (a) la existencia de condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa para reparar los perjuicios antijurídicos causados a un particular; (b) que el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, agente estatal o antiguo funcionario público; y (c) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia…(iii) La repetición es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria. Se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa. (iv) En la acción de repetición la responsabilidad no es objetiva, teniendo en cuenta que es la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas la que es objeto de análisis. (…)”.*

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / Elementos que determinan la prosperidad de la pretensión.**

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado en contra de sus agentes , son: i). la calidad de agente del Estado y conducta determinante en la condena, esto debe ser objeto de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionado y de su participación en la expedición del acto o en conducta lesiva determinante de la responsabilidad del Estado; ii). la existencia de una condena judicial, una conciliación , una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado ; iii). el pago efectivo realizado por el Estado ; iv). la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa. Se señaló que los tres primeros tienen naturaleza objetiva y por tanto están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, mientras que el último de ellos es de carácter subjetivo y por tanto se rige por las normas vigentes al momento de la ocurrencia del hecho o la omisión que determina la responsabilidad Estatal que generó el reconocimiento patrimonial .

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / Conducta dolosa o gravemente culposa / Debe ser probada por la parte demandante.**

En lo que se refiere a una conducta gravemente culposa, dirá la Sala que de conformidad con el Art. 63 del Código Civil, hay culpa grave al no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus asuntos propios, es decir, aquel descuido o desidia inconcebible que aun sin intención, produce un daño. Al respecto esta Corporación se ha referido a la culpa grave como aquella *“conducta dañina, que sin ser intencional, es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado… 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”*. En este punto, la Sala dirá que este presupuesto de la acción de repetición debe ser acreditado por la parte actora, extremo procesal que tiene la carga de la prueba respecto del actual doloso o gravemente culposo de los demandados, para lo cual debe suministrar los elementos probatorios que acrediten la conducta reprochable al agente del Estado.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / Sentencia de reparación directa constituye prueba de condena judicial más no de la culpa grave o dolo del agente del Estado.**

La existencia de un oblito quirúrgico no implica la atribución directa de una conducta reprochable a los demandados en sede de repetición, pues para ello debe probarse la infracción al deber funcional o la negligencia de tal magnitud que pueda ser calificada como inexcusable constitutiva de culpa grave; así se ha pronunciado con anterioridad esta Corporación al señalar que la sentencia en el proceso de reparación directa constituye prueba de la condena judicial pero no de la culpa grave o el dolo del agente o ex agente del Estado, por lo que el juez de la repetición tiene el deber de analizar si hay lugar a la condena del agente.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / Sentencia de reparación directa constituye prueba de condena judicial más no de la culpa grave o dolo del agente del Estado.**

La Sala considera que no le asiste razón al recurrente al señalar que está probada la responsabilidad subjetiva por culpa grave de los demandados al no haber actuado cuidadosamente e incurrido en un oblito quirúrgico por dejar material propio de la cirugía en el cuerpo de la paciente, pues como ya se dijo, la responsabilidad patrimonial del Estado no es prueba directa de la responsabilidad de sus agentes, tal como ha concluido el Consejo de Estado en casos de similares contornos.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISIÓN No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

**MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN**

**DEMANDANTE: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**

DEMANDADO: MANUEL IGNACIO BARRETO, DIANA CAROLINA ARENAS, MYRIAM GONZALEZ FORERO

RADICADO: 15001 33 33 002 2017 00012 - 01

1. **ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia proferida el día30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

2.1.- LA DEMANDA (fl.): Por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de repetición, la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, presentó demanda contra los señores MANUEL IGNACIO BARRETO - cirujano general, DIANA CAROLINA ARENAS -instrumentadora quirúrgica y MYRIAM GONZALEZ FORERO - auxiliar de enfermería, solicitando se declare su responsabilidad civil, patrimonial y extracontractual responsables por la condena impuesta a la E.S.E. demandante dentro del proceso de reparación directa No. 2012-00066 tramitado en primera instancia en el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja y en segunda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, autoridades judiciales que dictaron sentencias de fechas 16 de mayo de 2014 y 20 de enero de 2015, respectivamente.

Como consecuencia de tal pretensión, solicitó que se condene a Manuel Ignacio Barreto, Diana Carolina Arenas y Myriam González Forero al pago de la totalidad de la suma de dinero sufragada por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA por valor de $16.523.440, según consta en el comprobante de egreso No. 52688 de fecha 13 de julio de 2015.

Como **fundamento fáctico** de las pretensiones, señaló lo siguiente:

Que el hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado, en este caso la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, fue el olvido de una gasa (fibra textil de algodón) en el cuerpo de la señora MARIA ELVIA SALAMANCA DE FAJARDO, luego de un procedimiento quirúrgico de cervicotomía lateral derecha, procedimiento practicado por el Dr. Manuel Ignacio Barreto - Cirujano general, en el cual participaron como Instrumentadora quirúrgica Diana Carolina Arenas y como Auxiliar de enfermería Myriam González Forero, quienes eran responsables de asegurarse que no quedaran dentro del cuerpo de la paciente elementos utilizados en el procedimiento, según consta en el informe de auditoría médica practicada por el Dr. FREDY NELSON MALDONADO.

Que esta eventualidad se conoce como oblito quirúrgico, que a su vez constituye una típica falla probada, dado que existió un yerro, un descuido, una mala práctica en la ejecución del procedimiento médico y como consecuencia, un daño antijurídico que hay lugar a reparar.

Que el mencionado daño es derivado del actuar negligente de quienes tenían la obligación legal de evitarlo, esto es el médico cirujano Dr. Manuel Ignacio Barreto que practicó el procedimiento, la instrumentadora quirúrgica que lo asistía, Diana Carolina Arenas y la auxiliar de enfermería que colaboraba con el mismo, Myriam González Forero.

Que con fundamento en lo anterior, el Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de fecha 16 de mayo de 2014, declaró administrativa y extracontractualmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA dentro del proceso de reparación directa No. 2012-00066, por los daños ocasionados a la señora MARIA ELVIA SALAMANCA DE FAJARDO, derivados de la intervención quirúrgica que se le practicó en esta institución el día 28 de abril de 2011; en tal sentido, se condenó a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, a pagar a los demandantes una indemnización de $480.390 pesos por concepto de perjuicios materiales, de 60 SMLMV por concepto de perjuicios morales y de $2.000.000 por concepto de agencias en derecho.

Que mediante sentencia de sentencia del 20 de enero de 2015, el Tribunal Administrativo de Boyacá, confirmó el numeral 1° del fallo de primera instancia y modificó el 2° ampliando la condena de perjuicios morales a 90 SMLMV y una condena adicional en costas donde se fijaron como agencias las equivalentes al 3% de las pretensiones.

Que en cumplimiento de tal decisión judicial, mediante Resolución No. 144 del 02 de julio de 2015, la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, reconoció y pagó a favor de la parte demandante la suma de $16.523.440, correspondiente al 25% del deducible de la póliza de responsabilidad civil No. 1003256, suscrita con la Previsora S.A. quien fue llamada en garantía y asumió el saldo restante para completar el valor de la liquidación de la sentencia, pago que se acredita con el comprobante de egreso No. 52688 de fecha 13 de julio de 2015.

**2.2.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 287-297)**

Se trata de la sentencia proferida el día 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda al concluir que no se acreditó el elemento de imputación a los demandados, toda vez que la responsabilidad atribuida al hospital demandante en el proceso de reparación directa, no implica de manera automática la responsabilidad subjetiva del personal médico que intervino en la cirugía.

Para llegar a esta conclusión, la Juez de instancia explicó inicialmente que la indemnización por la que se pretende repetir, se originó en el daño causado a la señora Maria Elvia Salamanca con ocasión del oblito quirúrgico que se presentó en la intervención que le fue practicada en la ESE Hospital San Rafael de Tunja el día 28 de abril de 2011.

En cuanto a los elementos objetivos, el a quo explicó: **i).** la existencia de la indemnización impuesta al Estado con ocasión de un daño antijurídico se acredita en razón a que la ESE Hospital San Rafael de Tunja fue condenada por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja y el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencias de 16 de mayo de 2014 y 20 de enero de 2015 (dentro proceso de reparación directa 150013333005201200066), a reconocer y pagar unas sumas de dinero por concepto de indemnización por los perjuicios materiales y morales derivados del oblito quirúrgico que se presentó en la intervención practicada a la señora María Elvia Salamanca el 28 de abril de 2011; **ii).** respecto del pago, señaló que se acreditó con la Resolución No. 144 de 2015, la disponibilidad y registro presupuestal y la constancia de reporte de proceso de pago del Banco Davivienda; **iii)**. frente a la calidad de los demandados, refirió que Miryam González Forero, se desempeñó como empleada pública de la E.S.E. demandante para el año 2011 e intervino como auxiliar de enfermería en el procedimiento quirúrgico practicado a la señora María Elvia Salamanca el 28 de abril de 2018; respecto de Manuel Ignacio Barreto y Diana Carolina Arenas, la juez señaló que se acreditó su condición de particulares que cumplían una función pública: la de cirujano general e instrumentadora quirúrgica del Hospital San Rafael de Tunja, respectivamente y adicionalmente, que intervinieron en dicha calidad en el procedimiento quirúrgico practicado a la señora Maria Elvia Salamanca el día 28 de abril de 2011 en el Hospital San Rafael de Tunja.

Respecto del elemento subjetivo, el a quo realizó la reseña de la atención médica recibida por la señora María Elvia Salamanca en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL desde el día 28 de abril al 03 de mayo de 2011, sin que se advierta referencia alguna respecto de la gasa que quedó en el cuerpo de la paciente, en la cirugía “cervicotomía” y que revisados los fallos de primera y segunda instancia proferidos en la acción de reparación directa No. 150013333005201200066, se advierte que el oblito quirúrgico se dio por probado con la historia clínica de la señora María Elvia Salamanca en la atención médica recibida en la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad - Hospital Universitario Mayor Organización Méderi, centro médico donde se le practicó cirugía de extracción de cuerpo extraño (gasa) el día 28 de mayo de 2011, historia clínica que no se aportó al proceso de repetición.

En este punto, la juez señaló que el fallo proferido en el proceso ordinario de reparación directa, acredita el oblito quirúrgico por el cual fue condenado la ESE Hospital San Rafael de Tunja, en cuanto, se trata de una sentencia ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada en la que se declaró la existencia de un oblito quirúrgico y la responsabilidad del Estado; no obstante, precisó que dicha sentencia no puede ser prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa de los demandados, ni de la responsabilidad subjetiva del personal médico que intervino en la cirugía.

Seguidamente, explicó que se descarta un conducta dolosa del equipo quirúrgico como causante del oblito quirúrgico que padeció la señora María Elvia Salamanca el 28 de abril de 2011, en cuanto ningún elemento de prueba allegado al expediente indica la intención o querer del personal médico en la producción del hecho dañoso que sufrió la paciente; en cuanto a un actuar gravemente culposo, el a quo dijo que es cierto que el olvido del material quirúrgico en el cuerpo de la señora María Elvia Salamanca, comporta un descuido por parte de quienes practicaron la intervención, sin embargo, concluyó que no se aportaron al plenario elementos probatorios que permitan valorar la conducta de los demandados y calificar dicho descuido como inexcusable, toda vez que solamente se cuenta con la historia clínica, donde no se logra advertir si hubo un error en el conteo de gasas al finalizar el procedimiento, sumado al hecho de que se desconocen las funciones de cada uno de los miembros del equipo quirúrgico durante el procedimiento, por lo que concluyó que no se probó la imputación respecto de los demandados.

**2.3. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 300-302)**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación reseñando los argumentos de la sentencia y citando apartes jurisprudenciales relativos a la procedencia de la acción de repetición, para señalar que se probaron los elementos relativos a la existencia de condena judicial, el pago, la calidad de los demandados y, en lo que tiene que ver con el elemento subjetivo, citó las disposiciones legales relativas a dolo y culpa grave previstas en la Ley 678 de 2001, para precisar que concurre culpa grave al haberse presentado una conducta negligente de quienes intervinieron en el procedimiento quirúrgico.

Señala que la conducta de los demandados no fue lo debidamente cuidadosa para evitar el olvido de material textil dentro del cuerpo de la señora Salamanca, lo que constituye una inexcusable omisión en el ejercicio de las responsabilidades de los demandados al realizar el conteo de las gasas de forma inadecuada, conducta que se enmarca en los postulados del Art. 6 de la Ley 678 de 2001.

Agrega la entidad recurrente que la historia clínica de la paciente da cuenta de la responsabilidad de los demandados y que en materia de responsabilidad del Estado por oblito quirúrgico *“los hechos hablan por sí mismos”* pues probado el olvido de elementos o material propio de la cirugía en el cuerpo del paciente, se demuestra de forma clara un descuido o negligencia del personal que intervino en la cirugía, acreditándose la culpa grave de los demandados.

De otra parte, se refirió a la condena en costas, citando apartes jurisprudenciales relativos a la valoración que debe hacer la autoridad judicial para determinar si es o no procedente su imposición.

**2.4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Admitido el recurso de apelación por auto del 07 de febrero de 2020 (fl. 318), se corrió traslado para alegar de conclusión por auto del 25 de septiembre de 2020 (fl. 323), término en el cual se pronunció la parte actora y el Ministerio Público emitió concepto en los siguientes términos:

**2.4.1.- PARTE DEMANDANTE – E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA (fl. 328-330)**

Se refirió a los elementos de procedencia de la acción de repetición para señalar que se probó en el caso concreto la condena impuesta a la E.S.E. en la reparación directa No. 2012-00066, por el olvido de una gasa en el cuerpo de la señora María Elvira Salamanca luego de un procedimiento quirúrgico de cervicotomía lateral derecha, procedimiento en el que intervinieron los demandados, estando acreditados el daño, el pago de la condena, la calidad de los demandados y la conducta gravemente culposa, ésta último por una falta de diligencia que se observa en las acciones y omisiones registradas en la historia clínica.

**2.5.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fl. 339-345)**

El Delegado del Ministerio Público emitió concepto reseñando los supuestos fácticos y la decisión de instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia al señalar que no son objeto de discusión en esta instancia los requisitos objetivos que determinan la procedencia de la acción de repetición y adicionalmente el requisito de carácter subjetivo no resultó acreditado.

### III. C O N S I D E R A C I O N E S

**3.1.- Competencia**

El Art. 153 de la Ley 1437 de 2011 prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En consonancia con lo anterior, el artículo 328 del Código General del Proceso, establece que 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 ese contexto, procederá la Sala al análisis de los argumentos que sustentan el recurso de apelación, previo planteamiento del problema jurídico, tal como se sigue.

**3.2.- Problema jurídico**

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA, corresponde a la Sala establecer si los señores MANUEL IGNACIO BARRETO, DIANA CAROLINA ARENAS y MYRIAM GONZALEZ FORERO, en sus calidades de cirujano general, instrumentadora quirúrgica y auxiliar de enfermería, respectivamente, son responsables a título de culpa grave por la condena impuesta a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA dentro del proceso de reparación directa No. 2012-00066-00, como consecuencia de una falla médica por oblito quirúrgico en el procedimiento adelantado a la señora MARÍA ELVIA SALAMANCA el día 28 de abril de 2011, consistente en una cervicotomía lateral derecha.

Para el efecto, la Sala deberá determinar si la conducta de los demandados fue gravemente culposa, actuar que, en criterio del recurrente, se tiene acreditado por las acciones y omisiones registradas en la historia clínica allegada al plenario, o si por el contrario no se acreditó tal elemento determinante de la responsabilidad de los demandados en sede de repetición, como concluyó la juez de instancia.

De otra parte, la Sala se referirá a la inconformidad de la parte actora con la condena en costas impuesta en la sentencia de primer grado.

**3.3.- Marco jurídico y jurisprudencial**

El Art. 90 de la Constitución Política establece el fundamento de la responsabilidad del Estado por vía de repetición al señalar:

***“ARTICULO 90.****El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

***En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*** -Resalta la Sala

A su turno, la Ley 678 de 2001 desarrolló el inciso segundo del Art. 90 Superior y reguló los aspectos sustanciales y procesales de la acción de repetición, precisando que la acción de repetición es de carácter patrimonial y que debe promoverse contra el servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, producto de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; acción que también es procedente contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o culposa, la reparación patrimonial[[1]](#footnote-1). AL respecto, la norma establece:

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

***PARÁGRAFO 1o.****Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto, estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.****”***

La Corte Constitucional en sentencia C-778 de 2003 se refirió a la acción de repetición al señalar:

*“… La acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios* ***el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción contencioso administrativa por los daños antijurídicos que les haya causado****”. (Negrilla fuera del original).*

En consonancia con lo anterior, dicha Corporación en sentencia C-957 de 2014 explicó algunas características propias de la acción de repetición, retomadas en providencia del 03 de abril de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado[[2]](#footnote-2), así:

***(i)****Se trata de una* ***acción autónoma, de carácter obligatorio****, que le compete ejercer exclusivamente al Estado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 Constitucional;*

***(ii)****La acción de repetición, es una acción que para su prosperidad, exige los siguientes presupuestos:****(a)****la existencia de condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa para reparar los perjuicios antijurídicos causados a un particular;****(b)****que el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, agente estatal o antiguo funcionario público; y****(c)****que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia…****(iii)****La repetición es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria.****Se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa.***

***(iv) En la acción de repetición la responsabilidad no es objetiva, teniendo en cuenta que es la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas la que es objeto de análisis.*** *(…)”[[3]](#footnote-3) –*Resalta la Sala

Recientemente, la Corte Constitucional en sentencia de unificación **SU-354 de 2020**, fijó unos presupuestos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta al momento de resolver las demandas de repetición, entre ellos, **la atribución de la conducta determinante del daño antijurídico del agente, a título de dolo o culpa grave,** indicando además que el primer presupuesto de la acción de repetición está determinado por la acreditación, por parte de la entidad demandante, de los siguientes aspectos:

***“(i).******La existencia de una providencia judicial condenatoria****, un acuerdo conciliatorio, una transacción o cualquier otro documento válido para finalizar un conflicto, en el que se le imponga al Estado la obligación de pagar una suma de dinero por haber causado un daño antijurídico.*

***(ii)******La calidad del demandado*** *como servidor del Estado o particular que cumplía funciones públicas para el momento en que ocurrió el daño antijurídico.*

***(iii)******El pago de la obligación*** *dineraria al destinatario.*

***(iv) La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente a título de dolo o culpa grave. –***Resalta la Sala

A su turno, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado en contra de sus agentes[[4]](#footnote-4), son: **i). la calidad de agente del Estado y conducta determinante en la condena,** esto debe ser objeto de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionado y de su participación en la expedición del acto o en conducta lesiva determinante de la responsabilidad del Estado; **ii).** **la existencia de una condena judicial**, una conciliación[[5]](#footnote-5), una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado[[6]](#footnote-6); **iii).** **el pago efectivo** realizado por el Estado[[7]](#footnote-7); **iv).** **la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.**

Se señaló que los tres primeros tienen naturaleza objetiva y por tanto están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, mientras que el **último de ellos es de carácter subjetivo y por tanto se rige por las normas vigentes al momento de la ocurrencia del hecho o la omisión que determina la responsabilidad Estatal que generó el reconocimiento patrimonial[[8]](#footnote-8).**

Para el caso de la referencia, se tiene como fecha de realización de la conducta que se le reprocha a los demandados, la correspondiente al 28 de abril de 2011, fecha en la que se realizó el procedimiento quirúrgico denominado cervicotomía lateral derecha a la señora María Elvia Salamanca en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA, por lo que el presente análisis, lo realiza la Sala a la luz de las previsiones del Art. 90 Superior y de lo dispuesto en la Ley 678 de 2001.

Bajo los anteriores preceptos normativos y jurisprudenciales procederá la Sala al estudio de los argumentos que sustentan el recurso de apelación presentado por el accionante, tal como se sigue:

**4.- CASO CONCRETO**

Recuerda la Sala que, de acuerdo al recurso de apelación, las inconformidades de la entidad demandante se sintetizan en los siguientes aspectos: **i).** la existencia de culpa grave de los integrantes del equipo médico que intervino en el procedimiento quirúrgico realizado a la señora MARÍA ELVIA SALAMANCA el día 28 de abril de 2011 de **ii).** imposición de condena en costas.

En cuando a los elementos objetivos, a saber: **i)** la calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena, **ii)** la existencia de una condena judicial que genere la obligación de pago a cargo del Estado y **iii)** el pago efectivo realizado por el Estado, no se advierte discusión en la presente instancia, toda vez que, la juez de primer grado los encontró acreditados y tales presupuestos no fueron controvertidos en sede de apelación.

Al respecto, el a quo estableció que mediante sentencias de primera y segunda instancia dictadas por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja y el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso de reparación directa No. 2012-00066 se condenó a la E.S.E. demandante al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes por el daño antijurídico sufrido en intervención practicada a la señora María Elvia Salamanca el 28 de abril de 2011, pago que se acreditó de acuerdo con la Resolución 144 de 2015 y el reporte de pago del Banco Davivienda por valor de $16.523.440. Respecto de la calidad de los demandados, se probó que eran particulares que cumplían una función pública en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja e intervinieron en el procedimiento quirúrgico realizado a la señora María Elvia Salamanca el día 28 de abril de 2011.

Por su parte, el elemento subjetivo no se encontró probado por el fallador de instancia y ello constituye el argumento principal de la apelación, toda vez que el extremo recurrente plantea que si está debidamente acreditada una conducta gravemente culposa por parte de los demandados según se advierte de la historia clínica de la paciente.

En lo que se refiere a una conducta gravemente culposa, dirá la Sala que de conformidad con el Art. 63 del Código Civil, hay culpa grave al no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus asuntos propios, es decir, aquel descuido o desidia inconcebible que aun sin intención, produce un daño. Al respecto esta Corporación se ha referido a la culpa grave como aquella “conducta dañina, que sin ser intencional, es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado… 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”[[9]](#footnote-9).

En este punto, la Sala dirá que este presupuesto de la acción de repetición debe ser acreditado por la parte actora, extremo procesal que tiene la carga de la prueba respecto del actual doloso o gravemente culposo de los demandados, para lo cual debe suministrar los elementos probatorios que acrediten la conducta reprochable al agente del Estado.

Así entonces**, la conducta del agente es determinante de una responsabilidad subjetiva, sin que cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permita deducir por si sola su responsabilidad, debido a que resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta**.

Por tanto, 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 que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputar responsabilidad patrimonial, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública; al respecto, el Consejo de Estado[[10]](#footnote-10) ha señalado:

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

Definido lo anterior, resulta oportuno analizar los medios de prueba obrantes en el plenario a fin de establecer si concurre una conducta gravemente culposa atribuible a los demandados:

Respecto de la atención médica recibida por la señora María Elvia Salamanca en la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael, se allegó historia clínica de la cual se advierte lo siguiente:

**EPICRISIS CONTINUA HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**

***Tipo de atención:*** *Hospitalaria*

***Ingreso:*** *Servicio: Cirugía General*

***Fecha:*** *20-04-2011 – hora: 19+55*

***Motivo de consulta:*** *“Me tragué un hueso”*

***Enfermedad actual:*** *Paciente femenina de 72 años con cuadro clínico de 24 horas de evolución de odinofagia y sensación de cuerpo extraño en garganta, por lo cual consulta a hospital de Moniquirá donde realizan laringoscopia indirecta sin posibilidad de visualización de cuerpo extraño por lo cual remiten intrahospitalariamente. Se realiza endoscopia el 20/04/1011 que reporta cuerpo extraño, se realiza extracción de cuerpo extraño encontrando posteriormente sitio de impactación aparentemente perforada 5 mm. (…)*

***Diagnóstico principal:*** *Perforación esofágica*

***Plan de manejo:*** *1) Hospitalizar cirugía general 2) Cervicotomía lateral derecha*

***Día hospitalario:*** *Se realiza Cervicotomía lateral derecha por perforación esofágica, no se detecta colección NO perforación sin complicaciones.*

***Plan de manejo:*** *DREN, Clindamicina, NVO*

***Fecha: 29/04/11 Día hospitalario: 1***

*Paciente en POP día 1 Cervicotomía lateral derecha por perforación esofágica, paciente refiere múltiples episodios eméticos con leve dolor en zona de herida quirúrgica…cuello con herida en región lateral derecha cubierta sin signos de infección o sangrado.*

*Plan de manejo: Paciente con dx anotados, estable termodinámicamente, no SRIS, sin vía oral, Se solicita valoración por soporte nutricional y gastroenterología para paso de sonsa avanzada.*

***Fecha: 30/04/11 Día hospitalario: 2***

*…cuello con herida de Cervicotomía…dren PENROSE con escaso material serohemático resto de examen físico dentro de límites normales.*

***Fecha: 01/05/2011:***

*…al examen físico: herida quirúrgica en buen estado Dren Cervical con líquido serohemático Resto del examen físico sin alteraciones.*

***Fecha: 03/05/2011:*** *Se decide dar salida con Clindamicina, e ibuprofeno y cita control en 10 días.*

*(fl. 72-84)*

De lo anterior, se logra establecer que en efecto la paciente fue atendida en la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL por cuadro relacionado con existencia de cuerpo extraño en la garganta y como consecuencia del diagnóstico recibido, se ordenó procedimiento quirúrgico realizado el día 28 de abril de 2011, sin que se hubieren registrado datos detallados del procedimiento, toda vez que se señaló estrictamente *“Se realiza Cervicotomía lateral derecha por perforación esofágica, no se detecta colección NO perforación sin complicaciones”.*

Adicionalmente, de las **ANOTACIONES DE ENFERMERÍA** correspondientes al día 28 de abril de 2011, fecha en la que se adelantó la cirugía, se registró lo siguiente:

***22+00.*** *Ingresa paciente a salas de cirugía, despierta, alerta…aplicó ficha de admisión, se hace firmar consentimiento de anestesia. Paciente refiere ALERGIA A LA PENICILINA.*

***22+40.*** *Se pasa paciente a quirófano #3 viene alerta, con vena canalizada con lactato de Ringer, se monitoriza, anestesia general, anestesiólogo: Dra. Novoa cirujano: Dr. Barreto Ayudante: Dr. García, Instrumentadora: Diana A, circulante: Myriam. Le realizan limpieza de área qx se inicia procedimiento con 8 gasas+8+8+8=32 se hace recuento se hace recuento de gasas en la mesa 9x32 y el balde o igual a 32 compresas, gasas recuento de gasas completo. Se termina procedimiento de deja herida qx cubierta se traslada Pte en recuperación. Myrian*

***23+50:*** *Ingresa paciente a recuperación somnolienta con TOT con tubo en T, se coloca oxigeno con FIO2 100%, con herida lateral cuello derecho, cubierta y dren con secreción sanguinolenta moderada, Venoclisis permeable, pasando lactato de Ringer. Se monitoriza y se inicia… E. Amanda B. (fl. 79)*

Por su parte, en **INFORME QUIRÚRGICO** se indicó:

***A.*** *Identificación: Salamanca – Edad 72 Sexo: F*

*Cirujano: Barreto – Ayudante D. García – Anestesiólogo: Dra. Novoa-*

***B.*** *Diagnóstico: Pre operatorio: Perforación esofágica ? – Post-operatorio: NO colección NO perforación evidente.*

***C.*** *Intervención practicada y tipo de anestesia - Fecha: 28-04-11 Intervención practicada: Cervicotomía exploratoria 4102 – Tipo de cirugía: Limpia – Tipo de anestesia: General*

***D.*** *Descripción de hallazgos operatorios, procedimientos y complicaciones: Incisión de …lateral derecha hasta plano…. No se evidencia lesiones se deja dren… vertebral se cierra… y piel FIRMA Dc. Barreto. (fl. 82)*

Se tiene entonces que, en las anotaciones de enfermería que se hicieron del procedimiento quirúrgico en cuestión, registraron el inicio del procedimiento con 8 gasas+8+8+8 = 32 y en el balde la misma cantidad, señalando “recuento de gasas completo”, sin advertirse ninguna observación adicional al respecto.

A su vez, en el informe quirúrgico no se registró información alguna que dé cuenta del manejo detallado de las gasas durante la mencionada intervención, ni menos aún de las labores realizadas por cada uno de los integrantes del equipo médico asistencial que realizó el procedimiento, por lo que la Sala encuentra que los anteriores registros de historia clínica, no acreditan alguna irregularidad que determine la responsabilidad subjetiva de los integrantes del equipo médico y asistencial que realizó el procedimiento quirúrgico a la señora MARIA ELVIA SALAMANCA.

Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que en el proceso primigenio de responsabilidad del Estado se concluyó la existencia de un oblito quirúrgico, al haberse presentado un olvido del material de la cirugía en el cuerpo de la paciente, tal como se señaló en las sentencias de primera y segunda instancia del proceso de reparación directa, precisando:

*“El hecho de dejar una gasa en el cuerpo de la señora Salamanca, se erige en una evidente falla que no puede obedecer sino a la falta de cuidado con que se actuó en la intervención, sin que obre prueba en el plenario que exonere de responsabilidad al demandado. En efecto, es indiscutible que se trata de un oblito quirúrgico por la deficiente ejecución de los cuidados quirúrgicos, lo que a la postre constituye una falla probada ante hechos que hablan por sí solos”.* (fl. 34-49)

No obstante, la existencia de un oblito quirúrgico no implica la atribución directa de una conducta reprochable a los demandados en sede de repetición, pues para ello debe probarse la infracción al deber funcional o la negligencia de tal magnitud que pueda ser calificada como inexcusable constitutiva de culpa grave; así se ha pronunciado con anterioridad esta Corporación[[11]](#footnote-11) al señalar que la sentencia en el proceso de reparación directa constituye prueba de la condena judicial pero no de la culpa grave o el dolo del agente o ex agente del Estado, por lo que el juez de la repetición tiene el deber de analizar si hay lugar a la condena del agente; en consonancia con ello el Consejo de Estado ha dicho:

*“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.****” [[12]](#footnote-12)*

Así, en punto de la existencia de culpa grave o dolo, la jurisprudencia del Consejo de Estado[[13]](#footnote-13) y de la Corte Constitucional[[14]](#footnote-14) han coincidido en señalar que para determinar la existencia de culpa grave o 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 90° de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

En este punto, debe mencionarse que en lo que tiene que ver con las funciones de cada uno de los demandados al servicio de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL, al folio 158 del plenario, obra verificación de la oficina jurídica de la ESE demandante, según la cual solamente la señora MYRIAM GONZALEZ FORERO tenía vinculación a la planta de la ESE como Auxiliar Área Salud con funciones relativas a enfermería de baja y mediana complejidad, atención al usuario, procedimientos de pacientes, diligenciamiento de informes y documentos, sin que obren en el plenario más medios de prueba que permitan establecer que la señora GONZALEZ FORERO, con su actuar en el precitado procedimiento quirúrgico, incurrió en una infracción o desconocimiento de sus funciones esenciales de forma especialmente negligente e imprudente.

Frente a los restantes demandados, esto es, los señores MANUEL IGNACIO BARRETO GARAVITO y DIANA CAROLINA ARENAS CÁRDENAS no existía vínculo laboral directo con la ESE, habida cuenta que su desempeño al servicio del centro médico se realizó por cuenta de contratos con las Cooperativas de Trabajo Cirujanos de Boyacá y Acción Solidaria, actos contractuales que no señalan de manera precisa las funciones a cargo del personal médico y de instrumentación quirúrgica en los procedimientos practicados a los pacientes (fl. 158-176)

Al respecto, la Sala debe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al señalar que en tratándose de la acción de repetición, lo fundamental no es la investidura que ostenta el servidor o ex servidor del Estado, 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; así, la Corte Constitucional ha precisado:

*“****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.****” –*Resalta la Sala

De acuerdo a lo anterior, la Sala considera que no le asiste razón al recurrente al señalar que está probada la responsabilidad subjetiva por culpa grave de los demandados al no haber actuado cuidadosamente e incurrido en un oblito quirúrgico por dejar material propio de la cirugía en el cuerpo de la paciente, pues como ya se dijo, la responsabilidad patrimonial del Estado no es prueba directa de la responsabilidad de sus agentes, tal como ha concluido el Consejo de Estado en casos de similares contornos al precisar:

*“Al respecto, conviene señalar, según lo ha sostenido la Sección Tercera de esta Corporación, 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”.***

*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[[15]](#footnote-15).*

Postura reiterada mediante sentencia de fecha 6 de febrero de 2020 en el proceso radicado con el número 11001-03-26-000-2014-00126-00(52053), donde el Máximo Tribunal señaló:

*“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, la parte actora no cumplió la carga que le correspondía y, como consecuencia, debe asumir las consecuencias que de ello se derivan.”***

Así las cosas, desvirtuados los argumentos de la apelación, referidos a que la falla del servicio médico por oblito quirúrgico y la historia clínica de la paciente María Elvia Salamanca dan cuenta de un actuar gravemente culposo de los demandados, toda vez que no se acreditó un comportamiento de tal magnitud que pueda ser calificado como notoriamente negligente e injustificado por parte de los integrantes del equipo médico asistencias que realizó el procedimiento quirúrgico de la señora María Elvia Salamanca, procederá la Sala a confirmar la decisión de instancia, salvo en lo que tiene que ver con la condena en costas de acuerdo a las siguientes consideraciones.

**4.- Condena en costas**

La parte recurrente también manifestó su inconformidad con la decisión relativa a la condena en costas impuesta en la primera instancia, aspecto frente al cual el juzgado de primera instancia señaló que no resulta aplicable la excepción a la condena en costas que hace el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido que señala que, no se condenará en costas en los casos en los que se ventile un interés público, argumentando que el Consejo de Estado ha previsto que esta excepción no atiende a la naturaleza de la parte demandante y solo cobija las acciones públicas.

Al respecto dirá la Sala que el Art. 188 del CPACA prevé que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público. Luego, considerando que, tal como ha resaltado la Corte Constitucional[[16]](#footnote-16) el medio de control de repetición tiene su génesis justamente en la protección del interés público y la protección del patrimonio del Estado, del cual a su vez depende la realización de los fines del Estado Social de Derecho, no cabe duda del interés público que le asiste a este medio de control, siendo procedente aplicar la excepción prevista en el Art. 188 y revocar la condena en costas impuesta por el a quo.

En este punto debe recordar la Sala que esta Corporación, en principio consideró que la excepción prevista en el Art. 188 solamente aplicaba para los eventos en que el Estado era condenado, tal postura fue rectificada[[17]](#footnote-17), bajo el entendido de que la norma no establece diferencias al respecto, y de manera general se refiere a los procesos en los que se ventile un interés público.

Sumado a lo anterior, la adición introducida por el Art. 47 de la Ley 2080 de 2021 al Art. 188 de la Ley 1437 de 2011[[18]](#footnote-18), establece que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Como quiera que no se advierte que tal circunstancia haya ocurrido en el sub judice, no se condenará en costas por esta instancia.

**DECISION**

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión No. 6 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, de acuerdo a las motivaciones precedentes, excepto en su numeral segundo.

**SEGUNDO:**  **REVOCAR** el numeral segundo dela sentencia de fecha 30 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, de acuerdo a lo antes expuesto.

**TERCERO: Reconocer personería** al abogado HOLLMAN RODRIGO BRICEÑO MENDOZA para actuar en calidad de apoderado judicial de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en los términos y para los efectos del poder a él conferido (fl. 327 vuelto). En consecuencia,

**CUARTO: Dar por terminado el poder** conferidode la abogada ARIANNA ANDREA ADARME BARINAS abogada que venía ejerciendo la representación judicial de la Ese HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

**QUINTO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**SEXTO:** Una vez en firme la presente providencia, POR SECRETARÍA envíese el expediente al despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA**

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

HOJA DE FIRMAS

MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN

DEMANDANTE: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

DEMANDADO: MANUEL IGNACIO BARRETO Y OTROS

RADICADO: 15001 33 33 002 2017 00012 - 01

1. Ley 678 de 2001, Art. 2° [↑](#footnote-ref-1)
2. Rad. No: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), Recurrente: CARLOS OSSA ESCOBAR, Accionado: LA NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Asunto: recurso extraordinario de revisión – Declara infundado el recurso – Análisis de la causal de nulidad originada en la sentencia, prevista en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA VEINTISIETE (27) ESPECIAL DE DECISIÓN, Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Bogotá D. C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018), Rad. No: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), Recurrente: CARLOS OSSA ESCOBAR, Accionado: LA NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Asunto: recurso extraordinario de revisión – Declara infundado el recurso – Análisis de la causal de nulidad originada en la sentencia, prevista en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras [↑](#footnote-ref-4)
5. La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327. La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto [↑](#footnote-ref-6)
7. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407, citado por Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C en la sentencia del 19 de julio de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 58199 [↑](#footnote-ref-8)
9. Tribunal Administrativo de Boyacá, 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: 15238-33-33-001-2017-00217-0 [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado-Sección Tercera. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia de 26 de febrero 2014; Rad. número: 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384). [↑](#footnote-ref-10)
11. Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia de fecha \_\_\_\_ [↑](#footnote-ref-11)
12. 25000-23-26-000-1999-09796-01(19376) [↑](#footnote-ref-12)
13. 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. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado el 16 de mayo de 2019, dentro del proceso con radicación 18001-23-01-000-2014-00001-01(62748) [↑](#footnote-ref-15)
16. **Corte Constitucional, C-831 de 2001.** “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”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Tribunal Administrativo de Boyacá, 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. [↑](#footnote-ref-17)
18. “Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción” [↑](#footnote-ref-18)