



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Octubre de 2014	Boletín 10 (parte 1) de 2014

El boletín recoge breves reseñas de algunas providencias en las cuales el funcionario titular del despacho actúa como ponente o expide directamente. Excepcionalmente se insertarán aclaraciones o salvamentos. El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE GENERAL

Referencia	Pág.
TUTELAS	
<u>TUTELA. FALLO. DERECHO DE PETICIÓN. OMISIÓN DE RESPUESTA OPORTUNA. FALTA DE DIRECCIÓN DEL PETICIONARIO NO EXIME DE DAR RESPUESTA OPORTUNA, SI HAY INFORMACIÓN PARA LOCALIZARLO.</u>	2
<u>TUTELA. FALLO. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA. CONTINUIDAD DE TRATAMIENTOS CRÍTICOS PARA LA SUPERVIVENCIA. HEMODIÁLISIS: INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL. GARANTÍA DE DISPONIBILIDAD IN SITU. TRASLADO DE PACIENTE A OTRA CIUDAD: DEBE MEDIAR AUTORIZACIÓN EXPRESA Y EXPLÍCITA DEL MÉDICO TRATANTE. PREVIA VALORACIÓN DE RIESGO VITAL. SI FUERE EL CASO, LA EPS DEBE GARANTIZAR TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO PARA EL PACIENTE Y SU ACOMPAÑANTE. ATENCIÓN INTEGRAL: DEBE EXTENDERSE A LA EVALUACIÓN MÉDICA DEL PERFIL DEL PACIENTE PARA PROGRAMA DE TRASPLANTE.</u>	3
<u>TUTELA. Fallo. DERECHO AL AGUA POTABLE. NATURALEZA FUNDAMENTAL. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL. CONCURRENCIA DE AGRAVIO A DERECHOS COLECTIVOS Y A PERSONA DETERMINADA. DESLINDE CON LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. DEBIDO PROCESO: MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES. APLICACIÓN EXPEDITA. ARMONIZACIÓN CON DERECHO DE AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS. MEDIDAS TRANSITORIA DE AMPARO: IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES AL PARTICULAR QUE GENERA EL PROBLEMA FÁCTICO. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.</u>	6
INCIDENTES DE DESACATO	
<u>TUTELA. AUTO. RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO. INFRACCIÓN OBJETIVA POR INACTIVIDAD POSTERIOR A LA SENTENCIA. RENUENCIA DE LA AUTORIDAD REQUERIDA.</u>	10
<u>POPULAR. INCIDENTE DE DESACATO. MORA INJUSTIFICADA EN EL CUMPLIMIENTO DE ÓRDENES JUDICIALES. NOTIFICACIÓN DE PRIVADOS DE LA LIBERTAD. ACTORES POPULARES. IMPOSICIÓN DE MULTA.</u>	11
REPARACIÓN DIRECTA	
<u>REPARACIÓN. Fallo C.C.A. FALLA MÉDICO ASISTENCIAL. PRESUNTAS INFECCIONES NOSOCOMIALES. NEONATO CON MENINGITIS VIRAL. CARGAS PROBATORIAS: IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR EL FOCO DE CONTAGIO. DEMORAS PARA INICIAR TRATAMIENTO INDICADO. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. DAÑO NEUROLÓGICO CATASTRÓFICO. REPARACIÓN INTEGRAL (INCLUYE PERJUICIOS MORALES VÍCTIMAS INDIRECTAS). MEDIDAS DE SATISFACCIÓN: REHABILITACIÓN MÉDICO ASISTENCIAL. MEDIDAS DE PREVENCIÓN: REQUERIMIENTO AUTORIDAD REGULATORIA.</u>	12
<u>REPARACIÓN. Fallo CPACA. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA: FALLA PROBADA DEL SERVICIO. IMPROCEDENCIA POR PARTICULARIDADES PROBATORIAS. COMPLICACIONES DE CIRUGÍA BARIÁTRICA: RIESGO INHERENTE QUE DEBE SER ASUMIDO POR EL PACIENTE.</u>	23
<u>REPARACIÓN. Fallo C.C.A. OCUPACIÓN DE ESPACIO PÚBLICO. ALTERNATIVAS DE REUBICACIÓN DEL ACTOR. EJERCICIO DE ACTIVIDAD LÍCITA EN ESPACIOS PÚBLICOS. INEXISTENCIA DE HECHO LESIVO.</u>	25



<u>REPARACIÓN. Fallo. DESCRIPTOR: PRIVACIÓN DE LIBERTAD. RESTRICTORES: (1) TÍTULO DE IMPUTACIÓN. (2) RÉGIMEN OBJETIVO POR DAÑO ESPECIAL. (3) ABSOLUCIÓN POR DUDA PROBATORIA -IN DUBIO PRO REO-. APLICACIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO. PRINCIPIO DE LIBERTAD.</u>	28
<u>REPARACIÓN. Fallo. COLAPSO PLANTA TRATAMIENTO ACUEDUCTO YOPAL. ASUNTO: RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. PRESUNTOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS PLANTA DE TRATAMIENTO. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO DE LA PLANTA: ¿INCREMENTO DEL RIESGO O CONTENCIÓN DEL DESLIZAMIENTO DE LA LADERA BUENAVISTA? REMOCIÓN Y CANALIZACIÓN DEL ALUVIÓN: INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES DE LA DEMANDADA. HECHOS DE LA NATURALEZA: EL DEMANDADO NO RESPONDE POR LO IMPREVISIBLE E IRRESISTIBLE. ESPECIFICIDAD Y PRUEBA DEL DAÑO: CARGA DEL DEMANDANTE. Sentencia desestimatoria; reiteración de línea.</u>	29
<u>AUTOS. RD. AUDIENCIA INICIAL. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. DISCUSIÓN PREMATURA DE PRESUPUESTOS FÁCTICOS. PRUEBAS PARA DECIDIR EXCEPCIONES. VINCULACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA A LA ACTIVIDAD (OBRA PÚBLICA) EN LA QUE SE PRODUCE EL HECHO LESIVO. SE CONFIRMA AUTO DESESTIMATORIO.</u>	32

TUTELAS

TUTELA. FALLO. DERECHO DE PETICIÓN. OMISIÓN DE RESPUESTA OPORTUNA. FALTA DE DIRECCIÓN DEL PETICIONARIO NO EXIME DE DAR RESPUESTA OPORTUNA, SI HAY INFORMACIÓN PARA LOCALIZARLO.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00210-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	ORLANDO ALFREDO MARTÍNEZ PORRAS
Demandado	SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO
Fecha Providencia: Tres (03) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: El día 15 de mayo del año en curso el actor radicó petición de información ante la Superintendencia de Notariado y Registro, relativa a la organización, funcionamiento y datos históricos del servicio de notariado y registro de instrumentos públicos; afirmó que a la fecha de radicación del escrito de tutela no había recibido respuesta alguna. Solicita el amparo del derecho fundamental de petición presuntamente vulnerado por la autoridad accionada por la falta de respuesta de fondo a la petición impetrada.

REITERACIÓN

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Existe menoscabo al derecho fundamental de petición por no haberse contestado dentro del término de legal el derecho de petición de información que introdujo el actor ante la Superintendencia de Notariado y Registro, relativa a la organización, funcionamiento y datos históricos del servicio de notariado y registro de instrumentos públicos?¹

¹ Tesis: sí. En cuanto al deber de respuesta de fondo al derecho de petición, existe **línea reiterativa**. Al respecto se ha dicho que los estándares constitucionales han definido sistemáticamente que le son inherentes al núcleo esencial del derecho de petición: i) el deber de respuesta oportuna; ii) el pronunciamiento de fondo acerca de lo solicitado; y iii) la obligación de dar a conocer la decisión al respectivo interesado, lo que no se satisface a través del juez de tutela, porque no es el titular del derecho. Y todo ello aplica a los diferentes eventos en que el ciudadano acude ante la autoridad, use o no la palabra *ritual*, a provocar una manifestación funcional de la misma, que *informe* o *decida* acerca de algún aspecto de su competencia.



TUTELA. FALLO. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA. CONTINUIDAD DE TRATAMIENTOS CRÍTICOS PARA LA SUPERVIVENCIA. HEMODIÁLISIS: INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL. GARANTÍA DE DISPONIBILIDAD IN SITU. TRASLADO DE PACIENTE A OTRA CIUDAD: DEBE MEDIAR AUTORIZACIÓN EXPRESA Y EXPLÍCITA DEL MÉDICO TRATANTE, PREVIA VALORACIÓN DE RIESGO VITAL. SI FUERE EL CASO, LA EPS DEBE GARANTIZAR TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO PARA EL PACIENTE Y SU ACOMPAÑANTE. ATENCIÓN INTEGRAL: DEBE EXTENDERSE A LA EVALUACIÓN MÉDICA DEL PERFIL DEL PACIENTE PARA PROGRAMA DE TRASPLANTE.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00217-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	ARMANDO PÉREZ PÉREZ
Demandado	DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL
Fecha Providencia: Seis (06) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se debate la continuidad y el lugar de prestación del procedimiento médico “*diálisis peritoneal manual*” ordenado por el médico tratante a un paciente con insuficiencia renal crónica terminal. El actor sirvió como auxiliar bachiller de la Policía Nacional desde el 27 de julio de 2012 hasta el 22 de septiembre de 2012 cuando le descubrieron una enfermedad consistente en insuficiencia renal crónica terminal, por la cual la Dirección de Sanidad lo tiene inscrito en programa de asistencia médica especializada y le está prestando los servicios de hemodiálisis.

El actor indica que el tratamiento para su enfermedad se le venía realizando en la ciudad de Villavicencio; posteriormente le realizaron los procedimientos en la ciudad de Yopal donde está radicado y tiene apoyo familiar; sin embargo le comunicaron que volvería al tratamiento en Villavicencio, lo cual implica desplazamientos y alojamiento que según su parecer no está en capacidad de asumir, ni su familia, pues carecen de recursos.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Puede exonerarse a la EPS de cubrir los gastos de traslado del paciente para recibir atención médico asistencial en lugar diferente a su residencia, porque la reglamentación administrativa no haya autorizado prima adicional por dispersión geográfica para absorber tales erogaciones?²

CConst., sentencia T-814 de 2005, J. Araujo. En el nivel local, ver TAC, sentencia del 1º de febrero de 2007, N. Trujillo, expediente 2007-00005-00, línea reiterada en fallos del **27-IV-2007**, e2007-00032-00; **01-III-2007**, e2007-00013-00; **12-IV-2007**, e2007-00311-01; **12-VII-2007**, e2007-00055-00 y del **11-II-2009**, e2009-00011-00; **14-V-2009**, e2009-00051-00 y del 28-II-2011, e2011-00016-00; y más recientemente, sentencia del **12-II-2012**, e2012-00012-00, del **5-III-13**, e2013-00029-00, del **14-I-14**, E2013-00276-00 y del **17-09-14**, e850013333000-2014-00194-00 entre otras del mismo ponente

Arista: En el caso concreto la tutela se rechazó por improcedente. Se concluyó que el deber funcional de la autoridad requerida va hasta **producir respuesta** y tenerla a disposición del peticionario, **si no hay forma de ubicarlo**; o enviarla a la dirección disponible en la solicitud o en las bases de datos oficiales. Aquí la carga de la Administración se cumplió **antes de introducirse la demanda**; aunque no sea el proceso constitucional el medio a través del cual puedan o corresponda dar respuesta a las peticiones o darlas a conocer, la incorporación de copia completa de la misma al expediente tiene plena eficacia.

² **TAC, sentencia del 9 de junio de 2014**, radicado 850013333002-2014-00094-01 ponente Néstor Trujillo González No. La problemática administrativa que surja entre los agentes del sistema no es oponible al paciente, cuyo derecho fundamental a la salud requiere atención integral oportuna y eficaz. En el caso objeto de análisis se concluyó: “En múltiples oportunidades la jurisprudencia constitucional en todos



PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Es admisible que la única institución prestadora de salud disponible en la ciudad se desligue de la obligación de seguir prestando un servicio médico crítico a un paciente terminal, por eventuales discrepancias económicas o contractuales con otra IPS o por falta de acuerdo directo con la respectiva EPS?³

Descriptor	Restricciones
Derecho a la salud	Paciente terminal Continuidad en el servicio Barreras administrativas
Derecho a la salud	Paciente terminal Prestador único disponible Continuidad en el servicio

TESIS: No, como quiera que el derecho a la salud es fundamental, los servicios para preservarlo deben prestarse con eficiencia, oportunidad y calidad, lo que implica que no se le pueden imponer al usuario cargas que no le corresponden ni está en condiciones de asumir o resolver. Menos, cesar intempestivamente la prestación del servicio, poniendo en riesgo la vida misma, o el derecho a vivir en dignidad.

ARGUMENTOS:

1. El solo hecho de que la IPS que viene tratando al paciente pretenda suspender el acceso a un servicio de salud que tiene carácter urgente, como ocurre con la hemodiálisis de un cuadro de insuficiencia renal crónica terminal, por no haber realizado trámites contractuales o administrativos que le correspondía efectuar o prever *a tiempo y con suficiente anticipación*, constituye flagrante irrespeto al derecho a la salud de las personas.

*los niveles ha enfatizado que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud no hacen favores a los pacientes; **cumplen un deber legal** para cuya satisfacción fueron creadas y reciben aportes estatales, de los empleadores y de los trabajadores, entre otras fuentes. Luego reclamar su adecuada prestación no tiene por qué ser una rogativa menesterosa ni requerir siempre de tutelas: es un **derecho fundamental**, inicialmente así tratado por conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas; ahora, además, por expreso reconocimiento del Congreso² y validación abstracta y obligatoria para todos, en virtud de la **sentencia C- 313 de 2014**". En el comunicado de la Corte Constitucional se destaca en numerosos pasajes que ese fallo calificó expresamente el **derecho a la salud** como uno **fundamental autónomo***

Queda ahora inequívocamente establecido que los prestadores de la red asistencial en salud, en todos los componentes (entidades territoriales, FOSYGA, EPS, sistemas especiales, IPS, etcétera) no podrán seguir comportándose como simples administradores, aseguradores o vendedores de servicios a una clientela cautiva e inerte ante sus desvaríos y atropellos, sino que tendrán que asumirse y obligarse por entero como garantes de la plena satisfacción de un derecho fundamental expansivo, según los lineamientos de la sentencia C-313 del 2014.

³ Este asunto tiene un precedente con supuestos fácticos similares en TAC sentencia 29 de mayo de 2014, radicado 850012333000-2014-00082-00, ponente Néstor Trujillo González. En aquella ocasión se planteó el siguiente **PJ**: ¿Es admisible que la entidad prestadora de salud se desligue de la obligación de autorizar un procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante adscrito a su propia red, por trabas administrativas concernientes a no tener asignados los recursos presupuestales para contratar el servicio especializado que se requiera?



2. El asunto que se debate no se ubica en el contexto de la *atención de urgencias vitales*, en los términos de la Ley 715, pues se trata de un cuadro crónico que el sistema de salud viene atendiendo hace más de dos años; pero sus características se asemejan en alto grado a ese escenario fáctico y normativo y debe darse una respuesta judicial similar.
3. Cuando el paciente crónico ha sido admitido por una IPS especializada, único proveedor del servicio en el lugar en que habita, **no es legítimo cesar la prestación** mediante un aviso con menos de quince (15) días de anticipación a la expiración de un contrato entre particulares y dejar al enfermo expuesto a todas las contingencias de esa abrupta determinación. No se necesita llevarlo a estado de *urgencia crítica* para que fluya la obligación prestacional; ni esperar a que se muera para resolver los conflictos contractuales. Esta Corporación no tolera semejante irresponsabilidad y falta de humanidad.
4. Desde luego la sentencia no pretende que una IPS funcione gratuitamente, ni que tome a su cargo el costo de servicios que pueden pagar los pacientes, las EPS o el FOSYGA en últimas. Pero lo que resulta desmedido es condicionar la continuidad de un tratamiento esencial a que la *contrate el Estado*, porque no está satisfecha con las estipulaciones que trae acordadas con otra IPS, ella sí contratista de la entidad oficial sanitaria.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Está obligado el paciente que sufre enfermedad terminal por la que requiere tratamiento de hemodiálisis periódica, tres veces por semana, a desplazarse a otra ciudad con eventual riesgo para su vida, pese a que exista prestador del servicio en su lugar de permanencia?

Descriptores	Restrictores
Derecho a la salud	Paciente terminal Transporte de pacientes Atención domiciliaria
Derecho a la salud	Paciente terminal Gastos de transporte Gastos de alojamiento

TESIS: Categóricamente **NO**. Si el médico tratante o las condiciones críticas del paciente indican que debe priorizarse atención en el lugar en que viva, la administración del servicio no puede disponer traslados, menos por sus propios medios, que pongan en peligro su salud o la vida.

ARGUMENTOS:

1. Si el paciente requiere tratamiento *in situ*, en su lugar de habitación, en su propio hogar o cuando menos en la misma ciudad, acorde con el criterio del médico tratante y hay proveedor del servicio que lo pueda prestar, *será ahí* donde se atienda la obligación asistencial. Excepcionalmente, de no ser posible por motivos diferentes a gestión contractual o costos, la EPS o entidad obligada **tiene que trasladar al paciente** y al **acompañante** si lo requiere, al lugar más próximo para atender la prestación, con **todos los**



cuidados médicos que propendan a proteger su vida o a precaver y contener riesgos conocidos y evitables.

2. Acorde con los estándares de la jurisprudencia constitucional, si hay lugar a desplazamiento *en condiciones médico asistenciales seguras*, los gastos hacen parte de las obligaciones de la EPS en cuanto son factores necesarios para la atención integral, cuando el paciente o la familia carecen de recursos propios para cubrirlos. La carga de la prueba corre por cuenta de quien *afirma* que existen tales medios económicos en poder de los interesados⁴.
3. Si se acredita la afiliación al SISBÉN como beneficiario de los programas asistenciales de Estado, fluye inequívocamente la *presunción* de carencia de recursos propios o de su familia nuclear para hacerse cargo de los gastos de traslado; luego cuando la EPS aduzca que esa suposición no corresponde a la realidad *tiene que probar* lo contrario. No basta decirlo, pues su relación institucional directa con el afiliado (cotizante o beneficiario, según el caso) debe permitirle el conocimiento de su entorno socioeconómico o acceder a otras fuentes confiables de información para poder reclamar sería y fundadamente los deberes de solidaridad familiar respecto del afectado.

Ref.: TUTELA. Fallo. DERECHO AL AGUA POTABLE. NATURALEZA FUNDAMENTAL. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL. CONCURRENCIA DE AGRAVIO A DERECHOS COLECTIVOS Y A PERSONA DETERMINADA. DESLINDE CON LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. DEBIDO PROCESO: MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES. APLICACIÓN EXPEDITA. ARMONIZACIÓN CON DERECHO DE AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS. MEDIDAS TRANSITORIA DE AMPARO: IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES AL PARTICULAR QUE GENERA EL PROBLEMA FÁCTICO. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00216-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	JEINER NOEL ZORRO BOHÓRQUEZ y otros
Demandado	CORPORINOQUIA
Fecha Providencia: Ocho (08) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se solicita el amparo constitucional de varios derechos concernidos por la decisión de la autoridad ambiental de cerrar los pozos profundos que surten el agua potable a la comunidad de la Ciudadela La Bendición del municipio de Yopal. Los accionantes son integrantes de dicha comunidad y desde la construcción de las viviendas han disfrutado del servicio de acueducto sin costo alguno debido a que el agua es captada de los pozos profundos que surten a dicha población. El día 19 de septiembre de 2014 la Corporación Autónoma de la Orinoquia selló y suspendió el bombeo de los pozos dejando sin agua a los residentes de la ciudadela, por tratarse

⁴ TAC. Sentencia del 9 de junio de 2014. Radicación 850013333002-2014-00094-01, ponente Néstor Trujillo González. (Precedente). En aquella ocasión se analizó la obligación de la entidad prestadora de salud de asumir los gastos de transporte, alimentación y alojamiento que requería un paciente aquejado de grave dolencia cuando se acreditaran dos condiciones: la primera que ni el paciente ni sus familiares cercanos tuvieran los recursos para asumir dichos gastos; y segunda, que de no efectuarse la remisión del paciente se pusiera en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del mismo.



de captación sin permiso alguno; en el trámite cautelar no fueron convocados ni oídos los habitantes de la ciudadela.

REITERACIÓN

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es procedente la acción de tutela con el fin de amparar el derecho al agua cuando se discute la falta de prestación adecuada del servicio de acueducto en un centro poblado?⁵

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Puede el juez constitucional ocuparse de la protección del derecho al debido proceso administrativo, en asuntos que pueden comprometer adicionalmente otros derechos fundamentales (como el acceso al agua), respecto de actuación cautelar ambiental con destinatario determinado pero que además podría erosionar derechos particulares y concretos de terceros no vinculados a tal procedimiento?

Descriptor	Restricciones
Acción de tutela	Debido proceso administrativo Medidas cautelares ambientales Vinculación de terceros
Debido proceso administrativo	Derecho al agua Medidas cautelares ambientales Vinculación de terceros
Derecho al agua	Debido proceso administrativo Medidas cautelares ambientales Vinculación de terceros

TESIS: Sí. El art. 29 de la Constitución extiende un espectro general de garantías que deben aplicarse en todas las actuaciones administrativas; por ellas deben velar todas las autoridades y con mayor razón las que tengan a cargo iniciar, adelantar o resolver procedimientos de esa especie, en los que deban adoptarse decisiones que podrían concernir a terceros, esto es, a personas diferentes de quienes sean los destinatarios directos de las determinaciones a que haya lugar.

ARGUMENTOS:

1. La Sala encuentra en las normas ambientales un desarrollo integral de lo que debe hacerse preventivamente y luego por el procedimiento sancionatorio *respecto del presunto infractor*, frente al cual

⁵ Tesis: Sí. El derecho al agua y específicamente a la que sea apta para el consumo humano, en cuanto potencia la vida misma y las condiciones de vida digna, es de carácter fundamental. **TAC sentencia del 10 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00060-00, ponente Néstor Trujillo González y en sentencia del 05 de agosto de 2014, expediente 850012333000-2014-00154-00 del mismo magistrado.**



las medidas cautelares son de ejecución inmediata pese a los recursos que operan en efecto *devolutivo* (art. 32); igualmente, una razonable cautela cuando se identifican graves efectos probables que puedan comprometer al *colectivo*.

2. La Corte Constitucional encontró legítima la excepcional celeridad de esas medidas cautelares, en virtud de la *prevalencia del interés general* por sobre los del presunto infractor, lo que se extiende a otros potenciales afectados, así: “*Las medidas preventivas responden a un hecho, situación o riesgo que, según el caso y de acuerdo con la valoración de la autoridad competente, afecte o amenace afectar el medio ambiente, siendo su propósito el de concretar una primera y urgente respuesta ante la situación o el hecho de que se trate, y que si bien exige una valoración seria por la autoridad competente, se adopta en un estado de incertidumbre y, por lo tanto, no implica una posición absoluta o incontrovertible acerca del riesgo o afectación, como tampoco un reconocimiento anticipado acerca de la existencia del daño, ni una atribución definitiva de la responsabilidad, razones por las cuales su carácter es transitorio y da lugar al adelantamiento de un proceso administrativo a cuyo término se decide acerca de la imposición de una sanción*”.
3. Pero en cambio carece ese cuerpo de preceptos especiales de un diseño de garantías para la posición de los *terceros* eventuales titulares de derechos fundamentales que puedan resultar concernidos por la intervención de la autoridad ambiental contra el presunto infractor. Ello hace necesario acudir a las normas generales del CPACA, arts. 37 y 38, para armonizar la *celeridad* que la autoridad ambiental tiene que aplicar en sus procedimientos, con esos derechos igualmente amparados por la Carta.
4. La expresada armonización deviene de los mecanismos expeditos que el CPACA autoriza para la convocatoria de terceros cuando no se conozcan direcciones para localizarlos, o ellos sean *indeterminados*, a lo que es preciso agregar analógicamente la hipótesis de un número plural tan significativo que la esencia del principio de celeridad, que corre en estrecha conexión con los de *precaución y responsabilidad por prevención* propios del ámbito ambiental, permita vislumbrar que deba acudirse a la *publicación en medios masivos*, en vez de las comunicaciones individuales.
5. Si en un proceso constitucional se constata que en aras de pretextada celeridad se han arrasado derechos de terceros determinados, determinables o indeterminados de cuya existencia y posición jurídica eventualmente comprometida por los resultados de la actuación administrativa tenga oportuna noticia la autoridad que la lleva, habrá lugar a imponer remedios por el juez de tutela en guarda del debido proceso, sin perjuicio de lo que le competa resolver acerca del fondo a la administración concernida por pasiva.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Corresponde al juez de tutela imponer al particular promotor de asentamiento o urbanización ilegal la obligación de proveer agua a sus habitantes hasta cuando se resuelva definitivamente el estado irregular de cosas?

Descriptor	Restricciones
Derecho al agua	Promotor urbanización ilegal Obligación de resultado Continuidad en el servicio



TESIS: Sí. Quien crea la situación de hecho enteramente irregular y somete a personas en condiciones de inferioridad manifiesta, dejándolas expuestas a la privación del suministro de agua potable, tendrá que tomar a cargo la provisión continua y la satisfacción del núcleo esencial de ese derecho fundamental hasta la solución definitiva del conflicto. Esa orden constitucional tiene efectos intercomunales.

ARGUMENTOS:

1. Aquí media una *situación irregular de hecho* cuya génesis es la actividad de un particular: un “promotor” de proyectos de urbanización *que no tiene autorización legal* para su desarrollo ha dado lugar a un *asentamiento humano* del que hacen parte los demandantes constitucionales, a quienes proveía de *agua* extraída igualmente de *manera ilegal*, sin concesión ni autorización del ente regulador ambiental. Y por supuesto, no es lo mismo; habrá entonces que distribuir las cargas para remediar lo que pueda ser objeto de protección constitucional de una manera también diferente a la que se constatan en los precedentes invocados.
2. Es la propia Carta (art. 86) la que dejó el diseño para que el legislador desarrolle el espectro de fuentes que permitan conminar por vía de tutela al *particular* que deba responder por servicios públicos, o que afecte el núcleo esencial de derechos colectivos, o que ejerza alguna especie de posición dominante respecto del agraviado sometido a condición de inferioridad o subordinación. Todas ellas se estructuran en este caso: media un vínculo prestacional directo entre quienes ya ocupan *lotes construidos y habitados* en la urbanización promovida por un empresario particular, pues este debe *garantizar* los servicios públicos domiciliarios que se haya comprometido a proveer o que sean esenciales para acometer proyectos de *urbanismo, loteo y venta masiva de ellos en la urbanización* de un predio que era rural; el acceso al agua tiene la doble connotación de derecho fundamental y de derecho colectivo; y los usuarios privados del líquido vital quedan reducidos a entera subordinación respecto de las soluciones a cargo del urbanizador.
3. Para el Tribunal es claro que la *propiedad privada* goza de garantías constitucionales, pero ellas no excluyen ni la *función social* inherente a ese derecho, ni su *responsabilidad ecológica* (art. 58, inciso 2, Carta Política); de manera que su ejercicio está subordinado por entero a los postulados superiores del sistema de fuentes, entre ellos la concepción de *condiciones de justicia social* en todo el territorio, *la dignidad de la persona humana* por sobre toda consideración y la *solidaridad* como un correlato que modula el ejercicio de otros derechos (Constitución, Preámbulo, arts. 1, 2, 5 y 95).
4. Por ello, oído como lo ha sido, aunque la persona natural prefirió guardar silencio, no así la jurídica, ambos serán destinatarios de perentorias órdenes constitucionales para la solución de *problemas concretos*, esto es, de situaciones particulares ya consolidadas en la fecha en que se notifica el fallo (D.L. 2591 de 1991, arts. 1, 5, 42 numerales 3, 4 y 9, 43 y 45), sin pretensión de adelantarse el juez de tutela a la atención de *eventos futuros* de carácter colectivo.

INCIDENTE DE DESACATO



REF.: TUTELA. AUTO. RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO. INFRACCIÓN OBJETIVA POR INACTIVIDAD POSTERIOR A LA SENTENCIA. RENUENCIA DE LA AUTORIDAD REQUERIDA.

Nº de Radicación	850012331002-2014-00180-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	JOSÉ ORLANDO CEPEDA ALBARRACÍN
Demandado	DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Treinta (30) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se decidió abrir incidente de desacato contra el director de Sanidad del Ejército por incumplimiento al fallo de tutela del 28 de agosto de 2014 en el que se impartieron órdenes precisas para dar respuesta al derecho de petición elevado por la parte actora.

REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se agota en la función correctiva el objetivo y alcance del control judicial en desacato, para forzar el acatamiento de las órdenes impartidas en fallos de tutela?⁶

REF.: POPULAR. INCIDENTE DE DESACATO. MORA INJUSTIFICADA EN EL CUMPLIMIENTO DE ÓRDENES JUDICIALES. NOTIFICACIÓN DE PRIVADOS DE LA LIBERTAD, ACTORES POPULARES. IMPOSICIÓN DE MULTA.

Nº de Radicación	850012333002-2014-00129-00
Medio de Control	POPULAR
Demandante	LINCON SOLÓRZANO SALCEDO y otros.
Demandado	MINISTERIOS DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y DE PROTECCIÓN SOCIAL – SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD – DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC – UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPC – DIRECCION EPC YOPAL – CAPRECOM E.P.S. Y JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS DE YOPAL.
Fecha Providencia: Treinta (30) de octubre de dos mil catorce (2014)	

⁶ Tesis: No, pues tal como se ha reiterado en la Corporación, la sanción por desacato tiene dos finalidades: una correctiva y otra más trascendental encaminada a lograr la eficaz ejecución de los mandatos de los fallos de tutela en pro de la satisfacción del derecho fundamental concernido. TAC, auto del 23 de julio de 2008, ponente Néstor Trujillo, radicado 850013331002-2007-00598-01. Más recientemente, entre otros, providencias del 12 de febrero de 2013 (expediente 850013331002-2012-00017-01), del 4 de junio de 2013, radicado 850013333001-2013-00052-02, del diecisiete (17) de junio de 2013 radicado: 850013333002-2008-00002-04, del 20 de junio de 2013 radicado: 850013333002-2012-00047-01, del 3 de julio de 2013 radicado 850013331-002-2013-00106-01 y 14 de noviembre de 2013 radicado 850013333002-2013-00189-01 con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. Última reiteración: TAC, auto del 10 de julio de 2014, radicado 850013333001-2014-00071-01 del mismo ponente.



ANTECEDENTES: Se ordenó adelantar incidente de desacato en contra de los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios de la Dorada (Caldas), Cóbbita, y La Picota con el fin de establecer las razones por las cuales, respecto de los dos últimos la devolución de las actas de notificación de los reclusos se hizo tan solo un día antes de la celebración de la audiencia; y contra los tres, para que expliquen las razones por las cuales no fueron trasladados los reclusos a la audiencia de pacto en el evento de haber realizado manifestación de su deseo de comparecer.

REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Procede sanción por desacato con solo la configuración objetiva de la infracción al deber funcional de la autoridad destinataria de las órdenes constitucionales?⁷

REPARACIÓN DIRECTA

Ref.: REPARACIÓN. Fallo C.C.A. FALLA MÉDICO ASISTENCIAL. PRESUNTAS INFECCIONES NOSOCOMIALES. NEONATO CON MENINGITIS VIRAL. CARGAS PROBATORIAS: IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR EL FOCO DE CONTAGIO. DEMORAS PARA INICIAR TRATAMIENTO INDICADO. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. DAÑO NEUROLÓGICO CATASTRÓFICO. REPARACIÓN INTEGRAL (INCLUYE PERJUICIOS MORALES VÍCTIMAS INDIRECTAS). MEDIDAS DE SATISFACCIÓN: REHABILITACIÓN MEDICO ASISTENCIAL. MEDIDAS DE PREVENCIÓN: REQUERIMIENTO AUTORIDAD REGULATORIA.

Nº de Radicación	850013331002-2010-00462-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JUAN CARLOS ORTEGA y otros
Demandado	HOSPITAL DE YOPAL E.S.E
Fecha Providencia: Nueve (09) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad institucional del ente demandado por la incapacidad permanente que padece una menor de edad como consecuencia de presunta falla médica. La menor nació en un parto sin complicaciones y al día siguiente fue dada de alta; siete días después ingresó nuevamente al hospital por presentar fiebre y fue hospitalizada compartiendo cuarto con

⁷ Tesis: no, pues tal como se ha reiterado en la Corporación, la responsabilidad del infractor tiene dos presupuestos inseparables: la configuración objetiva de la infracción al deber funcional; y el reproche subjetivo, que supone que esa omisión lo haya sido por dolo o culpa del servidor, autoridad accionada o particular que debió atenderlo. Ver auto del TAC, auto del 17 de junio de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013331002-2008-00002-04 y auto del 10 de julio de 2014 radicado 850013333001-2014-00071-01 del mismo ponente. En el caso concreto se verificó la configuración del elemento objetivo y subjetivo de la responsabilidad de los infractores, por lo que se resolvió con imposición de multa. NOTA: El Consejo de Estado revocó la sanción porque consideró que bastaba ejecutar la orden de notificar la citación a la audiencia, pues los reclusos pudieron hasta una hora antes de la misma pedir su aplazamiento. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ponente María Elizabeth García González, providencia del 20 de febrero de 2015.



aproximadamente 10 infantes más, quienes padecían distintas enfermedades, entre ellas meningitis viral. Dicho virus le fue diagnosticado posteriormente a la menor generándole una discapacidad superior al 80%.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Cuál es el título de imputación al servicio médico asistencial respecto de los daños causados como consecuencia de una infección de presunto origen intrahospitalario (nosocomial)?

Descriptor	Restrictores
Servicios médico asistenciales	Infección nosocomial Título de imputación Falla asistencial
Infección nosocomial	Título de imputación Riesgo excepcional Responsabilidad objetiva

TESIS: Por regla general, si se demuestra el origen nosocomial del cuadro clínico, se trata de imputación por **riesgo excepcional** conforme al régimen objetivo de responsabilidad, sin que tenga que configurarse falla probada del servicio

ARGUMENTOS:

1. En lo que concierne específicamente a la **responsabilidad médico asistencial por infecciones nosocomiales**, la jurisprudencia nacional reciente⁸ concuerda con el derecho comparado que parte de un **régimen objetivo**, según el cual *al paciente le basta con demostrar que el daño que sufre es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario*.
2. Es así como el Consejo de Estado⁹ ha indicado que *los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos”, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad*.
3. Bajo el riesgo excepcional dicha Corporación ha aceptado cuatro modalidades (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y **riesgo-alea**); sobre esta última, ha indicado que es la apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la Administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, como quiera se tiene en consideración la probabilidad de que *“cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de*

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.733, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹ Ibídem



culpa”¹⁰.

4. No obstante, la jurisprudencia ha hecho extensiva la categoría “**riesgo-alea**” a los casos en los cuales el **daño** es consecuencia de una **infección contraída en un centro asistencial**, evento que puede ser **conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”**. Sin embargo, las infecciones intrahospitalarias *pueden llegar a ser irresistibles, pero no imprevisibles* pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención.

5. Ha de concluirse en el marco abstracto que **SÍ** se puede atribuir responsabilidad a la Administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, ceñido el régimen de responsabilidad a uno de carácter objetivo, **en el cual la demandada para liberarse de la obligación de indemnizar deberá demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio**.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Puede el juez de reparación ubicar los hechos alegados y probados en una técnica de imputación (pérdida de oportunidad) diferente de la que expuso la parte demandante (omisión de medidas asépticas)?

Descriptor	Restrictores
Facultades del juez	iura novit curia Adecuación de imputación fáctica Pérdida de oportunidad
iura novit curia	Adecuación de imputación fáctica Facultades del juez Pérdida de oportunidad

TESIS: Sí, acorde con los artículos 90 de la Carta y 16 de la Ley 446 de 1998 en virtud del principio *iura novit curia* cuando el juez encuentra fallida la teoría de caso de la demanda pero demostrados hechos de los que se derivan la existencia de un *daño antijurídico* y su *imputación* a la Administración, debe hacer la adecuación fáctica que corresponda para adoptar medidas de reparación integral. Con mayor razón cuando median derechos de la infancia, entre ellos el fundamental a la salud.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Luego, en la sentencia de 8 de junio de 2011, exp. 17.990, C.P. (e) Gladys Agudelo Ordóñez, la Sección Tercera señaló que el fundamento de las teorías del riesgo, “se hace consistir en la obligación de indemnizar los daños que se generen con ocasión de la realización de un riesgo que ha sido creado previamente por quien se beneficia del mismo, lo cual supone que el riesgo puede generar daños previsibles y relativamente inevitables aun cuando su producción es contingente” (subrayado original).



ARGUMENTOS:

1. El núcleo esencial de la dogmática de daños atribuidos al Estado deviene directamente del art. 90 de la Constitución; acorde con su mandato, constatada la existencia de un daño antijurídico, esto es, de uno que el afectado no tenga el deber jurídico de soportar, debe el juez establecer a quién corresponda imputarlo y por qué, de manera que pueda dispensar una *sentencia materialmente justa*, sin estar enteramente limitado por las debilidades técnicas de una demanda o de un recurso.
2. También constituye mandato ineludible de la Carta (art. 29) garantizar el *debido proceso* a quien haya sido demandado o pueda resultar vencido en juicio; de ahí que se hayan ideado barreras procesales para contener el *voluntarismo judicial* que al desbordarse pudiera erosionar derechos ajenos en procura de hacer cumplir una subjetiva o caprichosa visión de la *Justicia*. Entre ellas debe tenerse presente el *principio de congruencia*, acorde con el cual la *demanda es un acto de parte* que delimita todo el escenario del juzgamiento pues por regla general el juez no puede idearse un *caso diferente* al que le fue propuesto: decide acerca de los *hechos y las pretensiones* que adujo quien actúa por activa y contrasta las *defensas* de quien se oponga, en el espectro general de lo *probado* en juicio.
3. La razón de ser del proceso de reparación que se deriva del art. 90 de la Constitución es verificar la *existencia del hecho lesivo imputable al Estado que haya dado lugar a daño antijurídico* en perjuicio de quien demanda; ese es el *objeto* general del litigio que ha de orientar las pretensiones específicas: establecer la hipótesis de responsabilidad administrativa y deducir las consecuencias resarcitorias que correspondan.
4. Por *causa* ha de entenderse para dichos efectos la conjunción de la premisa fáctica probada y de la imputación jurídica (identificación del deber omitido o transgresión del ordenamiento, si de *falla* se trata; fundamento normativo en régimen objetivo para los demás casos) en virtud de las cuales la *condena* constituya la respuesta judicial efectiva. Lo primero, los *hechos*, los revelan las partes y eventualmente los descubre el juez en virtud de las pesquisas que surjan de aquellos; pero la técnica de imputación, esto es, la perspectiva jurídica propiamente dicha la tiene que aportar siempre el juez, acogiendo o variando las posiciones de las partes, en virtud del principio *iura novit curia*.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Procede imputar responsabilidad administrativa al centro médico asistencial por pérdida de oportunidad de tratamiento eficaz por demoras en la ejecución de una orden médica de remisión al centro de referencia respecto de un cuadro de meningitis neonatal que no responde adecuadamente a la medicación antibiótica administrada durante varios días?



Descriptor	Restricciones
Pérdida de oportunidad	Referencia y contrarreferencia Demora remisión paciente Daño neurológico
Servicios médico asistenciales	Referencia y contrarreferencia Demora remisión paciente Pérdida de oportunidad

TESIS: Sí. Cuando se tratan enfermedades que afectan directamente al cerebro humano por cuadros infecciosos, la *prontitud del tratamiento adecuado* es crítica para el buen pronóstico del paciente. Por ello, cualquier tardanza en lo relativo a la remisión a centros especializados de referencia, que sea imputable al servicio médico asistencial, compromete su responsabilidad si con ella contribuyó a un desenlace que complica aún más el cuadro clínico o empeora las secuelas.

ARGUMENTOS:

1. Esta Sala ha examinado la perspectiva de *falla del servicio médico asistencial* por demoras en la remisión de pacientes a niveles de mayor complejidad (*referencia*) cuando con ellas se priva al afectado de *oportunidades de tratamiento eficaz* que habrían podido aliviar su cuadro clínico y propiciar curación o mejorar el pronóstico de la enfermedad, atenuar secuelas o cuando menos evitarle sufrimiento innecesario.
2. “(...)entendida la referencia como el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, dé respuesta a las necesidades de salud, existe falla médica asistencial en aquellos eventos en que se acredite que por la demora en la remisión el paciente fue privado del derecho de recibir oportunamente adecuada y eficaz atención integral en salud”¹¹.
3. La *pérdida de oportunidad* tiene la doble connotación anunciada: daño autónomo, pero también técnica de imputación, como una variante de la *falla del servicio* que se pondera en sede de nexo causal, cuando no exista certeza en torno a la relación entre la actividad médico asistencial y el *daño a la salud* – para el caso – o respecto de la probabilidad razonable de haberse logrado el resultado esperado desde la arista positiva – curación sin secuelas --.

¹¹ TAC, sentencia del 28 de agosto de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331702-2012-00065-01. Se trató de un hecho lesivo que por demoras en la remisión por un cuadro de apendicitis dio lugar a reintervención quirúrgica con secuelas. Se declaró responsabilidad por pérdida de oportunidad como daño autónomo (salvamento de voto del magistrado José Antonio Figueroa Burbano, por aspectos relativos a reconocimiento de perjuicios a víctimas indirectas y sucesión procesal). Ver igualmente TAC, sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331002-2012-00096-01, ponente: Néstor Trujillo González. Reiterada en sentencia del 31 de julio de 2014, radicado 850013331002-2012-00003-01, del mismo ponente.



4. El enfoque dogmático propuesto interroga si la demora en la ejecución de una orden de remisión a centro asistencial de mayor nivel de complejidad (servicio de *referencia*) puede comprometer la responsabilidad de la administración sanitaria. Y la respuesta es **SÍ**, cuando se establezca que haber actuado con presteza habría podido mejorar el pronóstico clínico.
5. No se trata de *suponer* simplemente, ni de exigir *certeza de nexa causal* entre daño y demoras. Lo primero no pasaría de conjeturar cuando nada se sabe; lo segundo, daría lugar a la plena atribución del resultado lesivo indeseado (“pérdida de la ganancia” y reparación integral). La *pérdida de oportunidad* se sitúa en un punto intermedio en el que la evidencia y el conocimiento científico disponibles hacen *probable* que pudiera evitarse el desenlace adverso, de haberse actuado con mayor prontitud.

Salvamento de Voto: Magistrado José Antonio Figueroa Burbano:

TESIS: No, pues según las circunstancias del caso concreto, no resultó probada ni la falla del servicio, ni la contaminación con el virus de meningitis en el Hospital de Yopal.

ARGUMENTOS:

1. Las elucubraciones abstractas ni las sospechas son pruebas. En cuanto a la prueba indiciaria, esta presupone un hecho indicador que debe estar probado para deducir de allí por inferencia lógica la conclusión; un solo indicio no es prueba, a menos que sea necesario, es decir, que dado o probado el hecho indicador, necesariamente debe darse la consecuencia o hecho probado. Aquí no se da ninguno de los elementos para hablar de prueba a través de indicio; así las cosas, no está demostrado que el daño sea imputable al Hospital de Yopal y ello es un elemento indispensable para poder derivar responsabilidad en los términos del art. 90 de la Constitución.

PROBLEMA JURÍDICO 4: ¿Cuál es el núcleo esencial del daño resarcible denominado pérdida de oportunidad?

<i>Descriptor</i>	<i>Restrictores</i>
<i>Pérdida de oportunidad</i>	Daño autónomo reparable Configuración del daño

TESIS: A diferencia de lo que ocurre cuando se prueba que el *daño derivado del resultado evitable* es enteramente atribuible al demandado en virtud de nexa causal, lo que se repara en *pérdida de oportunidad* no es la consumación del resultado adverso (“pérdida de la ganancia”), sino la privación de la *razonable probabilidad de evitarlo* (pérdida del “chance” de obtener la ganancia).



ARGUMENTOS:

1. El Consejo de Estado en cuanto a la pérdida de oportunidad como daño autónomo ha manifestado: “(...) lo anterior no es suficiente para imputarle responsabilidad patrimonial a la EDASABA E.S.P. por la muerte del señor Conde Herrera, que es la razón por la cual se demandó, toda vez que no obra en el plenario elemento alguno a través del cual se logre evidenciar, de manera fehaciente y concluyente, el nexo de causalidad entre la conducta irregular y negligente de aquélla y el hecho dañoso, pues no es posible afirmar categóricamente que, de haberse pagado oportunamente los aportes en salud y de haberse autorizado y practicado la cirugía solicitada, el paciente habría preservado su vida, máxime que su patología ya había avanzado durante más de un año; pero, lo que sí resulta evidente para la Sala es que Javier Conde Herrera **perdió la oportunidad de haber sido intervenido y, por lo tanto, de tener probabilidades de recuperación.** (...)”¹²

2. No se condenó a la demandada a responder por *la muerte*, como fue la aspiración de la parte actora, sino por haberlo privado del derecho a que se realizara el *acto médico* que le habría dado *oportunidad* de resolver el cuadro clínico. De la manera que el *hecho lesivo* (omisión imputable al servicio) da lugar a configurar un *daño* constituido directamente por la *privación de la oportunidad*, sea cual fuere el desenlace; lo que permite deducir que si la responsabilidad no se atribuye por la consumación del resultado indeseado, tampoco se excluye inexorablemente por el simple resultado favorable final, si subsiste otro daño antijurídico.

PROBLEMA JURÍDICO 5: ¿Cómo se repara el daño autónomo denominado pérdida de la oportunidad?

Descriptor	Restrictores
Pérdida de oportunidad	Daño autónomo reparable Arbitrio judicial Base indemnizatoria
Pérdida de oportunidad	Daño autónomo reparable Probabilidad de sobrevida Reparación integral

TESIS: No existen parámetros legislados o de mecanismos objetivos que permitan establecer una especie de *matriz de puntos*; obedece a una lógica relativamente discrecional (arbitrio judicial). Uno de esos factores lo ha sido la *probabilidad de sobrevida*, calculada conforme a estudios técnicos (ponderación médico pericial, datos estadísticos o epidemiológicos confiables, entre otros); cuando esa evidencia no está disponible no queda más remedio que acudir a criterios similares a los que ha utilizado

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. SENTENCIA DE MARZO 27 DE 2014. M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA EXP. 68001-23-15-000-2003-01725-01(35420). Extracto en Boletín de Relatoría 146, junio de 2013, pág. 26. **Síntesis del caso:** El señor Javier Conde Herrera falleció el día 1 de agosto de 2001, como consecuencia de edema pulmonar cardiogénico, por no habersele practicado una cirugía de revascularización miocárdica a tiempo, en razón a que la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja – EDSABA E.S.P., incumplió el pago de aportes al sistema de seguridad social respecto a sus empleados.



la jurisprudencia para regular la indemnización por perjuicios morales, esto es, mediante la asignación de montos equivalentes a salarios mínimos legales mensuales¹³.

ARGUMENTOS:

1. *“Toda vez que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o retardo de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido. Así las cosas, el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, pues de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia”¹⁴.*
2. El Tribunal ha recorrido varias opciones para concretar la reparación; pese a que con frecuencia ha sido claro en qué consistió la privación de oportunidad, no ha sido uniforme cómo se materializa la indemnización. Utilizar o no la expresión *perjuicios morales*; acudir analógicamente a los *baremos* o grados relativamente uniformes en salarios mínimos legales para el *daño por el resultado*; reconocer o no reparación a las víctimas indirectas, son aristas todavía complejas o con respuestas disímiles o divididas¹⁵.
3. Puesto que la configuración de la *pérdida de oportunidad como daño autónomo reparable* y como *técnica de imputación* se valora en sede de nexos causal, debe establecerse con los medios de

¹³ TAC, sentencia del 28 de agosto de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331702-2012-00065-01. En igual sentido, sentencias del 22 de mayo y del 31 de julio de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicados 850013331002-2012-00096-01 y 850013331002-2012-00003-01, respectivamente. Sentencias del 8 y del 22 de mayo de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicaciones 850013331002-2010-00002-02 y 850013331002-2011-00541-01, respectivamente. (PRECEDENTES)

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera (C), sentencia 25.869 del 24 de octubre de 2013, ponente Enrique Gil Botero, radicación 68001-23-15-000-1995-11195-01, en la que se recoge e identifica la línea.

¹⁵ Entre los fallos recientes son ilustrativos: i) del **31 de julio de 2014**, unánime, ponente Néstor **Trujillo** González, radicación 850013331002-2012-00003-01. Se imputó pérdida de oportunidad (el daño pleno fue la muerte del paciente) por agravación de cuadro clínico neurológico por caída de camilla; se reconoció indemnización a víctimas indirectas; ii) del **28 de agosto de 2014**, dividida, ponente Néstor **Trujillo** González, radicación 850013331702-2012-00065-01. Paciente reintervenido quirúrgicamente por agravación de secuelas de apendicitomía por demoras en remisión al centro de referencia; se reconoció indemnización a víctimas indirectas. El magistrado José Antonio Figueroa Burbano salvó voto; con cita del fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, enfatizó la diferenciación entre perjuicios morales por el resultado lesivo y pérdida de oportunidad como daño autónomo; iii) del **25 de septiembre de 2014**, unánime, ponente José Antonio **Figueroa** Burbano, radicación 85001-3331-001-2010-00199-01. Muerte de una paciente por desenlace de enfermedad catastrófica; se imputó pérdida de oportunidad por demoras en remisión; se condenó al pago en SMLM por daño inmaterial, pero no por el fallecimiento; iv) del **21 de agosto de 2014**, unánime, ponente José Antonio **Figueroa** Burbano, radicación 850013331001- 2011 – 00036-00. La parte actora imputó muerte por falla del servicio; se condenó por pérdida de oportunidad como daño autónoma inmaterial, al pago de SMLM a varias víctimas indirectas; v) del **22 de mayo del 2014**, dividida, ponente Héctor Alonso **Ángel** Ángel, radicación 850013331-002-2011-00541-01. Se imputó pérdida de oportunidad (demoras en remisión) que culminaron con la muerte del paciente. Se reconoció reparación a varias víctimas indirectas; en la motivación (pág. 21) se dijo que la indemnización por dicha *pérdida* “no es incompatible con los perjuicios morales ocasionados por la tristeza y congoja que tal situación generó en los demandantes”. Salvamento parcial de voto del magistrado José Antonio Figueroa Burbano, por no haberse deducido concurrencia de causas y la pertinente reducción de condena.



prueba recaudados, apreciados con apoyo en las pericias si las hubiere o directamente en la literatura científica comprensible para el juez, la razonable probabilidad de haberse evitado el resultado final adverso, en un rango teórico *mayor que cero (1%) y menor que cien (99%)*. Los dos extremos (0% y 100%), excluyen la imputación por ausencia de nexo causal; o conllevan imputación plena del resultado adverso, respectivamente.

4. La *apreciación judicial prudente y razonada* de la indemnización debe diferenciar dos aspectos, cuya verificación ha de hacerse caso por caso: i) qué magnitud en el curso causal entre hecho lesivo y daño antijurídico aporta la aludida privación de oportunidad, de evitar el resultado final adverso o de *obtener la ganancia esperada* y si existe alguna manera técnica de fijarle un *valor proporcional*, en SMLM, de una manera *similar* a la que se utiliza para los otros daños inmateriales; y ii) la valoración de pruebas indiciaria incluida, *res ipsa loquitur* y las presunciones judiciales en torno a la aflicción o afectación íntima espiritual o emocional, tanto de la víctima directa como de las reflejas o indirectas, de idéntica forma a la que se utiliza en el espectro de los *perjuicios morales*.

PROBLEMA JURÍDICO 6: ¿El núcleo esencial del daño resarcible denominado pérdida de la oportunidad es compatible con el reconocimiento de perjuicios materiales por la consumación de daño a la salud?

Descriptor	Restrictores
Pérdida de oportunidad	Daño a la salud Perjuicios materiales Exclusión de reconocimiento
Perjuicios materiales	Pérdida de oportunidad Daño a la salud Exclusión de reconocimiento

TESIS: No. Si los perjuicios materiales derivan directamente de los resultados adversos (pérdida de la ganancia), no son indemnizables por pérdida de oportunidad, pues la imputación no conecta la actividad del servicio con aquel sino con esta.

ARGUMENTOS:

1. Se tiene presente que el *daño antijurídico* que se imputa a la administración sanitaria en estos casos de defectuoso funcionamiento de los servicios médico asistenciales no es el *resultado final adverso* previsible, resistible y no deseado, por ejemplo una muerte, sino la privación de la oportunidad de obtener la *ganancia* (curación, alivio paliativo) por no haberse prestado la debida atención integral oportunamente. De ahí que, por regla general, no haya lugar a reparación de perjuicios materiales derivados de ese resultado.



PROBLEMA JURÍDICO 6: ¿En los eventos de pérdida de oportunidad, procede reconocer perjuicios morales tanto a las víctimas directas como indirectas?

Descriptor	Restrictores
Pérdida de oportunidad	Perjuicios morales Víctimas indirectas Procedencia y regulación
Perjuicios morales	Pérdida de oportunidad Procedencia y regulación Víctimas indirectas

TESIS: Sí. Lo que se repara es un *daño inmaterial* (sufrimiento, congoja, aflicción, perturbación espiritual o del plano emocional) que se desprenda de la *privación de la oportunidad*, no del resultado adverso. Si se le prefiera o no llamar *perjuicio moral*, o simplemente *daño por pérdida de oportunidad*, resulta irrelevante: la distinción no radica en el *nombre*, sino en la concepción del daño y, por consiguiente, en la forma de asignar reparaciones tanto a la **víctima directa como a las reflejas o indirectas**.

ARGUMENTOS:

1. La revisión más rigurosa de la nueva línea en construcción indica que desde entonces se diferencian nítidamente el *daño autónomo* porque se quitó a la víctima una *probabilidad* que oscila entre el 1% y el 99% de evitar el daño final, lo que por sí mismo tiene que repararse como se explica en otros apartes de esta sentencia; pero lo que no es acertado es concluir que de la misma manera que la senda del superior funcional ha encontrado incompatible esa reparación con la de *perjuicios materiales derivados del resultado lesivo final*, **también haya establecido que excluye los perjuicios morales** por la afectación del plano espiritual, emocional o íntimo de la persona humana.
2. Basta acudir a dos decisiones recientes del Consejo de Estado para constatar que lo **incompatible no es la inferencia de perjuicios morales cuando media pérdida de oportunidad**, como en algunas ocasiones se ha discutido en los precedentes del Tribunal, **sino derivar tales perjuicios morales del resultado lesivo evitable** que surge como consecuencia de la pérdida de oportunidad; el daño autónomo denominado *pérdida de oportunidad genera un daño inmaterial* que centrado en el plano íntimo humano (espiritual o emocional) se reconoce en la doctrina y en la jurisprudencia como **perjuicios morales**, cuya reparación sigue siendo en montos equivalentes a salarios mínimos legales mensuales.



Salvamento de Voto: Magistrado. José Antonio Figueroa Burbano:

TESIS: No hay lugar a acumular *pérdida de oportunidad* con otros perjuicios. No se indemniza la acción u omisión de los entes estatales y dicha pérdida corresponde a una suma inferior a la que normalmente se reconocería en el mismo caso de haberse encontrado probada la falla del servicio u otra forma de imputación del daño.

ARGUMENTOS:

1. De acuerdo con los precedentes verticales vigentes (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437), la pérdida de oportunidad es una forma autónoma de resarcir el daño, no una manera concurrente o adicional de reparar daños. No resulta ajustado a los lineamientos jurisprudenciales otorgar indemnización por perjuicios morales de forma concurrente con perjuicios por pérdida de oportunidad.
2. Según lo expuesto por el Consejo de Estado, *“tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser reestablecido (...)”*¹⁶

PROBLEMA JURÍDICO 7: ¿Puede el juez administrativo en eventos de *pérdida de oportunidad*, decretar las medidas de satisfacción que sean necesarias para restablecer el núcleo esencial de un derecho fundamental o la dimensión objetiva de ese derecho que ha sido afectado por una entidad estatal?

Descriptor	Restrictores
<i>Pérdida de oportunidad</i>	Daño a la salud Derecho fundamental Medidas de satisfacción
<i>Medidas de satisfacción</i>	Derecho fundamental Pérdida de oportunidad Daño a la salud

TESIS: Sí. Se pueden adoptar medidas de rehabilitación y satisfacción orientadas a que se alivie hasta donde sea posible la situación de la víctima, visto el compromiso de un derecho fundamental, por cuya preservación integral puede velar el juez contencioso administrativo aún de oficio (art. 103 de la Ley 1437

¹⁶ Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.



– se invoca como referente – y sentencia C-197 de 1999, que aligera el rigor del principio de justicia rogada).

ARGUMENTOS:

1. Esta opción interpretativa tiene sólido arraigo en las líneas recientes del superior funcional, puesto el juez nacional en la perspectiva de *garante de derechos fundamentales* de idéntica manera a la que se espera del juez convencional; así lo ha dicho: “*la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, como también con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, rehabilitación, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo esencial de un derecho fundamental (ámbito subjetivo) o la dimensión objetiva de ese derecho que ha sido afectado por una entidad estatal*”¹⁷.

Ref.: REPARACIÓN. Fallo CPACA. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA: FALLA PROBADA DEL SERVICIO. IMPROCEDENCIA POR PARTICULARIDADES PROBATORIAS. COMPLICACIONES DE CIRUGÍA BARIÁTRICA: RIESGO INHERENTE QUE DEBE SER ASUMIDO POR EL PACIENTE.

Nº de Radicación	850013331002-2012-00127-02
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	BÉYER ALDEMAR DUEÑAS MONTAÑEZ y otros
Demandado	HOSPITAL DE YOPAL E.S.E.
Fecha Providencia: Dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad institucional del ente demandado por presuntas deficiencias en la prestación del servicio médico posterior a la intervención por cirugía bariátrica (bypass gástrico).

Al señor X el 4 de septiembre de 2010 le fue hecha cirugía de bypass gástrico por el personal médico del Hospital de Yopal E.S.E. Se relata en la demanda que días después presentó complicaciones en su salud,

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera (C), sentencia del 25 de abril de 2012, ponente ENRIQUE GIL BOTERO, radicación 0500123250001994227901. Reiteración con estructuras similares pueden verse en fallos de reparación del 28 de febrero de 2013, Subsección B, ponente STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, radicación 25000-23-26-000-1990-06951-01(26303) y del 30 de octubre de 2013, ponente RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, radicación 08001-23-31-000-1991-06344-01(22076). En todas se adoptan medidas de justicia restaurativa (rehabilitación, satisfacción, prevención de no repetición), además de las condenas pecuniarias. Similares disposiciones (asistencia médica integral hasta curación, aprendizaje o muerte) respecto de persona con grave enfermedad mental fueron ordenadas en fallo de tutela, Sección Quinta, del 10 de abril de 2014, ponente ALBERTO YEPES BARREIRO, radicación 52001-23-33-000-2013-00377-01(AC).



al parecer por dehiscencia parcial de la anastomosis¹⁸ y fue remitido por cirugía general a tercer nivel de complejidad. El 11 de septiembre de 2010 en la clínica Rosario recibió tratamiento con antibiótico y posteriormente fue trasladado a la UCI por urgencia dialítica, dado el riesgo inminente de falla ventilatoria.

Se indica que actualmente tiene insuficiencia renal, quedó hipertenso de por vida y la Junta de Calificación de Invalidez del departamento del Meta le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 19.35%.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Son imputables al servicio médico asistencial las complicaciones de una cirugía bariátrica (bypass gástrico) por infecciones derivadas de trasvase de líquidos abdominales no causadas por fallas del acto quirúrgico?

Descriptor	Restrictores
Servicios médico asistenciales	Procedimientos quirúrgicos Complicaciones cirugía bariátrica Título de imputación
Procedimientos quirúrgicos	Complicaciones cirugía bariátrica Riesgos inherentes

TESIS: No. Las instituciones hospitalarias por regla general responden conforme al régimen de falla probada del servicio únicamente por aquellas complicaciones que sean posteriores a la realización de un procedimiento quirúrgico siempre y cuando se acredite que obedecieron a deficiencia en la atención operatoria y postoperatoria. Los efectos adversos propios de la intervención que se le hace al paciente constituyen riesgos que este debe asumir y por los cuales no se imputa responsabilidad asistencial.

ARGUMENTOS:

1. La jurisprudencia del Consejo de Estado desde hace varios años abandonó la teoría de la falla presunta para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre esta y aquel¹⁹; no obstante, por excepción en materia de infecciones nosocomiales se predica un régimen de responsabilidad objetiva²⁰.

¹⁸ Es una conexión quirúrgica entre dos estructuras. Generalmente quiere decir una conexión creada entre estructuras tubulares, como los vasos sanguíneos o las asas del intestino. Los ejemplos de anastomosis quirúrgicas son: i) la fistula arteriovenosa (una abertura creada entre una arteria y una vena) para diálisis, y ii) la colostomía (una abertura que se crea entre el intestino y el abdomen).

Fuente: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002231.htm>, consulta hecha el 10 de junio de 2014, hora: 7:45 a.m.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, Exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 30 de julio de 2008, Exp. 15.726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, entre otras. Reiteración sentencia del 3 de mayo de 2013. Radicación: 25000-23-26-000-2001-00572-01(26352), ponente: Danilo Rojas Betancourth.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, radicado 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283), ponente Danilo Rojas Betancourth.



2. Pese a que días después del bypass gástrico el paciente desarrolló un cuadro de infección, no se aplica la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud toda vez que en esa línea de precedentes se identificaron varias de las causas probables que dan lugar a una infección de dicha especie, entre otras, fallas derivadas de la inobservancia de las recomendaciones establecidas por la autoridad sanitaria para la prevención de las mismas, la vigilancia de los riesgos epidemiológicos y el manejo de los residuos patogénicos²¹; por el contrario, en el caso concreto se encontró que la infección la desarrolló el organismo del paciente por contacto del peritoneo con sus propias sustancias y aquel ocurrió por motivos no imputables al centro asistencial.
3. Teniendo en cuenta que las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho son de medio y no de resultado, que al demandante no le es suficiente con demostrar que su estado de salud no mejoró o que empeoró luego de la intervención del profesional de la salud, puesto que es posible que, pese a todos los esfuerzos médicos, el paciente no reaccione favorablemente al tratamiento de su enfermedad, por tal motivo la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada que en los casos en los que se discute la responsabilidad de la Administración por daños derivados del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, *incluidas las intervenciones quirúrgicas*, la parte actora tiene la carga de demostrar la falla del servicio atribuible a la entidad.
4. Serán las particularidades de cada caso dadas en torno a la actividad probatoria de las partes las que permitan inferir si hay lugar a imputar responsabilidad estatal por los daños provenientes de una intervención quirúrgica electiva de tanta complejidad, con riesgos inherentes, como lo es la cirugía bariátrica.

Ref.: REPARACIÓN. Fallo C.C.A. OCUPACIÓN DE ESPACIO PÚBLICO. ALTERNATIVAS DE REUBICACIÓN DEL ACTOR. EJERCICIO DE ACTIVIDAD LÍCITA EN ESPACIOS PÚBLICOS. INEXISTENCIA DE HECHO LESIVO.

Nº de Radicación	850013331001-2012-00097-02
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JOSÉ EULISES SANABRIA y otros
Demandado	IDURY y otros
Fecha Providencia: Dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad institucional de las entidades demandadas por no haber permitido a un ciudadano realizar su actividad productiva como lustrabotas en el parque principal de

²¹ Son aquellos materiales de descarte producidos en unidades sanitarias.



Yopal. La Administración señaló que se ha limitado a cumplir el deber legal relativo a la recuperación y preservación de espacio público urbano.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es factible someter al conocimiento de esta jurisdicción pretensiones relativas a reparar presunto daño antijurídico por la ejecución material de disposiciones de policía administrativa orientadas a impedir el ejercicio de labores productivas en el espacio público urbano?

Descriptor	Restricciones
Aspectos procesales	Ejecución orden administrativa Acción procedente Restitución espacio público

TESIS: Sí. Cuando el demandante censura la forma en que la autoridad haya ejecutado materialmente decisiones de restitución o preservación de público, sin controvertir la legalidad de esas disposiciones, se estructura un típico contencioso de reparación centrado en verificar la *existencia de daño antijurídico* y su *imputación*.

ARGUMENTOS:

1. La teoría de caso de la parte actora presupone *persecución* de la Administración en su contra, abuso de la autoridad e indebida perturbación de su derecho a trabajar en el parque principal de Yopal, en similares condiciones a las que disfrutaban otros lustrabotas, regentadas tales instalaciones asignadas por la aludida ASOLUCAS. (...) La demanda reseñó que el IDURY le *decomisó* al actor los elementos de trabajo como lustrabotas y que durante un año le impidió retornar a sus labores. De ello dice derivar múltiples perjuicios materiales e inmateriales, incluida la perturbación de su salud por agravación de enfermedad preexistente.
2. Así precisado el litigio, se trata de una pretensión resarcitoria por *hechos u omisiones de la Administración*, de las que pueden instaurarse por el medio de control de *reparación* en los términos del art. 140 de la Ley 1437, de manera que en ese limitado escenario es viable la sentencia de fondo que dirima el conflicto.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Se configura derecho subjetivo a la ocupación de bienes de uso público por el ejercicio prolongado de actividad productiva en un parque urbano, cuya cesación *per se* dé lugar a daño antijurídico?

Descriptor	Restricciones
Bienes de uso público	Ocupación prolongada Derechos subjetivos Inexistencia



Daño antijurídico	Bienes de uso público Ocupación prolongada Confianza legítima
--------------------------	---

TESIS: No, los bienes de uso público están destinados al servicio de *todos* los habitantes del territorio; no son susceptibles de apropiación por vía alguna y acorde con el mandato del art. 82 de la Carta, en caso de tensión entre interés particular y el del *común*, el primero deberá ceder.

ARGUMENTOS:

1. La Sala conoce los estándares de la jurisprudencia constitucional, derivados del art. 82 de la Carta, conforme a los cuales ciertas situaciones de ocupación transitoria de bienes de uso público *toleradas* o auspiciadas por la Administración generan protecciones relativas (*confianza legítima*) acorde con las cuales no pueden hacerse cesar intempestivamente sin ofrecer alternativas o soluciones que concilien el interés público con las necesidades de población que requiera acciones afirmativas de Estado²².
2. Tales lineamientos jurisprudenciales armonizan la tensión entre la destinación común de los bienes de uso público y su absoluta extracción del tráfico negocial y el derecho a trabajar y devengar el sustento legítimo por quienes por la fuerza de la necesidad, la costumbre y a veces las prácticas administrativas irregulares, terminan *apropiándolo* para el uso y provecho privado; pero jamás han convertido esas situaciones enteramente transitorias en un *derecho subjetivo* que pudiera consolidarse por el paso del tiempo, la inactividad o la intervención tardía o insuficiente de la Administración. Nadie es *dueño* del área que haya utilizado, no importa por cuánto tiempo, de un segmento de parques de uso público de las ciudades del país.
3. Cualquiera que haya sido la razón subyacente por la que las autoridades responsables de la restitución o preservación de bienes de dicha especie hayan hecho cesar la ocupación, no hay lugar a estructurar *per se*, por la interrupción misma, un *daño antijurídico*, pues no media un *derecho jurídicamente protegido* a continuar en tal situación.
4. Esta prédica no ignora que podrían darse fundadas discusiones en sede constitucional; o las relativas a desviación de poder o control de legalidad por otras razones e intervenciones de los órganos de control disciplinario, cuando se trate de ponderar los *procesos decisorios* que terminan con *actos administrativos*; o la omisión de quienes debieron actuar. Pero ya se advirtió que no es esa la *causa petendi* ni tampoco el núcleo del asunto litigioso que ahora ocupa a la corporación.

²² Corte Constitucional, sentencias T-437/12; T-578A de 2011; SU-360 de 1999, fundamento jurídico 5; T-1179 de 2008, T-225 de 1992, entre otras.



PPROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Se configura hecho lesivo que pueda dar lugar a daño antijurídico cuando la Administración dispone la reubicación del ocupante de un bien de uso público en otro lugar de la ciudad para que continúe el ejercicio de actividad productiva lícita, según la percepción que ella tenga de la conveniencia institucional de planeación de dichos usos?

Descriptor	Restrictores
Daño antijurídico	Bienes de uso público Reubicación del ocupante
Bienes de uso público	Reubicación del ocupante Daño antijurídico Inexistencia

TESIS: No. Puesto que no existe derecho subjetivo en virtud del paso del tiempo, ni por motivo diferente alguno, a *adueñarse nadie* de los bienes de uso público, la Administración responsable de la preservación de tales bienes del común puede adoptar medidas de regulación para que ciertas actividades legítimas se distribuyan entre las diversas áreas de la ciudad, de manera que se armonicen los principios de confianza legítima y de prevalencia del interés general.

ARGUMENTOS:

1. La consecuencia necesaria de la inexistencia de derechos subjetivos lo será que el ejercicio de los poderes y el cumplimiento de los deberes de la autoridad municipal que deba velar por los bienes de uso público no entraña por sí solo *hecho lesivo* que pueda estructurar daño antijurídico; las limitaciones, restricciones o prohibiciones que se dispongan acorde con las políticas públicas de racionalización del uso productivo por particulares de algunos espacios de uso común son *cargas* que todos los habitantes del territorio están en la obligación de soportar.
2. Salvo excepcionales circunstancias, que deberán probarse en cada caso, de rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, no es factible vislumbrar *daño antijurídico* cuando el ocupante de un parque urbano de uso público tiene que cesar su actividad productiva en un punto fijo del mismo, para desplazarse a otros sitios del equipamiento de la ciudad donde la autoridad competente considere que es *tolerable* su permanencia acorde con los criterios de planeación que haya fijado por vía general.

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. DESCRIPTOR: PRIVACIÓN DE LIBERTAD. RESTRICTORES: (1) TÍTULO DE IMPUTACIÓN. (2) RÉGIMEN OBJETIVO POR DAÑO ESPECIAL. (3) ABSOLUCIÓN POR DUDA PROBATORIA -IN DUBIO PRO REO-. APLICACIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO. PRINCIPIO DE LIBERTAD.



Nº de Radicación	850012333002-2013-00157-00
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JOSÉ MANUEL FONSECA CHINOME y otros
Demandado	NACIÓN: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y POLICÍA NACIONAL
Fecha Providencia: Veintitres (23) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad patrimonial del Estado por el presunto error judicial en que pudieron haber incurrido la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional por la privación de la libertad de que fue objeto el señor X a quien se imputó cargos y acusó por el delito de concierto para delinquir y hurto simple de combustibles (ACPM) en Casanare, para ser posteriormente declarada por el juez de conocimiento la prescripción de la acción penal.

REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Cuál es el título de imputación fáctica que debe aplicarse cuando respecto de un ciudadano vinculado a investigación penal y sometido a medidas cautelares privativas de la libertad finalmente se declara prescrita la acción penal por la jurisdicción natural?²³

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Cómo se tasan los perjuicios morales ocasionados a las víctimas directas e indirectas en aquellos eventos en los que se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad?²⁴

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. COLAPSO PLANTA TRATAMIENTO ACUEDUCTO YOPAL. ASUNTO: RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. PRESUNTOS DEFECTOS CONSTRUCTIVOS PLANTA DE TRATAMIENTO. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO DE LA PLANTA: ¿INCREMENTO DEL RIESGO O CONTENCIÓN DEL DESLIZAMIENTO DE LA LADERA BUENAVISTA? REMOCIÓN Y CANALIZACIÓN DEL ALUVIÓN: INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES DE LA DEMANDADA. HECHOS DE LA NATURALEZA: EL DEMANDADO NO RESPONDE POR LO IMPREVISIBLE E

²³ Se retoman los elementos centrales de la dogmática que abrió nueva línea en la Corporación respecto del título de imputación (TAC, sentencia del 28 de agosto de 2014, radicado 850012331002-2012-00167-00, ponente Néstor Trujillo González); aunque en esa oportunidad se trató de un imputado y acusado **absuelto**, el examen detallado de los precedentes del superior funcional indica que **la misma solución aplica para los eventos de prescripción sin dilucidar los cargos penales**. En aquella ocasión se dijo: “De conformidad con la sentencia de unificación 23354 del 17 de octubre de 2013 se tiene que contrario al margen de apreciación de las particularidades de cada caso que en el pasado pregonaba este Tribunal, también cuando media absolución por indubio pro reo, hay lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación **daño especial**”. Ver boletín n.º 8 parte 1 de 2014.

²⁴ Tac, **sentencia del 28 de agosto de 2014**, radicado 850012331002-2012-00167-00, ponente Néstor Trujillo González; se trazó una regla de proporcionalidad más flexible que la ahora impuesta por vía de unificación.

Posteriormente el Consejo de Estado unifica su criterio respecto al reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E). **El Tribunal, por su parte, adoptó en el fallo objeto de análisis la nueva metodología de baremos o tablas fijas por rangos.**



IRRESISTIBLE. ESPECIFICIDAD Y PRUEBA DEL DAÑO: CARGA DEL DEMANDANTE. Sentencia desestimatoria; reiteración de línea.

Nº de Radicación	850012333002-2013-00003-00 (líder) y acumulados
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes	BAUTISTA GÓMEZ PARRA (La Vega – 2013-00003-00), JORGE ENRIQUE RINCÓN MORALES (Nápoles – 2013-00004-00) y REINA HERMENCIA RIAÑO y LIDA ESPERANZA GARCÍA RIAÑO (Sabanales – 2013-00006-00)
Demandado	EAAAY E.I.C.E E.S.P.
Fecha Providencia: Treinta (30) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se discute la responsabilidad de la EAAAY por presuntos daños causados a tres predios privados, como consecuencia del colapso de la planta de tratamiento de agua de Yopal. El día 29 de mayo de 2011 colapsó la planta de tratamiento del acueducto del municipio de Yopal, con hundimiento y quiebre de los tanques construidos mediante el contrato 113 de septiembre de 27 de 2007 (tercera fase), que la EAAAY había contratado con la Unión Temporal Buenavista 3 y con la interventoría de Ingenieros Asociados. Esta tragedia afectó físicamente dos predios ubicados al costado contrario de la vía Marginal del Llano que conduce al sector *La Chaparrera*.

Reiteración:

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Para deducir eventual responsabilidad extracontractual a una entidad estatal es necesario encontrar configurado el daño antijurídico que se aduzca, como condición previa para examinar la conducta de las partes?²⁵

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Es imputable a la Administración el presunto daño derivado de hechos de la naturaleza, cuando se le atribuye haber omitido deberes de prevención o de mitigación de sus efectos adversos?

Descriptor	Restrictores
Responsabilidad extracontractual	Omisión deberes de prevención Hecho de la naturaleza Imprevisibilidad
Hecho de la naturaleza	Omisión deberes de prevención

²⁵ Tesis: Sí. A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 todas las formas de responsabilidad estatal tienen como fuente normativa común el *daño antijurídico* (art. 90), presupuesto sin el cual carece de objeto la verificación de la imputación fáctica, en su doble ingrediente: hecho a probar y deber jurídicamente exigible que se afirma quebrantado. TAC, sentencia del 15 de mayo de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2011-00100-00 (caso pérdida de cultivos YUCASAN).



	Imprevisibilidad Inexistencia de obligación
--	--

TESIS: Sí, pero solo cuando se establezca que los hechos lesivos eran previsibles y resistibles y se convoque por pasiva a la autoridad que tenía el deber de prevención que se afirma omitido.

ARGUMENTOS:

1. La jurisprudencia está desarrollando un título de imputación de responsabilidad por omisión de prevención²⁶ que se inserta en términos generales en la ya decantada técnica de la falla del servicio. La estructura dogmática de esta variante presupone la identificación del deber funcional omitido por el demandado, la demostración de haberse podido conocer el riesgo y la probabilidad razonable de conjurarlo o cuando menos de atenuar la extensión de sus efectos. Esa temática daría lugar a interesante discusión jurídica, de la que ahora se prescinde por las particularidades del caso que no le dieron cabida.
2. La teoría de quien demanda se centró en dos grandes bloques de argumentación. El primero, para indicar que la defectuosa construcción de la PTAP de Yopal en las estribaciones de la ladera del cerro Buenavista *provocó el desplazamiento en masa* de materiales de coluvión por desestabilizar el terreno. Y el segundo, que por no haberse removido los escombros que arrastraron las escorrentías de las primeras grandes lluvias de mayo de 2011 en esa área y que se acumularon en la vía que conduce a la vereda Buenavista, en inmediaciones de la PTAP, causó al colapso de la planta y el estallido de sus tanques de almacenamiento de agua cuyo descole dio lugar al deterioro de cuando menos uno de los tres predios por los que se instauraron estos procesos.
3. La primera arista se inserta en un contencioso típico de reparación por daño atribuido a trabajos públicos, cuya manifestación aflora varios años después de terminados, en virtud de la concurrencia de hechos de la naturaleza. Su ponderación requerirá establecer no solo que la PTAP fue ampliada por actividad de la demandada (EAAAY), aspecto que no está actualmente en discusión fijada como lo fue esa premisa fáctica en la audiencia inicial; sino adicionalmente determinar que fueron *la construcción de esa obra, los hipotéticos defectos constructivos o la falta de acatamiento de recomendaciones técnicas para estabilizar los suelos*, los que determinaron la remoción en masa que ocurrió en la ladera de Buenavista.
4. Para lo segundo, esto es, la responsabilidad por prevención, están ausentes dos presupuestos ineludibles sin los cuales nada podrá avanzarse en la decisión judicial. De un lado, la identificación

²⁶ TAC, sentencia del 3 de abril de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2011-00033-00 (acumulado con el 850013331001-2008-00092-00). Se abordaron algunas de sus aristas en fallo popular.



del deber jurídicamente exigible presuntamente omitido: la parte actora no ha señalado cuáles sean las razones por las que pudiera exigirse a la demandada (EAAAY), empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, realizar labores de mantenimiento de vías públicas rurales de Yopal. Ni la Sala encuentra cómo asignarle oficiosamente esa función, ajena a la misión propia de aquella.

- Lo que el sistema de fuentes podría ofrecer es una perspectiva diferente: la municipalidad habría podido ser convocada a confrontar los cargos que se hacen, de haberse conocido con antelación suficiente las primeras manifestaciones de la remoción en masa de la ladera Buenavista, en la primera semana de mayo de 2011, con tiempo para aplicar medidas de limpieza o mantenimiento de vías públicas presuntamente eficaces para conducir las aguas, lodos y otros materiales de coluvión que luego puso en movimiento la altísima pluviosidad de final de mes, hacia los descoles naturales por las cañadas adyacentes a la PTAP. Pero Yopal no fue demandado, de manera que resulta ocioso explorar la consistencia de la tesis pues de llegarse a conclusión positiva, nada podría disponerse contra el ente territorial.

REF.: AUTOS. RD. AUDIENCIA INICIAL. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. DISCUSIÓN PREMATURA DE PRESUPUESTOS FÁCTICOS. PRUEBAS PARA DECIDIR EXCEPCIONES. VINCULACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA A LA ACTIVIDAD (OBRA PÚBLICA) EN LA QUE SE PRODUCE EL HECHO LESIVO. SE CONFIRMA AUTO DESESTIMATORIO.

Nº de Radicación	850013333002-2013-00113-03
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	ANA LUCÍA PULIDO GUZMÁN y otros
Demandado	FONADE y otros
Fecha Providencia: Seis (06) de octubre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se trata de la apelación propuesta por el apoderado del llamado en garantía INGERDICON S.A.S., contra el auto proferido dentro de la audiencia inicial, en virtud del cual se declaró no probada su excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Quienes acuden ante la jurisdicción pretenden que se declare la responsabilidad de las entidades demandadas por el fallecimiento de un obrero quien estaba manipulando equipo de obras (malacate) que se utilizaba en la construcción de una sede educativa en el municipio de Yopal. Se discute su experiencia y la pertinente capacitación del trabajador y se afirma que el peso de los materiales ocasionó que los soportes cedieran haciendo caer al vacío al occiso.



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Para excluir del proceso de reparación al llamado en garantía que intervino en obra pública en que ocurre un accidente con víctima humana, basta la eventual verificación de la terminación de la vigencia de contratos entre el llamado y quien lo convoca; o entre la víctima y el subcontratista del llamado, quien a su vez lo había contratado para intervenir en los trabajos?

Descriptor	Restrictores
Legitimación en la causa por pasiva	Llamamiento en garantía Obras públicas Accidente de trabajo
Aspectos procesales	Llamamiento en garantía Obras públicas Accidente de trabajo

TESIS: No. Basta saber que ocurrió un hecho lesivo durante la ejecución de obras públicas; que la víctima era al parecer trabajador en ellas; que la llamada en garantía recurrente participaba en esos trabajos y que tuvo un vínculo contractual con un ciudadano quien mantuvo a su cuidado, como trabajador, a la aludida víctima. De ello surgen suficientes presupuestos fácticos para identificar adecuada *legitimación formal o adjetiva por pasiva*, así como *la probabilidad* de resultar igualmente legitimado materialmente.

ARGUMENTOS:

1. Hay *plurales versiones* acerca de cuál era la vinculación de la víctima con los contratistas o subcontratistas de trabajos en el sitio de los hechos en que pereció; una de ellas atribuye ser *trabajador de INGERDICON*, otra incluidos documentos, de RODRÍGUEZ; una más, de un tercero (Ramírez). Tales *hechos* deben verificarse, efectos para los cuales serán útiles las evidencias que se incorporaron al proceso de reparación y las que están por arribar.
2. Existen suficientes presupuestos fácticos para identificar adecuada *legitimación formal o adjetiva por pasiva*, así como *la probabilidad* de resultar igualmente legitimado materialmente; valga decir, se *vislumbra vocación de resultar responsable*, pues la única causa jurídica de eventual imputación de responsabilidad no es la subsistencia de contrato de trabajo. Desde luego, esta percepción temprana no prejuzga nada. La sentencia dirá lo que deba disponerse, concluido el debate probatorio y argumentativo.

Preparó: Eliana Andrea Combariza Camargo, auxiliar judicial

Revisó y validó: Néstor Trujillo González, magistrado (trujicon@gmail.com)