

ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACTO DE REVERSIÓN / CLASES DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL / CONFIGURACIÓN DEL DOLO / CULPA GRAVE / PAGO DE LA CONDENA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO A TERCEROS / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / APRECIACIÓN DEL HECHO / CONDENA CONTRA EL ESTADO / INSTITUTO NACIONAL DE SALUD / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LABORATORIO CLÍNICO / MUESTRA DE SANGRE / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / PACIENTE CON VIH / DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA / CONDENA CONTRA EL ESTADO / INEXISTENCIA DE CONEXIDAD / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / PROVIDENCIA DE CONDENA / RESPONSABILIDAD DE PARTE DEMANDADA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

[L]a acción reversiva está diseñada para realizar un juicio de responsabilidad de quien hubiere incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa por la que el Estado debió asumir el pago de una condena, en tanto que, con dicha conducta se hubiera causado un daño antijurídico a un tercero. Desde esta perspectiva, la conducta de los demandados, de ninguna manera, guarda relación con el daño antijurídico irrogado al [afectado] por su diagnóstico errado, y que fue el hecho que, en últimas, llevó a que el INS resultara condenada. [E]s clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de los [demandados], ya que [...] no participaron en el análisis de las muestras de sangre del [examinado], ni emitieron el diagnóstico errado de VIH positivo que dio origen al proceso de reparación directa del que se derivó la pluricitada condena. [D]ado que el INS no logró acreditar la conexidad que la legitimación en la causa exige entre la condena que se le impuso dentro del referido proceso y el actuar de los hoy demandados, se impone denegar las pretensiones de la demanda.

INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / PLURALIDAD DE DEMANDADOS / EFECTOS DE LA SENTENCIA CONDENATORIA / ACREDITACIÓN DEL DAÑO MORAL / OBJETO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA / FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA / DICTAMEN MÉDICO / PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RESPONSABILIDAD POR FALLA EN EL SERVICIO

[P]ara la Sala resulta suficientemente acreditado que no existe relación directa y, menos, nexo alguno, entre la conducta supuestamente omisiva de los funcionarios y contratista demandados y la causa de la condena por el daño moral ocasionado al demandante en el proceso de reparación directa. De hecho, de la transcripción que se hizo previamente de apartados de las decisiones de primera y segunda instancia en dicho proceso, se puede concluir que fueron los resultados dictaminados por las dos entidades comprometidas –entre ellas, el INS-, los que dieron origen a un error en el diagnóstico del cual la jurisdicción contencioso administrativa concluyó la falla del servicio y determinó su responsabilidad.

ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / BIEN JURÍDICO TUTELADO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS / FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / FUNDAMENTOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / ANTIJURICIDAD DEL DAÑO / NORMA CONSTITUCIONAL / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN /

DEMOSTRACIÓN DEL DOLO / PRUEBA DE LA CULPA GRAVE / FUNCIONES DEL ESTADO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA JUDICIAL / EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

[E]s la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas, la que se ubica en el centro de la falla del servicio que se reclama en el proceso de reparación directa -aun así en éste solo se exija la acreditación de un daño que el titular del derecho o interés jurídico protegido no tenga el deber jurídico de soportar-, la que a la vez constituye el objeto de análisis en el proceso de acción de repetición o de llamamiento en garantía; de ahí que la antijuridicidad estipulada en el inciso segundo del artículo 90 constitucional es subjetiva. [B]ajo la acción de repetición sólo podrá perseguirse a quien, con su actuar doloso o gravemente culposo, propició que el servicio, la función o el cometido a cargo del Estado, causara un daño antijurídico que debió ser indemnizado, reparado o compensando, por la vía de una condena judicial, siendo ésta la fuente de la declaración cuyo pago pretende repetirse.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 INCISO 2

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ / PRESUPUESTOS PROCESALES DEL DAÑO / DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA / CONCEPTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO / REVOCATORIA DE FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / ANÁLISIS DE PROVIDENCIA / ACTO DE REVERSIÓN / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / PASIVIDAD DEL DEFENSOR / OBLIGACIONES DEL APODERADO / OMISIÓN EN EL AGOTAMIENTO DEL MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL

[S]i bien el tema de la legitimación en la causa por pasiva no se propuso en el recurso de apelación, al momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, entre ellos el anotado, asunto que además fue discutido en la decisión de primera instancia y en relación con el cual, el Ministerio Público en su concepto solicitó que se revocara el fallo del a quo y en su lugar se declarara probada esa circunstancia. Como consecuencia de lo anterior, previo a verificar si se reúnen los requisitos de la acción de repetición, particularmente el elemento subjetivo, le corresponde a esta Sala identificar si la acción reversiva era procedente respecto de quienes tenían obligaciones relacionadas con la defensa judicial del Instituto.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia del juez de segunda instancia, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 6 de abril de 2018, rad. 46005, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / PARTES DEL PROCESO / DEMANDANTE / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / PARTE DEMANDADA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DIFERENCIA ENTRE LEGITIMACIÓN DE HECHO Y LEGITIMACIÓN MATERIAL / CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO / PRETENSIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL / RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL / CLASES DE CONDUCTA ANTIJURÍDICA / NOTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA / LEGITIMACIÓN DE HECHO / LEGITIMACIÓN POR PASIVA / NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA / LEGITIMACIÓN MATERIAL / COMISIÓN DEL HECHO /

FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA / DESIGNACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA / REPRESENTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

[L]a legitimación en la causa: "(...) alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva". Así, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la diferencia entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 17 de junio de 2004, rad. 14452, C. P. María Elena Giraldo Gómez; y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, rad. 19933, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NORMATIVA APLICABLE DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONCEPTO DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ACTO DE REVERSIÓN / EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL / NEGOCIO JURÍDICO PATRIMONIAL / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO / DAÑO OCASIONADO POR OMISIÓN / FALLA EN EL SERVICIO POR OMISIÓN / CONFIGURACIÓN DEL DOLO / DEMOSTRACIÓN DE LA CULPA GRAVE / CONDENA CONTRA EL ESTADO / PAGO DE LA CONDENA / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO A TERCEROS

[L]a Sala estima necesario realizar unas precisiones conceptuales atinentes a la acción de repetición, con el fin de identificar, en los términos del artículo 90 constitucional y de la Ley 678 de 2001, quiénes están legitimados en la causa por pasiva, en la pretensión reversiva. [L]a de repetición, es una acción civil de carácter patrimonial, a través de la cual se promueve un juicio de responsabilidad frente a quien, por sus acciones u omisiones, incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa por la que el Estado debió asumir el pago de una condena, en tanto que, con dicha conducta se causó un daño antijurídico a un tercero.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / LEY 678 DE 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00022-01(52186)

Actor: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Demandado: ANTONIO IGLESIAS GAMARRA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Temas: ACCIÓN DE REPETICIÓN - presupuestos para su procedencia / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – la causa del pago no involucra a los demandados.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Según lo señalado en la demanda, el Instituto Nacional de Salud fue condenado en proceso de reparación directa debido a la conducta gravemente culposa de los demandados, quienes no ejercieron adecuadamente la defensa judicial de la entidad. Por lo anterior, solicita que se ordene que los demandados reembolsen el total de la suma pagada por el demandante.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Como se ha indicado, corresponde a la proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 18 de junio de 2014, mediante la cual se negaron las pretensiones del actor.

2. La mencionada sentencia decidió la demanda presentada el 24 de agosto de 2007¹, por el Instituto Nacional de Salud –en adelante “INS”- en contra de los señores Antonio Iglesias Gamarra, Hermes González Orozco, Jesús Barba Fontalvo y José Álvaro Bermúdez Aguilar, cuyas pretensiones, hechos y fundamentos son, los siguientes:

Pretensiones

3. Se solicitó que se declarara responsables a los demandados “*de los perjuicios ocasionados al Instituto Nacional de Salud*” por el pago que tuvo que efectuar al señor Wilson Enrique Amaya Maestre, en cumplimiento de la sentencia que declaró responsable a la entidad en proceso de reparación directa, “*por error en diagnóstico de VIH*”. Como consecuencia de la anterior declaración, se solicitó que

¹ Folios 2-31 c. 1.

se les obligara a pagar a favor de la demandante, la suma de veintinueve millones cuatrocientos diez mil seiscientos ochenta y cinco pesos con treinta y seis centavos m/cte. (\$29.410.685,36).

Hechos

4. Como fundamento fáctico de la demanda se narró que el señor Wilson Enrique Amaya Maestre demandó a la Nación – Ministerio de Salud, Instituto Nacional de Salud, departamento del Magdalena y al Hospital del Tórax “*Fernando Troconis*”, por los perjuicios ocasionados por un diagnóstico errado de VIH. En el marco de dicho proceso, el Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia el 20 de abril de 1998 en la que declaró administrativa y solidariamente responsables al Instituto Nacional de Salud y al Centro de Rehabilitación y Diagnóstico “*Fernando Troconis*”. Posteriormente, al conocer del proceso en segunda instancia, el Consejo de Estado emitió fallo el 7 de diciembre de 2005, en el que confirmó la decisión del *a quo*.

5. El 6 de febrero de 2007 el Director General del INS expidió la Resolución No. 0118, por la cual se dio cumplimiento a la sentencia, reconociendo y ordenando el pago al señor Wilson Amaya Maestre, de veintinueve millones cuatrocientos diez mil seiscientos ochenta y cinco pesos con treinta y seis centavos m/cte. (\$29.410.685,36), correspondientes al 50% del valor total de la condena, debido a la solidaridad declarada en la decisión judicial. Dicho pago se hizo efectivo el 26 de febrero de 2007, mediante transferencia electrónica al apoderado del actor.

6. Se indicó que, en el devenir procesal de la acción de reparación directa incoada, los demandados, señores Antonio Iglesias Gamarra –Director General del INS-, Hermes González Orozco –Jefe de la Oficina Jurídica del INS-, Jesús Barba Fontalvo –quien ocupó los cargos de Jefe de la Oficina Jurídica y Profesional Especializado del INS, obrando como su apoderado judicial- y José Álvaro Bermúdez Aguilar –contratista del INS, quien también obró como su apoderado judicial-, actuaron de manera omisiva y negligente.

7. Sobre este hecho, se relató, entre otras cosas, que (i) no se contestó de manera oportuna la demanda de reparación directa; (ii) apenas un año después de la notificación de la demanda el INS se hizo presente en el proceso a través de un memorial extemporáneo; (iii) no se dio respuesta a los oficios enviados por el Tribunal en los que se solicitaba aclarar información sobre los análisis de confirmación de muestras; (iv) no existió pronunciamiento sobre la inconsistencia presentada entre las muestras que evaluó el Instituto y la identificación del demandante en aquél proceso, asunto que habría representado la falta de legitimación por pasiva; (v) no se adelantó una participación activa en el trámite probatorio en dicho proceso, por ejemplo, al no haberse objetado la práctica de pruebas que podrían haber sido discutidas por el Instituto; y (vi) no se apeló la decisión de primera instancia.

Fundamentos de derecho

8. Como fundamento de derecho se alegó la precaria y deficiente defensa de quienes tenían a su cargo la representación judicial de la entidad. En este sentido, se señaló que los demandados en repetición violaron los artículos 2, 4, 6, 38 y 90 de la Constitución Política; 63 del Código Civil y 77 del Código Contencioso Administrativo.

La defensa

9. La demanda fue admitida² y notificada a los demandados³, quienes se pronunciaron con los siguientes argumentos:

10. Los señores Hermes González Orozco y Jesús Barba Fontalvo se opusieron a las pretensiones de la demanda. En su contestación, se reconocieron como ciertos los hechos relacionados con el cumplimiento de la sentencia del proceso de reparación directa y su respectivo pago. Sobre la responsabilidad endilgada a los agentes repetidos, se señaló que el daño antijurídico por el que fue condenado el INS consistió en un error en el diagnóstico de VIH positivo del demandante en el marco del cumplimiento de las funciones del Instituto como laboratorio nacional de referencia; y que, en ese sentido, no puede concluirse la responsabilidad de los abogados que no son científicos ni tienen a su cargo el cumplimiento de funciones relacionadas con la emisión de conceptos diagnósticos.

11. Plantearon las siguientes excepciones: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que los hechos que dieron lugar a la condena de la entidad en nada comprometen el actuar de los demandados; (ii) *“inexistencia de la causa o causas equivocadas”*, debido a que no se aportó prueba alguna sobre la conducta dolosa o gravemente culposa de los demandados y se pretende deducir la responsabilidad de una presunción; (iii) *“inexistencia de responsabilidad por el hecho de la presunción de buena fe”*; (iv) *“inexistencia por cuenta de los demandados, la comisión del error en el diagnóstico de VIH por el cual fue condenado el Instituto Nacional de Salud”*, indicando que los demandados no cumplían funciones científicas sino jurídicas⁴.

12. El señor Antonio Iglesias Gamarra también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que el daño antijurídico del cual deviene la condena del Estado, consistió en el daño moral ocasionado por la supuesta falla al verificar unos resultados diagnósticos –un daño de origen eminentemente técnico-, y no por el pretendido incumplimiento de los deberes procesales de los funcionarios administrativos y asesores del Instituto Nacional de Salud. Igualmente, adujo que el INS no había sido notificado legalmente de la demanda de reparación directa, de manera que el hecho del retardo en el envío de la demanda a la Oficina Jurídica de la entidad, supuestamente endilgado al Director General, carece de sustento⁵.

² Auto del 12 de junio de 2009 (Folios 57-58 c. 1).

³ Folios 77-85, 150-151 c. 1.

⁴ Folios 86-104 c. 1.

⁵ Folios 117-146 c. 1.

13. Por su parte, el señor José Álvaro Bermúdez Aguilar sostuvo que como apoderado del INS surtió todos los trámites correspondientes a la adecuada defensa judicial de la institución en la medida de lo permitido por el propio Instituto; suscribió oficios, memoriales y participó de varias diligencias. Asimismo, señaló que la ejecución de su contrato con el INS fue debidamente supervisada y se emitieron informes para los pagos en los que se consignó el cumplimiento a satisfacción de las obligaciones del demandado; además alegó que la demandante no probó que se hubieran garantizado los recursos suficientes para el ejercicio de la defensa por parte de los apoderados, como los relativos al traslado de los abogados a la sede judicial en la que se adelantaba el proceso. Finalmente, alegó que la responsabilidad del INS determinada por la jurisdicción contencioso administrativa, obedeció a criterios objetivos en el marco de su función como laboratorio nacional de referencia desde el punto de vista técnico y científico, sin que esté de ninguna manera vinculada con la actuación de los funcionarios administrativos⁶.

14. El Tribunal abrió a pruebas el proceso⁷ y, vencida dicha etapa, corrió traslado a las partes⁸ para que alegaran de conclusión, quienes se pronunciaron, así:

15. El señor José Álvaro Bermúdez Aguilar reiteró lo planteado en la contestación de la demanda e indicó que, de la prueba aportada en el proceso, no se logró desvirtuar la afirmación hecha oportunamente por el demandado, sobre el cumplimiento favorable de los contratos que suscribió con la entidad. Asimismo, señaló que no se desvirtuó su aseveración sobre la existencia de un presupuesto exiguo para la defensa judicial del Instituto, lo que tuvo implicaciones en las labores que tuvo la posibilidad de realizar el demandado con dichos recursos. Finalmente, insistió en que el INS desconoció lo argumentado por el Consejo de Estado al señalar la existencia de un error de diagnóstico, lo cual no se predica de la parte administrativa de la entidad, sino exclusivamente del área técnica responsable de los diagnósticos⁹.

16. El Instituto Nacional de Salud insistió en los argumentos planteados en la demanda y reiteró que conforme a las pruebas allegadas al proceso, se logró demostrar que los demandados actuaron con culpa grave al no cumplir con las funciones que tenían a su cargo, ante la falta de diligencia y cuidado en el devenir procesal de la acción de reparación directa¹⁰.

17. Por su parte, los señores Hermes González y Jesús Barba reiteraron lo argumentado en la contestación de la demanda y advirtieron nuevamente que no tuvieron injerencia en los exámenes o pruebas que originaron los perjuicios por los que se condenó a la demandante en este proceso¹¹.

⁶ Folios 152-167 c. 1.

⁷ Auto de 27 de septiembre de 2011 (folios 175-177 c. 1).

⁸ Auto de 16 de agosto de 2013 (folio 244 c. 1).

⁷ de octubre de 2014 (folio 136 c. 1).

⁹ Folios 345-357 c. 1.

¹⁰ Folios 360-377 c. 1.

¹¹ Folios 378-387 c. 1.

18. El señor Antonio Iglesias Gamarra guardó silencio.

La sentencia de primera instancia

19. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Sostuvo que no obra en el proceso prueba que indique que se notificó en legal forma al Instituto Nacional de Salud en el marco del proceso de reparación directa, de manera que no se acreditó el supuesto descuido o negligencia por parte de los demandados que hubiere llevado a la contestación extemporánea de la demanda en el mentado proceso.

20. Asimismo, indicó que no se demostró que la causa determinante de la condena impuesta al Instituto Nacional de Salud en el curso de la acción de reparación directa fue la actividad procesal de los demandados. En este punto, llamó la atención sobre que la sentencia condenatoria se sustentó en el daño moral ocasionado a la víctima por la falla en el servicio en la que se incurrió debido a un error de diagnóstico, y no en el presunto incumplimiento de los deberes procesales de los funcionarios administrativos y asesores del INS en el trámite del proceso de reparación; de manera que, para la procedencia de la acción de repetición, debería haberse probado que el daño moral causado a la víctima en dicho proceso fue producido con dolo o culpa grave de los agentes del Estado demandados, situación que nunca se dilucidó en las sentencias de primera y segunda instancia. En este sentido, concluyó que las pruebas allegadas al proceso no acreditaron que la conducta de los demandados hubiera causado un daño antijurídico a un tercero en virtud del cual la administración se hubiera obligado a pagar una suma de dinero a título de indemnización¹².

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Sustentación del recurso de apelación

21. El Instituto Nacional de Salud solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia. Sostuvo que los demandados incumplieron sus deberes y obligaciones en el ejercicio de sus roles como apoderados de la entidad, lo que constituyó culpa gravísima. En este sentido, citó las funciones correspondientes al Director General, al jefe de la Oficina Asesora Jurídica y a los apoderados de la entidad, surgidas del Decreto 272 de 2004, en lo que respecta a la defensa judicial del Instituto en los procesos en que sea parte y alegó que la conducta de los demandados contravino las normas citadas, la Constitución, la Ley y los deberes consagrados en la normatividad para los profesionales en derecho.

22. De igual manera, fundamentó su argumentación en alegar que el INS no es prestador de salud y en sus funciones de laboratorio nacional de referencia recibe muestras sin tener contacto alguno con el paciente, de ahí que no debe responder porque la muestra de la víctima en el proceso de reparación directa, no se haya tomado con cumplimiento de los protocolos de seguridad o no se haya preservado

¹² Folios 391-417 c. del Consejo de Estado.

su cadena de custodia. Ahondó señalando que cumplió sus funciones con los más altos estándares de calidad en el procesamiento de dicha muestra, que llevó a confirmar diagnóstico.

23. Sostuvo que lo anteriormente planteado, demostró que el Instituto no contó con una adecuada defensa jurídica en el proceso primigenio, toda vez que de haber intervenido de manera idónea y oportuna, se hubiera demostrado que por tratarse de una entidad pública encargada de la vigilancia, producción, investigación y coordinación de laboratorios en salud pública a nivel nacional, no era responsable de la prestación de servicios de salud ni de laboratorio clínico. De manera que *“la condena a la que se vio expuesto el INS, no tiene precedentes y conlleva un detrimento patrimonial porque la indemnización pagada al demandante se efectuó con los recursos de la Nación (...) resulta de tal entidad la condena impuesta al INS por la negligencia solo asimilable a la culpa gravísima de los aquí demandados (...)”*¹³.

24. El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación¹⁴, y procedió a correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir el concepto respectivo¹⁵.

25. El señor José Álvaro Bermúdez Aguilar señaló que la conducta determinante de la condena fue la existencia de un error en el diagnóstico de la muestra de sangre de la víctima del proceso de reparación directa. Insistió en que lo que debía haberse analizado eran los conceptos técnicos y científicos y los diagnósticos efectuados por los funcionarios del Instituto, y no la actuación del área administrativa en el proceso. Igualmente, alegó que no se demostró el pago de honorarios al demandado para atender la defensa de la institución, ni que los pactados en el contrato correspondieran a los gastos de representación judicial del INS; indicó que tampoco se logró controvertir la afirmación hecha por la defensa en relación con que el INS siempre certificó favorablemente el cumplimiento de los contratos suscritos entre el demandado y dicha entidad¹⁶.

26. Los señores Hermes González Orozco y Jesús Barba Fontalvo alegaron de conclusión afirmando que la norma citada por la apelante, con base en la cual pretendía derivar las obligaciones supuestamente incumplidas por los demandados –Decreto 272 de 2004-, data de 9 años después de la notificación de la demanda de reparación directa al INS, de manera que no podía ser aplicada con ese fin. Asimismo, sostuvieron que la condena contra la entidad se dio por el error en el diagnóstico de VIH cometido por científicos al servicio de la institución al actuar como laboratorio central de referencia, no por la actuación de los funcionarios de la oficina jurídica; y que no se probó la conducta dolosa o gravemente culposa de parte de los demandados¹⁷.

¹³ Folios 420-426 c. del Consejo de Estado.

¹⁴ Auto del 22 de octubre de 2014 (folios 432-434 c. del Consejo de Estado).

¹⁵ Auto del 11 de febrero de 2015 (folio 436 c. del Consejo de Estado).

¹⁶ Folios 437-439 c. del Consejo de Estado.

¹⁷ Folios 440-443 c. del Consejo de Estado.

27. El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de los demandados, al no existir relación de causalidad entre los actos litigiosos de estos y el resultado que conllevó a la condena por responsabilidad administrativa en la acción de reparación directa. Indicó que no se identificó plena y directamente a los verdaderos responsables del error en el diagnóstico que ocasionó el daño moral resarcido en la reparación directa¹⁸.

28. Las demás partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

29. Sin que se observe causal de nulidad o vicio que impida dictar sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación ya indicado.

El objeto del recurso de apelación

30. El punto argumentativo de la apelación se centra en solicitar que se revoque la sentencia, por cuanto, se alega que se acreditó que la causa de la condena del Instituto Nacional de Salud fue la conducta gravemente culposa desplegada por los demandados, a su actuar negligente y a incumplir sus funciones relacionadas con la defensa judicial de la entidad.

31. La Sala aclara que, si bien el tema de la legitimación en la causa por pasiva no se propuso en el recurso de apelación, al momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, entre ellos el anotado, asunto que además fue discutido en la decisión de primera instancia y en relación con el cual, el Ministerio Público en su concepto solicitó que se revocara el fallo del *a quo* y en su lugar se declarara probada esa circunstancia¹⁹.

32. Como consecuencia de lo anterior, previo a verificar si se reúnen los requisitos de la acción de repetición, particularmente el elemento subjetivo²⁰, le corresponde a esta Sala identificar si la acción reversiva era procedente respecto de quienes tenían obligaciones relacionadas con la defensa judicial del Instituto.

Legitimación en la causa

33. La jurisprudencia ha definido que la legitimación en la causa: "(...) *alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva*"²¹. Así, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la

¹⁸ Folios 445-450 c. del Consejo de Estado.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación de 8 de abril de 2018. Exp. 46.005.

²⁰ La Sala no asumirá el estudio de las cuestiones objetivas relativas a la condición de agente o ex agente estatal del demandado, a la existencia de una condena y a su pago efectivo, porque aun cuando son presupuestos esenciales de la acción de repetición, conforme se desprende de la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el fallador de instancia ya los analizó, despachándose favorablemente a los intereses de la parte demandante y frente a sus conclusiones, la parte demandada no se alzó en apelación.

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 9 de agosto de 2012. Rad. 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

causa²². La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

34. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas²³.

35. Así pues, un sujeto puede estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando, a pesar de ser parte dentro del proceso, no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar, puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores²⁴.

36. Con base en las anteriores consideraciones, la Sala estima necesario realizar unas precisiones conceptuales atinentes a la acción de repetición, con el fin de identificar, en los términos del artículo 90 constitucional y de la Ley 678 de 2001, quiénes están legitimados en la causa por pasiva, en la pretensión reversiva.

37. Así, es pertinente recalcar que la de repetición, es una acción civil de carácter patrimonial, a través de la cual se promueve un juicio de responsabilidad frente a quien, **por sus acciones u omisiones, incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa por la que el Estado debió asumir el pago de una condena, en tanto que, con dicha conducta se causó un daño antijurídico a un tercero.**

38. De la lectura del precepto constitucional que consagra dicha acción, se infiere que mientras el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado se centra en el daño antijurídico que le sea imputable, la base de la responsabilidad personal de los agentes de la administración se funda en la culpabilidad del

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias de 28 de abril de 2005 Exp. 14.178 y del 26 de noviembre de 2014 Exp. 31.747.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007 Exp. 13.503.

²⁴ La legitimación material en la causa por pasiva es entendida como la calidad que tiene una persona para contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación. Así, desde la perspectiva pasiva, la legitimación en la causa supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Exp. 24677. C.P. Enrique Gil Botero.

funcionario, la cual ocurre únicamente en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente sean consecuencia del obrar del agente, del cual debe predicarse el dolo o la culpa grave. Esta premisa, plantea un vínculo inescindible entre el obrar del agente y el hecho, acción u omisión generador del daño, por cuya antijuridicidad resulta condenado el Estado.

39. Es por lo anterior, que es la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas, la que se ubica en el centro de la falla del servicio que se reclama en el proceso de reparación directa -aun así en éste solo se exija la acreditación de un daño que el titular del derecho o interés jurídico protegido no tenga el deber jurídico de soportar-, la que a la vez constituye el objeto de análisis en el proceso de acción de repetición o de llamamiento en garantía; de ahí que la antijuridicidad estipulada en el inciso segundo del artículo 90 constitucional es subjetiva.

40. Precisado lo anterior, para los efectos de la presente sentencia, habrá de recabarse acerca de que bajo la acción de repetición sólo podrá perseguirse a quien, con su actuar doloso o gravemente culposo, propició que el servicio, la función o el cometido a cargo del Estado, causara un daño antijurídico que debió ser indemnizado, reparado o compensando, por la vía de una condena judicial, siendo ésta la fuente de la declaración cuyo pago pretende repetirse.

Caso concreto

41. El análisis de la *causa petendi* de la demanda, así como de los elementos de prueba debidamente allegados, no puede conducir a consideración distinta a que la supuesta conducta omisiva de los demandados, no se sitúa en la base de la estructura de esta acción de repetición, cuyos destinatarios son quienes con su actuar doloso o gravemente culposo, hubieren propiciado el daño antijurídico que fue objeto de reclamación ante el Estado.

42. No se trata, como lo quiere hacer ver el recurrente, que la sentencia condenatoria no se hubiera dado si la acción de los demandados en la defensa judicial de la entidad hubiera conducido a un resultado diferente, pues tal condena no es atribuible a su actuar, sino a las condiciones materiales y jurídicas bajo las cuales se consideró que el señor Wilson Amaya Maestre debía ser indemnizado al haber mediado una falla en el servicio consistente en su diagnóstico errado de VIH positivo.

43. Corroborado el anterior acierto, la evidencia que reposa en el expediente, la que da cuenta de lo siguiente:

44. El 20 de abril de 1998 el Tribunal Administrativo del Magdalena emitió fallo de primera instancia en el proceso de reparación directa radicado 3466, en el que declaró administrativamente responsable al INS y al Centro de Rehabilitación y Diagnóstico “*Fernando Troconis*” por los perjuicios ocasionados al señor Wilson Amaya Maestre, con base en las siguientes consideraciones (se transcribe de manera literal con eventuales errores del original):

“La reseña efectuada en el punto 2.-, evidencia, de una parte, que desde el II semestre de 1990 y durante 1991 por el Hospital del Tórax “Fernando Troconis” de esta ciudad, se informó al demandante que era portador del virus VIH, información que confirmó el Instituto Nacional de Salud luego de practicar la prueba correspondiente al suero que se le envió como perteneciente a WILSON ALTAMAR.

De otra parte, tanto en la fase instructiva inicial como en la adelantada antes de fallar, el INS sobre muestras tomadas al demandante expidió dictámenes contradictorios que obligaron a nuevas tomas de muestras en noviembre de 1996 y el consiguiente análisis con intervención de otros organismos.

(...)

5.- Ahora bien, frente a tal hecho incontrovertible surge diáfananamente demostrado que la información suministrada por el Hospital del Tórax “Fernando Troconis” de Santa Marta y el Instituto Nacional de Salud “INS” no eran ciertas, no eran correctas y ello para el caso es lo que cuenta.

Para el Tribunal no tiene incidencia alguna si en el mafeo de la prueba se dieron una u otra de las dos formas que explicó el Microbiólogo CESAR PONCE (f. 60) para que su resultado hubiere sido erróneo, consistente o en que la muestra se confundió al marcarla –o cual no pudo suceder en tres (3) ocasiones como lo afirma dicho galeno–o que las muestras se hubiesen contaminado –que también se descarta para varias muestras en distintas épocas-; lo importante, lo relevante es que a un ser humano se le sometió durante varios años a la tortura moral de poseer el virus denominado flagelo del siglo y se le sometió justamente por entes del Estado destinados por éste para la prevención y control de dicho virus y especialmente con la connotación de ser organismos de alta confiabilidad como lo es el INS, único autorizado para realizar la prueba confirmatoria y laboratorio de referencia a nivel nacional como lo pregonó el Microbiólogo CESAR PONCE en su testimonio.

(...)

De ahí que el manejo de la responsabilidad en el sub-lite se efectúe desde la perspectiva del artículo 90 de la Carta Política bajo un único interrogante ¿Estaba el actor obligado a soportar la aflicción y consecuente daño moral por un error de laboratorio? La respuesta es única y es negativa.

6.- Incuestionable resulta el daño moral ocasionado al demandante consistente en la presión psicológica y anímica de quien espera cada amanecer el brote primero de la enfermedad incurable, el primer síntoma de su desarrollo para iniciar la fase final de su existencia”²⁵.

45. El 7 de diciembre de 2005 la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la decisión del Tribunal Administrativo del Magdalena, confirmando la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes fundamentos (se transcribe de manera literal con eventuales errores del original):

“En este orden de ideas, la Sala no se ocupará del análisis de la responsabilidad de las entidades condenadas, pues, el Tribunal de origen abordó suficientemente el tema, y concluyó que la conducta asumida por el Instituto Nacional de Salud y del Centro de Rehabilitación y Diagnóstico “FERNANDO TROCONIS”, repercutieron

²⁵ Folios 159-178 c. 2.

seriamente en la integridad del demandante. Las pruebas incorporadas mostraron suficientemente que WILSON AMAYA MAESTRE no es portador del anticuerpo VIH que desarrolla posteriormente el SIDA en su fase avanzada. Así lo corroboraron las varias serodias practicadas por el Centro de Rehabilitación Diagnóstico “Fernando Troconis”, el mismo Instituto Nacional de Salud, el laboratorio Rey Matiz- Fals Borda de la ciudad de Barranquilla y la Fundación Santafé de Bogotá. Inclusive el mismo resultado negativo arrojó las pruebas ordenadas por el Juez de la primera instancia; y aunque no fue posible determinar a ciencia cierta cuál fue la causa directa que dio lugar a esta desfasada equivocación; lo cierto es que los resultados dictaminados inicialmente por las dos entidades comprometidas, dieron origen a un error de diagnóstico, suficiente para concluir que incurrieron en una falla del servicio y comprometer por esa misma vía la responsabilidad de la administración”²⁶.

46. Con base en el anterior designio fáctico, para la Sala resulta suficientemente acreditado que no existe relación directa y, menos, nexo alguno, entre la conducta supuestamente omisiva de los funcionarios y contratista demandados y la causa de la condena por el daño moral ocasionado al demandante en el proceso de reparación directa. De hecho, de la transcripción que se hizo previamente de apartados de las decisiones de primera y segunda instancia en dicho proceso, se puede concluir que fueron los resultados dictaminados por las dos entidades comprometidas –entre ellas, el INS-, los que dieron origen a un error en el diagnóstico del cual la jurisdicción contencioso administrativa concluyó la falla del servicio y determinó su responsabilidad.

47. Así las cosas, no es posible identificar un vínculo entre las actuaciones de los demandados en el marco de las funciones a su cargo, y los hechos que se alegan como causantes del resultado dañoso, relacionados única y específicamente con el error en el diagnóstico del que fue víctima el señor Wilson Amaya Maestre.

48. A este respecto, la Sala recuerda que la acción reversiva está diseñada para realizar un juicio de responsabilidad de quien hubiere incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa por la que el Estado debió asumir el pago de una condena, en tanto que, con dicha conducta se hubiera causado un daño antijurídico a un tercero. Desde esta perspectiva, la conducta de los demandados, de ninguna manera, guarda relación con el daño antijurídico irrogado al señor Amaya Maestre por su diagnóstico errado, y que fue el hecho que, en últimas, llevó a que el INS resultara condenada.

49. Con lo dicho, es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de los señores Antonio Iglesias Gamarra, Hermes González Orozco, Jesús Barba Fontalvo y José Álvaro Bermúdez Aguilar, ya que los accionados no participaron en el análisis de las muestras de sangre del señor Wilson Amaya Maestre, ni emitieron el diagnóstico errado de VIH positivo que dio origen al proceso de reparación directa del que se derivó la pluricitada condena.

²⁶ Folios 184-195 c. 2.

50. Así, dado que el INS no logró acreditar la conexidad que la legitimación en la causa exige entre la condena que se le impuso dentro del referido proceso y el actuar de los hoy demandados, se impone denegar las pretensiones de la demanda.

51. Sobre la determinación que se anuncia y se apresta a tomar la Sala, cabe destacar que la legitimación en la causa es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable, bien a las pretensiones del demandante, o bien frente a las excepciones propuestas por el demandado²⁷. En este sentido, esta Sección ha precisado que la falta de legitimación no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el *petitum* de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción²⁸, en tanto se trata de *“una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”*²⁹.

52. Así las cosas, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

Costas

53. Como no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes en esta instancia, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 18 de junio de 2014, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Exp. 19.622. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2021. Exp. 52.449. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 1° de marzo de 2006. Exp. 13764. C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

VF