

Decisiones

Jurisprudenciales de interés emitidas por el Consejo de Estado colombiano relacionadas con la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado

HÉCTOR PATIÑO

I. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, 28 DE ABRIL DE 2011, EXPEDIENTE 19963.

Caso: Declaratoria de Responsabilidad Extracontractual del Instituto de los Seguros Sociales por los Daños causados a los demandantes por no haber prestado debida atención médica que permitiera realizar oportunamente el diagnóstico adecuado y en consecuencia practicar el tratamiento indicado al paciente.

Temas de Interés:

1. Cuando la misma jurisprudencia del Consejo de Estado por las diferentes posiciones asumidas crea incertidumbre acerca de la Jurisdicción Competente para resolver determinados asuntos en relación con el Instituto de Seguros Sociales, las decisiones en relación con la caducidad de la acción deben ser tomadas teniendo en cuenta la prevalencia del derecho de acceder a la administración de justicia.

Mediante la providencia que se reseña, el Consejo de Estado reitera que toda vez que en aquellos procesos en los cuales una de las partes es el Instituto de Seguros

Sociales la Jurisdicción Contenciosa ha creado incertidumbre respecto de la competencia, las decisiones respecto de la caducidad de la acción deben acompañarse con el derecho de los ciudadanos a acceder a la administración de justicia.

Reitera el Consejo de Estado que si la demanda fue presentada dentro del término de caducidad, pero por decisión del Juez Administrativo es enviada a la Jurisdicción Ordinaria por considerarla la competente y ésta a su vez se declara incompetente, por lo que el asunto vuelve a conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa, el tiempo que transcurre en el entretanto no se contabiliza para efectos del término de caducidad, toda vez que de hacerlo, se vulneraría el derecho que tienen los ciudadanos de acceso a la justicia.

2. Reitera la Jurisprudencia que cuando el daño se produce por una lesión corporal, para efectos de indemnización del perjuicio moral no se hace ninguna distinción entre lesiones graves y lesiones leves.

En la sentencia reseñada, se reitera que si bien la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en alguna ocasión estableció que para efectos de la presunción del daño moral de parientes cercanos cuando el daño se producía por lesiones corporales, se debía determinar la gravedad o no de la lesión, esa discusión fue superada en el entendido que la diferenciación de lesión grave o leve no tiene relevancia para efectos de la prueba del perjuicio como tal, sino en relación con la cuantificación de la indemnización.

En este orden de ideas, cuando el daño proviene de lesiones corporales, tanto la víctima directa como los parientes cercanos se benefician de la presunción de la existencia del perjuicio moral independientemente de si la lesión puede ser considerada como grave o leve. Los criterios respecto de la gravedad o no de la lesión, tienen relevancia para efectos de establecer la cuantía de la indemnización.

En el caso específico de la sentencia reseñada, se consideró que las lesiones cerebrales sufridas por la víctima directa se enmarcaban dentro de lo que la Jurisprudencia ha considerado como lesiones gravísimas, y en consecuencia se ordenó la reparación del perjuicio moral para la víctima de la lesiones y para sus padres por la suma de 100 SMLMV, mientras que la para la hermana gemela se ordenó la reparación del mismo perjuicio moral por la suma de 50 SMLMV.

3. Cuando se trata de lesiones que producen alteración física que afectan la calidad de vida de las personas, existe derecho al reconocimiento de una indemnización por concepto de "alteración grave en las condiciones de existencia".

Reitera la Jurisprudencia que en aquellos eventos en los que la víctima del daño sufre lesiones que producen alteraciones físicas que afectan su calidad de vida al punto de afectar de manera grave sus condiciones habituales de existencia, tiene

derecho al reconocimiento y pago de una indemnización distinta y adicional de aquella que se otorga por el perjuicio moral.

En relación con la prueba de este perjuicio, se reitera en la sentencia, que el mismo bien puede acreditarse por cualquier medio probatorio, o bien puede darse por probado por el Juez en consideración a las circunstancias particulares de cada caso concreto relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que hubiere dejado y la afectación en la vida cotidiana social, laboral, familiar, placentera o de cualquier otra índole.

En el caso específico de la sentencia analizada se encontró probado que las lesiones cerebrales sufridas por la víctima directa del hecho dañino, le impedirían realizar en el futuro las actividades cotidianas y normales, como por ejemplo comer por sí misma, desplazarse por sus propios medios, procurarse su aseo personal sin la ayuda de terceros, razón por la cual se otorgó una indemnización por el rubro "alteración grave de las condiciones de existencia" la suma equivalente a 400 SMLMV.

II. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 24 DE MARZO DE 2011, EXPEDIENTE 20836.

Caso: Declaratoria de responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por los daños sufridos por paciente a quien se le dejó un cuerpo extraño en el organismo luego de una cirugía.

Temas de Interés

1. Precisiones respecto del fenómeno jurídico de Caducidad de la Acción respecto de los eventos de Responsabilidad Médico - Sanitaria a cargo del Estado.

Si bien es cierto que el fenómeno jurídico de la caducidad se erige como un instrumento sancionatorio necesario para preservar la seguridad jurídica en contra de quien teniendo el derecho a iniciar determinada acción con el fin de hacer efectivo el derecho que considera violentado, no lo hace dentro del término fijado por Ley para ello, la Jurisprudencia considera que la operatividad de dicho fenómeno tiene un manejo especial en dos eventos respecto de la responsabilidad médico-sanitaria a cargo del Estado.

El numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio. Conforme al mencionado artículo se determina que el cómputo del término de caducidad debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de fundamento a la pretensión, esto es, del día en que acaece el hecho que causa el daño. Asunto

distinto, dice la Sentencia, es que la parte demandante solo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho y en tales eventos en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal (artículo 228 C.P), el cómputo del término de caducidad debe iniciarse a partir del conocimiento daño.

De acuerdo con el fallo que se reseña, en materia médico-sanitaria a cargo del Estado, la regla general se mantiene invariable, pero existen dos supuestos en los que conforme al principio establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, se aliviana lo establecido en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que son:

a. Cuando la persona tenga conocimiento del daño, al margen que el hecho, o la omisión médica se hayan concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia del daño.

b. Cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente la expectativa de recuperación.

Aclara la sentencia que en el segundo evento (b), el paciente tiene pleno conocimiento del daño, pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En estos eventos, el conteo de la caducidad no se inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente. En este orden de ideas, si el paciente conoce el evento dañoso, se encuentra en tratamiento pero no ha sido expedido un diagnóstico concluyente, no es posible radicar en cabeza del paciente el deber de demandar o accionar puesto que no conoce hasta el momento las condiciones de la lesión (definitiva, temporal, parcial, total, reversible o irreversible, etc).

La sentencia insiste en que esta excepción referida al diagnóstico definitivo, sólo tiene virtualidad de prolongar el cómputo de la caducidad en asuntos de Responsabilidad Médica – Hospitalaria, esto es, cuando el daño se concretó en desarrollo del servicio de salud a través de un acto médico, paramédico o extramédico.

2. Enumeración de algunos eventos de responsabilidad Médico Sanitaria del Estado, que son valorados a partir de un régimen objetivo de Responsabilidad.

Dentro de la sentencia reseñada se deja claro que la responsabilidad Médico - Sanitaria se encuentra asentada sobre un criterio eminentemente subjetivo y que la Jurisprudencia Administrativa mal haría en calificar a la medicina como actividad riesgosa. Sin embargo, se mencionan algunos eventos en los que la sentencia considera la existencia de un régimen objetivo. Esos eventos a título ilustrativo son:

a. Eventos en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa.

b. Cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo.

c. Cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear).

d. En supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos.

e. Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

f. Cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento, la responsabilidad es de tipo objetiva.

Finalmente, establece la sentencia reseñada, que en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, o cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños –esto es, por el oblitio quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas– la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa. En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (v.gr. daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada.

III. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 21 DE FEBRERO DE 2011, EXPEDIENTE 38621.

Caso: Se declara infundado recurso de anulación contra un laudo arbitral con fundamento en la improcedencia en el caso específico de las causales de anulación

con fundamento en las causales establecidas en los numerales 6° y 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Temas de Interés:

1. El recurso de anulación en contra de laudos arbitrales no tiene como objeto la revisión sobre el fondo del asunto.

Reitera la Sala de Decisión que con el recurso de anulación lo que se persigue fundamentalmente es la protección de la garantía del debido proceso, razón por la cual es improcedente la revisión de fondo del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento. Por lo anterior, expone la Sala, al Juez del recurso de anulación no le está permitido revivir el debate probatorio del proceso arbitral ni mucho menos cuestionar los razonamientos jurídicos ni la valoración probatoria que efectuaron los árbitros para fundamentar su decisión.

Como conclusión, establece la Sala que el recurso de anulación contra laudos arbitrales no constituye una segunda instancia, por lo que la decisión arbitral no puede ser atacada por errores de juzgamiento sino por errores en el procedimiento, por medio de las causales taxativamente señaladas en la Ley.

2. Cuando se invoca la causal de anulación establecida en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 consistente en "haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo", se requiere que el hecho de haber fallado en conciencia aparezca de forma ostensible en el laudo.

Expone la Sala de Decisión que respecto de la causal de anulación fundamentada en que el laudo arbitral fue fallado en "conciencia", debiendo ser en derecho, se requiere que el contenido de la causal aparezca de manera clara y ostensible dentro del laudo, sin que se requiera de mayores argumentaciones para descubrirlo.

Retoma la Sala la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido que el fallo en conciencia se configura cuando el juez se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, sin que la motivación sea esencial para la validez de su decisión. También se ha dicho, menciona la sentencia comentada, que los fallos en conciencia se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio o de las normas jurídicas, por la ausencia de razonamientos jurídicos, o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada. En conclusión de la Sala, el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica y probatoria.

Establece la sentencia que tanto los jueces como los árbitros, en sus fallos, que son decisiones judiciales, deben respetar la garantía del debido proceso,

razón por la que esas decisiones deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso tal como lo ordena la Ley. No obstante lo anterior, los jueces entre ellos los árbitros, podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad o como criterio único, si tratándose de los árbitros, las partes los habilitan para ello. En cualquier caso, los fallos en equidad proferidos, ora por los jueces, ora por los árbitros cuando están facultados para ello, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna, regular y legalmente aportadas al proceso.

La Sala refiere que un fallo será en equidad cuando: a) el juez o el árbitro no aplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) el juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Aclara la Sala que en ninguno de estos dos casos supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas, porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia, y las decisiones de esta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala de Decisión, la causal de anulación de los laudos arbitrales contenida en el numeral 6 del decreto 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando:

a. El laudo es en conciencia, es decir, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria.

b. Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros no aplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad, o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

Se estructura esta causal porque el juzgador debe someterse al imperio de la ley y solo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución, o no aplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal.

IV. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, SENTENCIA DEL 12 DE MAYO DE 2011, EXPEDIENTE 26758.

Caso: La Sala de Decisión se declara inhibida para fallar de fondo en el caso específico, toda vez que el actor utilizó la *actio in rem verso*, cuando, por decisión de la Sala, en el caso específico se debió utilizar la acción contractual.

Temas de Interés:

1. Cuando se pretende mediante la acción autónoma de *in rem verso*, que se declare que hubo un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad contratante, el motivo del presunto enriquecimiento no debe tener como fuente obligaciones surgidas del contrato.

En esta sentencia, la Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado reitera que en materia de lo contencioso administrativo la fuente del daño determina la acción procedente, y, a su vez, determina la técnica para la formulación apropiada de las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, expone la sentencia que si la controversia planteada tiene origen en un contrato estatal la acción procedente es la de controversias contractuales establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en el entendido de que dicha acción se encuentra establecida para declarar la nulidad del contrato estatal o la de los actos contractuales por la vulneración del ordenamiento jurídico, o declarar la responsabilidad contractual o la revisión económica del contrato por el incumplimiento contractual y los hechos sobrevinientes que varían las circunstancias, entre otros supuestos.

Así las cosas, reitera la Sala de Decisión, cuando la fuente de la controversia se funda en un contrato estatal, no es procedente la *actio in rem verso* como acción autónoma, independiente y subsidiaria para debatir un presunto enriquecimiento sin causa, toda vez que en aquellos casos la ley prevé la respectiva acción de controversias contractuales.

No es posible entonces, insiste la Sala, discutir por la vía de la *actio in rem verso*, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando existe de por medio un contrato en los términos previstos en la ley, es decir cuando su fuente es estrictamente contractual.