

Santiago de Cali, 19 de abril de 2024.

Señores:

HONORABLE CONSEJO DE ESTADO – REPARTO.

E. S. D.

Referencia : **ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL.**

Accionantes : LUISA FERNANDA VALENCIA MORALES, MARÍA ELENID MORALES MONTOYA, FERNANDO VALENCIA BUSTAMANTE Y YURI CATALINA VALENCIA MORALES.

Accionado : SUBSECCIÓN C DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.

NÉSTOR BENJAMÍN MARTÍNEZ MORALES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.606.838, expedida en Cali, Abogado con Tarjeta Profesional No. 162.796, expedida por el C.S.J., domiciliado y residenciado en Santiago de Cali, Valle del Cauca, actuando en calidad de Apoderado Judicial de las Señoras **Luisa Fernanda Valencia Morales, Yuri Catalina Valencia Morales y María Elenid Morales Montoya**, identificadas con las cédulas de ciudadanía Nos. 1.143.949.390, 1.115.186.392 y 29.816.216, respectivamente; en virtud del Poder que me han conferido en calidad de afectadas y actuando en defensa de sus LEGÍTIMOS DERECHOS E INTERESES, por medio del presente escrito me dirijo a Ustedes, muy comedidamente, a fin de incoar **ACCIÓN DE TUTELA** contra la Sentencia Judicial de segunda instancia de fecha 08 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso contencioso administrativo identificado con la radicación No. 76001233100020120015001, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 333 de 2021, en procura de **OBTENER LA PROTECCIÓN del DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO** consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, en sus dimensiones constitucionales de derecho de defensa, contradicción y observancia de las formas propias de cada juicio, como del derecho fundamental de **ACCESO A LA JUSTICIA**, en los siguientes términos y consideraciones:

I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA JUDICIAL

La presente acción de tutela se dirige en contra de la sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuyo consejero ponente es el Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, dentro del proceso de reparación directa (Decreto 01 de 1984), promovido por los Señores Luisa Fernanda Valencia Morales, María Elenid Morales Montoya, Fernando Valencia Bustamante (q.e.p.d.) y Yuri Catalina Valencia Morales, en contra del Departamento del Valle del Cauca – Hospital Departamental Centenario de Sevilla, identificado con la radicación No. 760012331000201200150 01 (55131). Esta providencia judicial fue notificada mediante edicto electrónico de fecha 18 de agosto de 2023, desfijado el día 23 de agosto de 2023.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Despacho No. 11, Magistrada Ponente Ana Margoth Chamorro Benavides, profirió el Auto No. 426 de fecha 7 de noviembre de 2023, de obedéscase y cúmplase lo resuelto por el Consejo de Estado, notificado por estado el día 8 de noviembre de 2023.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

PRIMERO.- Los Señores Luisa Fernanda Valencia Morales actuando en calidad de madre del menor fallecido Itan Nicolas Astaiza Valencia (q.e.p.d.), Fernando Valencia Bustamante, actuando en calidad de abuelo del menor fallecido, María Elenid Morales Montoya, actuando en calidad de abuela del menor fallecido y Yuri Catalina Valencia Morales, actuando en calidad de tía del menor fallecido, el día 10 de febrero de 2012, a través de apoderado judicial iniciaron un proceso contencioso administrativo en ejercicio de la acción de reparación directa regulada en el Decreto 01 de 1984, artículo 86 (Código Contencioso Administrativo) contra el Departamento del Valle del Cauca – Hospital Departamental Centenario de Sevilla.

SEGUNDO.- El mencionado proceso fue iniciado por los demandantes con ocasión de los hechos ocurridos el día 7 de enero del año 2011, en los cuales falleció el menor Itan Nicolas Astaiza Valencia cuando era trasladado en una ambulancia básica y sin acompañante medico desde el Hospital Departamental Centenario de la ciudad de Sevilla al Hospital Departamental San Antonio de la ciudad de Roldanillo y a mitad de camino, la ambulancia se ve obligada a parar por fallas mecánicas propias del mismo vehículo, lo cual hizo que el traslado del menor se retrasara por una hora y media más de lo que debía demorarse, impidiendo que el menor recibiera atención médica oportuna, adecuada y vital, ya que el menor llegó muerto al Hospital San Antonio de Roldanillo.

TERCERO.- Según el acta individual de reparto respectiva, la demanda fue repartida el día 10 de febrero de 2012 al despacho de la Magistrada Bertha Lucia González Zúñiga del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, quien le asignó la radicación No. 76001-23-31-000-2012-00150-00 y mediante auto de fecha 23 de febrero del mismo año, admitió la demanda y dispuso notificar personalmente a los demandados y al agente del ministerio público.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo No. PSAA 12-9457 del 23 de mayo de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, “Por el cual se adoptan medidas tendientes a implementar el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo relacionadas con la individualización de los despachos judiciales que se incorporan al sistema oral en el Distrito Judicial Administrativo del Valle del Cauca”, el despacho de la Magistrada Bertha Lucia González Zúñiga entró en oralidad, en consecuencia, el proceso fue reasignado a la Magistrada Luz Elena Sierra Valencia, quien a su vez se declaró impedida para conocer el proceso por encontrarse incurso dentro de la causal 9ª del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y finalmente el proceso termina conociéndolo la Magistrada que le seguía en turno en la Sala, la Magistrada Luz Stella Alvarado Orozco, quien tramitó toda la primera instancia hasta proferir la respectiva sentencia.

QUINTO.- El procedimiento impartido a la primera instancia por la Magistrada Luz Stella Alvarado Orozco, cumplió de forma estricta y a cabalidad con todas las etapas, formalidades y términos propios del sistema escritural (Código Contencioso Administrativo), respetando el debido proceso de la acción de reparación directa, contemplado el artículo 86 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO.- La Magistrada Luz Stella Alvarado Orozco del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, profirió la sentencia de primera instancia No. 810 de fecha 19 de mayo de 2015, notificada a las partes mediante edicto fijado el día 29 de mayo de 2015. Mediante la mencionada sentencia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca declaró al Hospital Departamental Centenario de Sevilla, administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, derivados de la muerte del menor Itan Nicolas Astaiza Valencia y en consecuencia lo condenó al pago de perjuicios a título de pérdida de la oportunidad y a título de perjuicios morales. Adicionalmente, impuso a la compañía de seguros La Previsora S.A. la obligación de reembolsar las sumas de dinero que el Hospital Departamental Centenario de Sevilla deba sufragar como consecuencia de la condena, hasta el monto asegurado.

SÉPTIMO.- Durante el termino legal para interponer y sustentar el recurso de apelación contra la mencionada sentencia de primera instancia, la parte actora no interpuso recurso de apelación por estar conforme con la decisión, la parte demandada Hospital Departamental Centenario de Sevilla tampoco interpuso recurso de apelación y el llamado en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros, si presento recurso de apelación contra la sentencia.

OCTAVO.- Por una parte, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante el Auto No. 351 del 28 de julio de 2015, concedió el recurso de apelación presentado por La Previsora S.A. Compañía de Seguros contra la mencionada sentencia de primera instancia No. 810 de fecha 19 de mayo de 2015, y por la otra, la Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Auto del 20 de febrero de 2017, admitió el recurso de apelación.

NOVENO.- Posteriormente, por Auto del 27 de marzo de 2017, la Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión. La parte actora no presento alegatos de conclusión porque, de acuerdo con el acápite denominado “PETICIÓN” del memorial de apelación presentado por la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros, ésta solicito expresamente:

“.....que el H. Consejo de Estado al Resolver el recurso de Apelación disponga: **1. Revocar el numeral tercero de la sentencia** del 19 de mayo de 2015, notificada por edicto el 29 de mayo de 2015, mediante el cual impuso a la PREVISORA S.A. la condena del reembolso de los dineros que la entidad demandada tuviere que cancelar en virtud de la demanda, y en su lugar se exonere a mi procurada del pago de la condena, teniendo en cuenta que:.....”
(Cursiva y subrayado fuera del texto original)

El numeral tercero de la sentencia de primera instancia señala:

TERCERO: IMPONER a la compañía de aseguradora La Previsora S.A., la obligación de reembolsar al HOSPITAL DEPARTAMENTAL CENTENARIO DE SEVILLA las sumas que esta entidad llegué a sufragar por concepto de la condena determinada en la presente providencia hasta el límite del valor asegurable.

Es decir que, el interés de la llamada en garantía fue que el ad quem revocara la obligación que se le impuso de reembolsar al Hospital Departamental Centenario de Sevilla, las sumas que tuviera que pagar con ocasión de la condena y en su lugar se le exonerara de dicho reembolso.

DECIMO.- Bajo esta perspectiva, resulta claro que, la parte actora entendió que el objetivo principal de la impugnación presentada por la llamada en garantía era refutar exclusivamente la parte de la sentencia que le endilgo la obligación de reembolsar la suma de dinero al demandado – beneficiario de la póliza, más no la responsabilidad administrativa y patrimonial de los demandados. Razón por la cual, la parte actora decidió no presentar alegatos de conclusión y no ejercer su derecho fundamental de defensa.

UNDECIMO.- Al leer el escrito mediante el cual la llamada en garantía sustento su recurso de apelación, la parte actora entendió claramente que el ad quem no iba analizar y a pronunciarse sobre cuestiones atinentes a la responsabilidad administrativa y patrimonial de los demandados (daño antijurídico e imputación), sino que iba analizar cuestiones relacionadas con el contrato de seguro que sirvió de base para efectuar el llamamiento en garantía, como por ejemplo, el acaecimiento del riesgo asegurado, la cobertura del seguro en el tiempo, las exclusiones estipuladas en el seguro y si el hecho dañoso derivó de un acto médico o no, y así concluir si la llamada en garantía debía reembolsar suma de dinero alguna o no.

DUODECIMO.- Sin embargo, la Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidido entrar a analizar de fondo la responsabilidad del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, amparándose en dos argumentos, uno, que la responsabilidad de la llamada en garantía depende de la responsabilidad que le asista al demandado y dos, que el juzgador tiene la potestad oficiosa de pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieren sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada¹.

DECIMOTERCERO.- La determinación de la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de entrar a analizar de fondo la responsabilidad del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, además de ser violatorio del derecho al debido proceso por desconocer las normas que regulan el trámite del recurso ordinario de apelación de conformidad con todo lo expuesto anteriormente, sorprendió a la parte actora y le vulneró su derecho de defensa, ya que al no haber alegado de conclusión, perdió una oportunidad esencial para haber expuesto argumentos contundentes que refutaran la postura de la llamada en garantía, argumentos sólidos que recogió durante el desarrollo del proceso en primera instancia, principalmente con la práctica de las pruebas decretadas, argumentos que no solo van encaminados a reforzar los argumentos planteados en la demanda y los alegatos finales sino unos argumentos que se circunscriben a abordar el problema jurídico planteado desde otra óptica jurídica del daño antijurídico y la imputación subjetiva. Hubiera podido clarificar aún más y con otras palabras, el actuar negligente e irresponsable de la entidad demandada e inclusive fortalecer su postura frente al ad quem.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES CONCULCADOS

De conformidad con los hechos narrados anteriormente, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, violó los derechos fundamentales al debido proceso en sus dimensiones constitucionales de derecho de defensa, contradicción y observancia de las formas propias de cada juicio, así como también el derecho fundamental de acceso a la justicia de los accionantes, tal como se sustenta fáctica y jurídicamente.

IV. SUSTENTACIÓN DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA

IV.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

La parte accionante considera que la decisión de segunda instancia se fundamentó en una actuación ostensiblemente arbitraria e ilegítima de la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, violatoria de las garantías básicas del derecho al debido proceso y derecho de defensa de la parte accionante, al entrar a analizar el daño antijurídico y la imputación base de la decisión de primera instancia de condenar a la parte demandada, aun cuando no fue la solicitud presentada por el único apelante, la llamada en garantía.

Se coloca en evidencia que el recurso de apelación presentado por la llamada en garantía no se circunscribe a debatir la responsabilidad del demandado per se, sino a exponer unos supuestos yerros cometidos por el a quo al momento de estudiar el contrato de seguro que sirvió de base para llamar en garantía a La Previsora S.A.

¹ Pagina 7, párrafos 2 y 3 de la Sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Compañía de Seguros, razón por la cual, expresamente solicitó en el escrito de sustentación del recurso de apelación, que se revocara el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

Bajo esa perspectiva, el ad quem transgredió el debido proceso al desconocer de tajo, los fines de la apelación y sus requisitos, establecidos en los artículos 320 y subsiguientes del Código General del Proceso, por una parte y por la otra, la parte accionante vio truncado su derecho de defensa al no poder realizar sus manifestaciones respecto al tema de fondo abordado por el ad quem en la providencia de segunda instancia.

La tutela goza de relevancia constitucional, pues en el presente asunto no se discute una situación de índole legal, sino de carácter ius fundamental, sobre la base de que se debe determinar si la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción, de acceso a la administración de justicia de los accionantes.

IV.2. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.

Teniendo en consideración el régimen procesal aplicable al caso sub judice, tenemos que los accionantes agotaron todos los medios disponibles para su defensa judicial, razón por la cual, se vieron abocados a presentar la acción de tutela.

IV.3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que la acción de tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

La sentencia de segunda instancia objeto de la presente acción de tutela quedo debidamente notificada y en firme el día 23 de agosto del año 2023 y se profirió por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Auto de obedéscase y cúmplase lo resuelto por el superior, el día 8 de noviembre de 2023, es decir, luego de analizar las opciones jurídicas restantes a los accionantes, se presenta la tutela en un término razonable, dentro de las dinámicas propias de asuntos litigiosos.

IV.4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe comprobarse que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Resulta tan relevante la irregularidad procesal deprecada del ad quem, que de no haberse presentado, la revocatoria de la sentencia de primera instancia nunca habría sido total, sino, máxime una revocatoria parcial, dejando incólume los numerales primero y segundo del resuelve.

La actuación ostensiblemente arbitraria e ilegítima de la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, violatoria de las garantías básicas del derecho al debido proceso, termino afectando el derecho de defensa de la parte accionante, ya que si hubiera avizorado que el ad quem iba a analizar de fondo la responsabilidad administrativa y patrimonial de la parte demandada, hubiera alegado de conclusión, y hubiera expuesto argumentos contundentes que refutaran la postura de la llamada en garantía, hubiera planteado argumentos sólidos que recogió durante el desarrollo del proceso en primera instancia, principalmente con la práctica de las pruebas decretadas, argumentos que no solo van encaminados a reforzar los argumentos planteados en la demanda y los alegatos finales sino unos argumentos que se circunscriben a abordar el problema jurídico planteado desde otra óptica jurídica del daño antijurídico y la imputación subjetiva. Hubiera podido clarificar aún más y con otras palabras, el actuar negligente e irresponsable de la entidad demandada e inclusive fortalecer su

postura frente al ad quem con respecto a la pérdida de oportunidad como daño autónomo.

IV.5. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

En el acápite número dos (2) denominado “FUNDAMENTOS FACTICOS” se relatan los hechos que generaron la vulneración endilgada. En cuanto a los derechos vulnerados, se reitera que la parte accionante siente que el ad quem vulneró el derecho fundamental al debido proceso, su derecho de defensa y respeto a las formas propias de cada juicio. La vulneración a estos derechos se dio con la decisión proferida por el ad quem en sede de segunda instancia, razón por la cual, los accionantes no tuvieron la oportunidad procesal de alegar tal vulneración dentro del proceso judicial.

IV.6. Que no se trate de sentencias de tutela.

La sentencia objeto de la presente tutela contra providencia judicial, es una sentencia proferida en la segunda instancia de una acción de reparación directa, la cual se produce con ocasión del recurso de apelación que presentara la llamada en garantía dentro del proceso contencioso administrativo. Es decir que los accionantes no están presentando una acción de tutela contra una sentencia de tutela.

V. SUSTENTACIÓN DE LAS CAUSALES ESPECIFICAS DE PROCEDENCIA

La parte accionante considera que la sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuyo consejero ponente es el Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, dentro del proceso de reparación directa (Decreto 01 de 1984), identificado con la radicación No. 760012331000201200150 01 (55131), incurrió en las siguientes causales específicas:

V.1. DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO.

Para sustentar esta causal, resulta fundamental remitirnos a las normas que regulan el recurso ordinario de apelación y que por remisión expresa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, le son aplicables.

En consecuencia, resulta claro que, el mismo CPACA en su artículo 306 señala que los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil, y al realizar una interpretación armónica con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tenemos que debemos remitirnos al actual Código General del Proceso.

El Código General del Proceso, reglamenta el recurso de apelación a partir de su artículo 320, el cual establece los fines de la apelación y en su artículo 322 señala las reglas y oportunidades para proponerlo. Por lo cual, nos centraremos en estos dos artículos.

Por una parte, el artículo 320 del CGP indica claramente que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión, y por otra parte el artículo 322 ibidem contempla que cuando se apele una sentencia, el apelante deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Como se relató en los fundamentos facticos, el escrito de apelación presentado por la llamada en garantía resulta muy claro en cuanto a que el reparo concreto que le hizo a la decisión de primera instancia se circunscribía a los yerros cometidos por el a quo, especialmente al momento de estudiar el contrato de seguro que sirvió de base para efectuar el llamamiento en garantía, colocándolo en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS

El disenso con la sentencia objeto de recurso de alzada se circunscribe a los yerros cometidos por el a quo, especialmente al momento de estudiar el contrato de seguro que sirvió de base para efectuar el llamamiento en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros, por cuanto el mismo desconoce que en el presente caso no se configuró o acaeció el riesgo asegurado, el hecho dañoso derivado de un “acto médico”, toda vez que la supuesta responsabilidad administrativa se deriva de una supuesta falla del otro tipo de servicio, si bien asociado al objeto de la entidad llamante en garantía, no corresponde a la cobertura otorgada, que no ampara responsabilidades de otra índole.

El eje central de su escrito de apelación, lo denominó “**LOS HECHOS QUE MOTIVARON Y DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN, NO CONFIGURAN EL ACAECIMIENTO DEL RIESGO ASEGURADO ASUMIDO POR LA PREVISORA S.A., QUE SE RESTRINGE A LA RESPONSABILIDAD EstrictAMENTE GENERADA POR FALLAS EN “ACTOS MEDICOS”**”

Luego procedió a desarrollar los siguientes reparos:

EL A QUO OMITIÓ PRONUNCIARSE SOBRE LA EXCEPCION DENOMINADA “LOS HECHOS RECLAMADOS SE ENCUENTRAN EXCLUIDOS DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGURO”

IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR LA PÓLIZA No. 1003433 POR NO HABERSE RECLAMADO DENTRO DEL LIMITE TEMPORAL ESTABLECIDO EN EL CERTIFICADO ANEXO AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO A LA PREVISORA S.A.

LA OBLIGACIÓN DE LA PREVISORA S.A. ANTE LA EVENTUAL OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO SOLO SE CIRCUNSCRIBE AL LIMITE DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDA EN LA PÓLIZA No. 1003433

Por consiguiente, resulta claro que todos los reparos propuestos por la llamada en garantía contra la decisión fueron encaminados a refutar y eliminar la obligación impuesta por el a quo a la llamada en garantía de reembolsar a la demandada las sumas de dinero que llegase a sufragar por concepto de la condena, hasta el límite del valor asegurado.

Inclusive, el apoderado judicial de la llamada en garantía estableció en el escrito de apelación un acápite denominado “PETICIÓN”, en el cual, solicita expresamente que se revoque el numeral tercero de la sentencia, mediante el cual se le impuso a la compañía de seguros la obligación de reembolso a la demandada y deja incólume los otros numerales del resuelve de la sentencia de primera instancia.

En conclusión, para los accionantes resulta evidente que el ad quem, al analizar los reparos formulados concretamente por la apelante, adoptó una postura laxa y optó por atribuirse la potestad de pronunciarse oficiosamente sobre cuestiones no solicitadas por el apelante e inclusive perdió de vista que en el caso sub judice, había un único apelante y por ende no tenía la facultad de resolver sin limitaciones

sino todo lo contrario, con estricto apego a los reparos concretos formulados por el apelante, tal como lo establece el artículo 328 del CGP.

A contrario sensu, el ad quem adopto un postura estricta y exegética al momento de analizar la demanda y sus pretensiones, puesto que indico que la parte demandante derivo la responsabilidad de la entidad demandada, de un perjuicio autónomo que fue la muerte del menor pero que el a quo condeno con base en otro daño autónomo consistente en la perdida de oportunidad, es decir, invoco una supuesta violación al principio de congruencia y señalo que:

“A juicio de esta Corporación, el razonamiento y la decisión contenida en la sentencia de primera instancia resultan ajenos a las pretensiones, tanto como a la causa petendi de la demanda, de tal manera que la providencia apelada no se ajustó al principio de congruencia,....”²

Por lo cual, el ad quem decidido entrar a analizar de fondo la responsabilidad del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, amparándose en dos argumentos con los cuales no estamos de acuerdo, uno, que la responsabilidad de la llamada en garantía depende de la responsabilidad que le asista al demandado y dos, que el juzgador tiene la potestad oficiosa de pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieren sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

No estamos de acuerdo con dichos argumentos porque si bien es cierto que, en principio la responsabilidad de la llamada en garantía depende o deriva de la que le asista al demandado, también es cierto que es totalmente legal declarar responsable al demandado y al mismo tiempo librar al llamado en garantía de responsabilidad alguna, ya que puede suceder que por alguna razón contractual o legal, en el caso sui generis, el llamado en garantía no deba responder. Adicionalmente, consideramos que el ad quem se extralimito al pronunciarse sobre la responsabilidad administrativa de la demandada.

V.2. DEFECTO FÁCTICO.

En este caso particular y concreto, el defecto factico se presenta en su dimensión positiva, ya que consideramos que el ad quem valoro inadecuadamente los elementos probatorios recaudados en el proceso.

El ad quem sustenta su decisión en las siguientes consideraciones:

Pagina 9 de la decisión:

De forma antelada la Sala² advierte que el menor, durante la atención médica que recibió desde su nacimiento en instituciones distintas a la demandada, presentó complicaciones de salud que conllevaron a la práctica de una cirugía y, pocos días después, según la historia clínica, desarrolló una infección de origen intrahospitalario, por la que tuvo que estar hospitalizado hasta el 18 de septiembre de 2010. Tres meses después, el paciente acudió a los servicios médicos de la IPS Cafesalud Clínica Cali Norte, debido a una infección gastrointestinal. No obstante, la demanda no está dirigida en contra de dicha institución de salud por la infección intrahospitalaria que adquirió el menor durante una intervención quirúrgica, como tampoco le atribuye la causa de su muerte a dicha infección, por lo que los esfuerzos probatorios no están dirigidos hacia la demostración de dicha hipótesis, ni existe una base indiciaria sólida que pudiera consolidarla. La demanda estuvo dirigida en contra del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, por ser la institución que prestó al paciente el servicio de ambulancia al cual la parte actora le atribuyó la causa del daño, factor de imputación que no pudo ser demostrado en el proceso.

Por tanto, resulta improcedente realizar un análisis de responsabilidad por la infección nosocomial que se advirtió en la historia clínica, teniendo en cuenta que la demanda fue dirigida solamente en contra de la institución de salud que prestó el servicio de ambulancia al paciente, por la falla mecánica que presentó, y no por la infección adquirida en otra institución de salud.

² Pagina 18, párrafo 3 de la Sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

La anterior consideración es ostensible, flagrante y manifiestamente arbitraria, solo basta con leer detenidamente la historia clínica del menor fallecido para entender claramente que la aludida infección intrahospitalaria que adquirió el menor, fue resuelta satisfactoriamente y el evento fue superado, razón por la cual, le dieron salida. Esta es la base determinante para no haber demandado a dicha entidad de salud, dicho en otras palabras, la infección nosocomial a la que alude el ad quem no es la misma infección que le ocasionó la necrosis intestinal previo a su fallecimiento, son dos situaciones acaecidas en diferentes momentos de la línea del tiempo.

Vale la pena aclarar en este punto que, de acuerdo con la historia clínica el menor Itan Nicolas Astaiza Valencia padeció de la enfermedad de Hirschsprung, trastorno que afecta el intestino grueso (colon) y causa problemas para la evacuación intestinal y se presenta al nacer (congénita). Esta es la razón por la cual, el menor tuvo varios episodios infecciosos desde que nació, los cuales fueron resueltos satisfactoriamente y le dieron de alta. Es decir que, cada vez que el menor presentó problemas para evacuar materia fecal, tuvo infecciones independientes.

Por lo cual resulta evidente el grave error en el que incurre el ad quem al considerar que fue una sola infección y la misma la que lo llevó a su muerte.

Página 16 de la decisión:

En suma, estas pruebas vienen a indicar que, atendiendo las complicaciones de origen congénito que presentaba el menor, no hay certeza de que aquél, aún en circunstancias de un traslado oportuno y sin contratiempos, hubiera sobrevivido a la sépsis generalizada con la que arribó al Hospital demandado; por lo mismo, no es factible concluir que el deceso del menor obedeció a la tardanza en el traslado por las fallas mecánicas que presentó la ambulancia.

A esto se agrega, que la Sala no encuentra otras pruebas en el expediente que controvertan las conclusiones arrojadas en el concepto técnico sobre la imposibilidad de determinar que en circunstancias distintas el menor no hubiera fallecido, pues la historia clínica aportada da cuenta de la gravedad de la condición de salud del menor cuyos antecedentes impiden establecer una incidencia directa entre la demora en el traslado en la ambulancia con el desenlace fatal.

En consecuencia, la Sala concluye que en el proceso no se acreditó, ni por indicios, que el fallecimiento del niño pudiera ser atribuida a la falla mecánica que presentó la ambulancia, pues según el material probatorio aportado al expediente, no es posible establecer que la muerte del menor Itan Nicolás Astaiza ocurrió como consecuencia de la demora durante el trayecto en carretera que realizó en la ambulancia del Hospital Centenario de Sevilla al Hospital de San Antonio de Roldanillo.

De esta manera, a pesar de que resulta incontrovertible que existió una falencia en la prestación del servicio de salud por parte del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, asociada a la no disposición de una ambulancia que estuviera en óptimas condiciones mecánicas para realizar el traslado del menor⁵², lo cierto es que no obra prueba en el expediente que permita establecer el nexo causal entre dicha falla y el daño por el que se reclama. En otras palabras, no existe prueba que haga posible concluir que el fallecimiento del menor pueda ser atribuido a la mentada falencia, pues de acuerdo con la lectura de la historia clínica, la infección que fungió como causa directa de la muerte se desarrolló previamente y, para el momento de la llegada al hospital, los síntomas daban cuenta del estado avanzado de esta.

Así, de conformidad con el régimen de imputación aplicable a este caso en concreto, la parte actora no honró la carga probatoria que determine el nexo causal entre el percance mecánico de la ambulancia y el fallecimiento del menor Itan

Los anteriores fundamentos resultan bastante irracionales, ilógicos y parten de un su supuesto o afirmación incierta y no probada. Y es que si bien es cierto que NO podemos afirmar con suficiente certeza que, de no haber existido un retraso o demora en atender adecuadamente al menor, se hubiera salvado, tampoco podemos afirmar que así hubiera llegado a tiempo o sin ningún retraso, de todas formas hubiera fallecido, por algo elemental, y es que de no haber existido la mínima posibilidad de que el menor sobreviviera, pues el médico tratante no hubiera decidido trasladarlo a un hospital de mayor categoría.

En otras palabras, dentro del plenario tampoco está acreditado que ciertamente el menor iba a fallecer de todas formas, así hubiera llegado al hospital de Roldanillo sin demoras.

Ahora, del análisis de las pruebas practicadas resulta claro que la falla mecánica de la ambulancia per se, no le ocasiono la muerte al menor y es que la demanda tampoco lo afirma, es decir, la falla mecánica de la ambulancia no consistió en una falla que le ocasionara algún golpe en el cuerpo del menor y posteriormente la muerte, la falla mecánica causo que la ambulancia tuviera que detenerse a mitad del trayecto de forma inesperada, lo cual hizo perder tiempo vital e impidió que se le diera una atención oportuna al menor, ya que falleció antes de llegar al hospital remitido. Resulta evidente que la falla mecánica de la ambulancia no fue la causa directa de la muerte del menor pero si fue la que genero el factor determinante en la muerte del menor, aumento el tiempo que duro el menor sin atención médica adecuada, lo cual permitió que la infección avanzara e hiciera septicemia.

Lo que sí se puede inferir con fuera de certeza al estudiar la historia clínica del menor es que, hasta el momento en que decidieron trasladarlo en la ambulancia básica, defectuosa y sin acompañante médico, es que el menor había superado satisfactoriamente cada una de las infecciones que le dieron, con los tratamientos médicos que le fueron proporcionados meses antes.

Las infecciones avanzan por el tiempo que el paciente pasa sin tener una atención adecuada y oportuna, razón por la cual, el menor fallece por una septicemia abdominal.

VI. SOLICITUD

En aras de garantizar los derechos fundamentales de acceso a la justicia, debido proceso, defensa y contradicción y la observancia de las formas propias de cada juicio de los señores **Luisa Fernanda Valencia Morales, Yuri Catalina Valencia Morales** y **María Elenid Morales Montoya**, solicito, muy respetuosamente, lo siguiente:

1. Declárese la nulidad de la sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuyo consejero ponente es el Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, dentro del proceso de reparación directa (Decreto 01 de 1984), promovido por los Señores Luisa Fernanda Valencia Morales, María Elenid Morales Montoya, Fernando Valencia Bustamante (q.e.p.d.) y Yuri Catalina Valencia Morales, en contra del Departamento del Valle del Cauca – Hospital Departamental Centenario de Sevilla, identificado con la radicación No. 760012331000201200150 01 (55131).
2. Como consecuencia de lo anterior, ordénese a la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, emitir sentencia de reemplazo en la cual tenga en consideración y analice los aspectos facticos y jurídicos expuestos, base de la violación que por medio de la presente acción se aducen.
3. Tómense las demás medidas que la Honorable Corporación considere pertinentes para salvaguardar los derechos fundamentales de los accionantes.

VII. PRUEBAS

VII.1. PRUEBAS DOCUMENTALES APORTADAS.

- Sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2023, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuyo consejero ponente es el Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, dentro del proceso de reparación directa identificado con la radicación No. 760012331000201200150 01 (55131).
- Sentencia No. 810 de fecha 19 de mayo de 2015, proferida por la sala de descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Magistrada Ponente Luz Stella Alvarado Orozco.
- Recurso de apelación presentado por la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros, contra la sentencia No. 810 de fecha 19 de mayo de 2015 de primera instancia.
- Auto No. 426 de fecha 7 de noviembre de 2023, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Despacho 11.

VII.2. DE OFICIO.

Comedidamente solicito que se oficie al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Despacho 11, para que envíe el expediente completo de la acción de reparación directa que se tramita bajo la radicación No. 76001233100020120015000, a la respectiva sala.

VIII. ANEXOS

A la presente acción de tutela se anexa el poder a mi conferido por los accionantes y los documentos aducidos en el acápite de pruebas documentales aportadas.

IX. COMPETENCIA

De acuerdo con los Decreto 2591 de 1991 y 333 de 2021, es usted competente Honorable Consejo de Estado para conocer de la acción de tutela que se incoa contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

X. JURAMENTO

Declaro bajo la gravedad del juramento, que ni por medio de apoderado ni los accionantes directamente han adelantado Acción de Tutela en procura de obtener por parte de la justicia, el amparo de los derechos fundamentales conculcados, con fundamento en los mismos hechos de la presente Acción de Tutela.

XI. NOTIFICACIONES

ACCIONADO

La Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, podrá ser notificada en el correo electrónico secretariag@consejodeestado.gov.co

ACCIONANTE

Las accionantes Luisa Fernanda Valencia Morales, Yuri Catalina Valencia Morales y María Elenid Morales Montoya, podrán ser notificadas en los siguientes correos electrónicos: luisafernandav501@gmail.com, yuricatalinavalencia@gmail.com y elenidmorales8@gmail.com

APODERADO ACCIONANTE

El suscrito podrá ser notificado, en la Calle 13 No. 4 - 25, Oficina 806 del Edificio Carvajal, Cali.

Correo electrónico : nebemartinez@gmail.com
Cel. : 314 603 0219.

Del Honorable Magistrado,

Respetuosamente,

NESTOR B. MARTINEZ

NÉSTOR BENJAMÍN MARTÍNEZ MORALES

CC. No. 1.130.606.838 de Cali.

T.P No. 162.796 del C.S.J.