



Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO (Reparto)
Dirección: Calle 12 N° 7 – 65
Correo Electrónico: presidencia@consejoestado.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.
E.S.C.

Referencia: Acción de tutela de ANA YANETH GUARIN identificada con la Cédula de Ciudadanía N° 51.606.867 de Bogotá D.C. y OTROS contra SENTENCIA JUDICIAL.

Providencia Judicial Atacada: SENTENCIA proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN - B- Magistrado Ponente: Franklin Pérez Camargo de fecha 25 de septiembre de 2019, por medio del cual resolvió el recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia de fecha 14 de junio de 2018, proferido por el Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C. Sección Tercera.

Derechos vulnerados: Derecho al Debido Proceso (Art. 29 constitucional),

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA JUDICIAL

KIANNA SUJEY MARTINEZ PONCE, mayor de edad, abogada en ejercicio, domiciliada y residiendo en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con Cedula de Ciudadanía N° 1.073.382.744 y portadora de la Tarjeta Profesional N° 282949 del C. S. de la J., de conformidad con los poderes conferidos los cuales anexo, en calidad de apoderada especial de las partes demandantes quienes son la Sra. ANA YANETH GUARIN identificada con la Cédula de Ciudadanía N° 51.606.867, BERNARDO GIL MORA identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 19.448.508, MARGARITA GUARIN OLIVARES identificada con la Cédula de Ciudadanía N° 20.696.066, MAICOL GUARIN identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 80.763.277, JULIO CESAR GUARIN identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 80.726.277 mayores de edad, domiciliados y residiendo en la ciudad de Bogotá D.C., por medio del presente escrito interpongo ACCIÓN DE TUTELA, en contra de la Sentencia Judicial, proferida por Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Tercera - Sub Sección -B- Magistrado Ponente Franklin Pérez Camargo de fecha 25 de septiembre de 2019, por medio del cual resolvió el Recurso de Apelación en contra del fallo de primera instancia, de fecha 14 de junio de 2018 proferido por el Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C. Sección Tercera, en el marco del Proceso medio de control - Reparación Directa, iniciado por mi poderdante Ana Janneth Guarín y otros, la cual revocó sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 31 Administrativo Oral de Bogotá y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

DE LA INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

Jurisprudencialmente se ha establecido un parámetro de seis (6) meses para considerar que la acción de tutela contra providencia judicial cumple el requisito de inmediatez. Tal disposición ha sido prodigada por la Corte Suprema de Justicia, en el siguiente sentido: "(...) Lapsos [el seis (6) meses], fijado por la consistente jurisprudencia de esta Corporación, como razonable y proporcional para que la persona afectada en sus prerrogativas básicas ejerza esta acción constitucional". Dicha posición ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, entre ellos: CSJ SIC de 2 de agosto de 2007, rad. No. 2007-00188-01, sentencia de 10 de mayo de 2012, rad. 11001-02-04-000-2012-00413-01 y sentencia del 19 de febrero de 2015, SIC 1614-2015, radicación: 1101-02-03-000-2015-00268-00. Ahora bien, la sentencia atacada proferida por el Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Tercera - Sub Sección - B-, la cual termina revocando en su totalidad la sentencia de primera instancia y negando las pretensiones de la demanda, fue notificada en fecha 25 de septiembre de 2019, aun nos encontramos dentro del término que señala el principio de inmediatez.

Dirección: Krr 7 N° 12 B – 63 Ofi 404 Edificio San Pablo - Centro Bogotá D.C.
Tel: (031) 3348033 📞 321-3374112 📷 Bufeteponceabogados ✉️ bufeteponceabogados@hotmail.com
www.bufeteponceabogados.com



I. HECHOS

SOBRE LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL PROCESO DE REPARACION DIRECTA DEL QUE CONOCIÓ EL JUZGADO TREINTA Y UNO (31) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN TERCERA DE BOGOTÁ BAJO EL RADICADO 20130024600 Y SU TRÁMITE PROCESAL.

1. El 6 de septiembre de 2013 se impetro demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial, correspondiéndole a ese despacho el conocimiento del asunto, quien admitió la demanda en auto de fecha 9 de octubre, adicionado mediante auto de fecha 11 de diciembre de 2013.
2. Una vez notificadas las entidades aquí demandadas -Ese Hospital Occidente De Kennedy III Nivel, El Hospital De Suba y La Eps Salud Cóndor- a través de apoderado judicial constituido para el efecto, contestaron la demanda, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y llamaron en garantía a la Compañía De Seguros A Porsalud Ltda. La Previsora S.A Compañía De Seguros, Seguros Del Estado, Médicos Y Servicios Integrales Especializados.
3. Acto seguido, se llevó a cabo la audiencia inicial el 15 de junio de 2017, en la cual se saneó el proceso, se resolvieron las excepciones, se fijó el litigio, se dio la oportunidad para conciliar y se decretaron pruebas, las cuales se practicaron en audiencia de 5 de octubre de 2017.
4. Vencido el término y recaudadas en su totalidad las pruebas decretadas y se corrió traslado para alegar de conclusión.
5. Expuesto el trámite sobre el conocimiento del asunto de la referencia, procedió la operadora judicial a resolver el litigio como fundamento fáctico de las pretensiones, adujimos que a la señora Ana Janneth Guarín, le fue amputada la pierna izquierda el 21 de julio de 2011, como consecuencia de un mal procedimiento realizado en el Hospital de Suba, luego de encontrar demoras en la gestión de la EPS, en no permitir la remisión de la paciente de manera inmediata tras ocurrir la lesión vascular y como consecuencia una sobreinfección en la pierna, la cual se trató de manera inadecuada en el Hospital de Kennedy, en hechos ocurridos en los meses de junio y julio del año 2011.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

6. La ESE Hospital de Kennedy III Nivel a través de apoderada judicial constituida para el efecto, contestó la demanda en tiempo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda indicó que la paciente fue manejada cumpliendo con todos los estándares de calidad promulgados en el decreto 1011 de 2006. Además, obra dentro del expediente el consentimiento informado de cirugía, procedimiento, complicaciones y transfusiones, que se le iban a practicar. Este Hospital al igual que el Hospital de Suba, llamaron en garantía a la Compañía Seguros del Estado, el cual fue aceptado.
7. El Hospital de Suba II Nivel ESE a través de apoderadas judiciales constituidas para el efecto, contestaron la demanda en tiempo, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda e indicaron que se atienen a lo probado y formulan como medio exceptivo *inexistencia de falla en el servicio*, teniendo en cuenta que según la historia clínica de la paciente emitida por el hospital de Suba, la cual fue sometida a auditoria, se le brindó los servicios tanto en el recurso humano como en el técnico, presentando una complicación quirúrgica la cual se encuentra en la literatura científica y previamente informada a la paciente y familiar.
8. A su vez llamó en garantía a la Previsora S.A Compañía De Seguros, Compañía De Seguros A Porsalud Ltda. Seguros Del Estado Y Médicos Y Servicios Integrales Especializados, lo cual fue aceptado por el despacho.



9. Salud Cónдор Eps S.A a través de apoderado judicial constituido para el efecto, contesto la demanda en tiempo, se OPUSO a la prosperidad de las pretensiones de la demanda e informa que se atiene a lo probado dentro del proceso.
10. La llamada en garantía la Previsora Compañía De Seguros, se OPUSO a las pretensiones de la demanda formulando las excepciones de: i) No se configuran los elementos propios de la falla del servicio respecto del Hospital de Suba II Nivel ESE teniendo en cuenta que el hospital cumplió con los protocolos médicos. ii) Ausencia del nexo causal, ya que pese a las limitaciones tecnológicas propias del nivel II, en las que se encuentra la Institución, se le brindó a la demandante toda la atención; iii) Hecho de Un tercero / fuerza mayor, debido a que la amputación de la pierna de la señora no tuvo génesis, ni si quiera en la más laxa de las interpretaciones.
11. La llamada en garantía Porsalud Ltda. se OPUSO a las pretensiones de la demanda formulando las excepciones de: i) Inexistencia del nexo causal, por cuanto el servicio prestado por la entidad es interconsultante y la intra operación la hicieron los galenos del hospital de Suba, quienes lograron controlar el sangrado y posteriormente hicieron seguimiento y brindaron la atención especializada que requirió; ii) Inexistencia del daño antijurídico, bajo el entendido de que se le brindo todos los requerimientos médicos especializados y cirugía general. En ningún momento se negó, retardó, dilató o se dejó de hacer algo procedente médica y asistencialmente en favor de la señora Ana Janneth.
12. Por último, señala que es improcedente el llamamiento en garantía efectuado por el Hospital de Suba, por cuanto no se aportó la prueba sumaria del derecho, confundiendo de contera el contrato suscrito con la praxis médica de los galenos de turno para la fecha de los hechos. Bajo el hipotético caso de cuestionarse su actuar, son los amparados por la póliza de Seguros del Estado, los que podrían materializar la coadyuvancia.
13. La llamada en garantía Mediserv, se OPUSO a las pretensiones de la demanda formulando las excepciones de: i) Ausencia de responsabilidad, teniendo en cuenta que el servicio prestado por la entidad fue oportuno y se apoyó el servicio de cirugía en forma pronta, con vigilancia continua. De otro lado, no se aporta ninguna prueba que demuestre la falla del servicio, ii) Inexistencia de dolo o culpa grave de esta entidad, se demuestra con la historia clínica que actuó con diligencia y cuidado propio de la lex artis médica.
14. La llamada en garantía Seguros del Estado, se OPUSO a las pretensiones de la demanda formulando las excepciones de: i) Ausencia de responsabilidad y de llegar a materializarse el echo la único que debe responder el siniestro es el Hospital Occidente de Kennedy.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

15. La fijación del litigio se centró en determinar si el Estado es responsable administrativa y extracontractualmente por los presuntos perjuicios materiales y morales ocasionados a la señora ANA JANNETH GUARÍN, BERNARDO GIL MORA, Y OTROS, por la presunta falla en el servicio en la atención médica brindada y que, según los actores por un mal procedimiento realizado en el hospital de suba, le amputaron de su pierna izquierda.

DECRETO Y PRÁCTICA DE MEDIOS DE PRUEBA

16. En audiencia inicial adelantada el 15 de junio de 2017, se decretaron los medios probatorios solicitados.
17. En audiencia de pruebas de 5 de octubre de 2017, ese Despacho dio valor probatorio a las documentales allegadas con la demanda y se incorporaron los medios de prueba.



18. Los demás medios probatorios, esto es, prueba testimonial, pericial y documental, se desistió de ellas ante la inasistencia de los testigos (galenos y enfermeras) y del perito, no cumplimiento así con la carga probatoria por parte de las aquí demandadas.

LOS HECHOS ESBOZADOS EN EL LIBELO INICIAL POR PARTE DE LA DEMANDANTE Y SU VALORACIÓN PROBATORIA.

19. A mediados del mes de abril de 2010, a la señora **Ana Janneth Guarín** se le practicó una cirugía de reemplazo total de cadera en el hospital de suba.
20. El 3 de marzo de 2011 ingresó por urgencias a la misma institución por presentar fiebre y persistente dolor.
21. El 9 de junio de 2011, la señora **Ana Janneth Guarín**, ingresó a cirugía para revisión de la prótesis de cadera izquierda en la que se encontró lesión vascular y descompensamiento hemodinámico, por lo que le aplicaron medicamentos y se realizó transfusión de glóbulos rojos.
22. A las 5 de la tarde del mismo día, se le realizó intervención para exploración vascular por ausencia de pulsos de miembros inferiores.
23. El 11 de junio de 2011, la demandante fue trasladada al hospital **Occidental De Kennedy III Nivel** por daño vascular secundario o reemplazo de cadera, antecedentes de exploración vascular, trombolectomía, aparente rafia de vena femoral, re exploración vascular y traslado a cuidados de intermedio, antecedentes de displasia de cadera.
24. El 19 de julio de 2011, la junta médica de decisiones quirúrgicas – cirugía vascular del **Hospital Occidental De Kennedy**, decidió amputarle la pierna izquierda a la demandante, procedimiento que se llevó a cabo el 21 de julio de 2011.
25. Se fundamentó las pretensiones en que la parte demandada incurrió en una falla en la prestación del servicio médico, en tanto le produjo la amputación de la pierna izquierda el día 21 de julio de 2011, lo que le ocasionó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 64,53%, su valoración probatoria fue sustentada en las siguientes pruebas (acta de conciliación fallida, copia de registros civiles de Ana Janeth Guarín, Julio Cesar Guarin, Maicol Guarín y Bernardo Gil Mora y registro de matrimonio de los señores Ana Guarin y Bernardo Gil, Margarita Guarin Olivares, y copia simple de la histórica clínica).

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDO POR EL JUZGADO TREINTA Y UNO (31) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN TERCERA DE BOGOTÁ BAJO EL RADICADO 201300246-00

26. Tal y como se anticipó, el 14 de junio de 2018 profirió sentencia el **Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C. Sección Tercera**, en el marco del Proceso de Reparación Directa iniciado por mi poderdante **Ana Janneth Guarín** y otros, declarando prosperas las pretensiones de la demanda, declarando probada la falla en el servicio y responsable a la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE y UPSS Hospital de Suba**, por consiguiente, ordenó a las indemnizaciones correspondientes como se evidencia en la sentencia.

DE LA APELACIÓN INCOADA POR MI PODERDANTE EN CONTRA DEL FALLO DE FECHA 14 DE JUNIO DE 2018 PROFERIDO POR EL JUZGADO TREINTA Y UNO (31) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN TERCERA, EN EL MARCO DEL PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA

27. La cuantificación se realizó bajo la teoría de la *perdida de oportunidad* y estableció la condena, por perjuicios morales con el fin de resarcir el daño antijurídico a la salud de



mi poderdante y acogió el porcentaje de liquidación del 35% del que se desconoce su origen o fundamento.

28. Al recurso de apelación se anexó el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido el 2 de mayo de 2016 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el que se dictaminó un 63,53% de incapacidad para trabajar, porcentaje sobre el que se debe realizar el cálculo de la liquidación de los perjuicios y no sobre el 35% como lo determinó el *a quo*.
29. Frente a los perjuicios morales, reconocidos a la señora Margarita Guarín Olivares (madre de la víctima), se cuantificaron en la parte considerativa, pero en la parte resolutive se omitió, por lo que solicitó que fuera adicionado.

EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN -B-, MAGISTRADO: FRANKLIN PÉREZ CAMARGO BOGOTÁ, 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019, EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Para llegar a tal decisión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tuvo como argumentos los que en los hechos precedentes se enlistan.

30. Para la Sala la sentencia de primera instancia se debe revocar en atención a que la parte actora no logró demostrar que la atención prestada no fue la adecuada o que se incurrió en un error en los procedimientos que se le realizaron a la paciente y que ello hubiera sido la consecuencia de la amputación de la pierna izquierda de la señora Ana Yaneth, por las razones que pasan a explicarse:

“En el caso en concreto, específicamente con el error en el diagnóstico y la mala prestación en el servicio médico al proceso se allegó únicamente la historia clínica del Hospital del Kennedy III Nivel de la que se observa que se le practicaron todos los procedimientos que necesitaba para la atención del diagnóstico que presentó al momento en que ingresó, que fue trombosis arterial venosa, antecedente de exploración vascular y rafia y trombielectomía femoral, que también fue diagnosticado en el Hospital de Suba quienes al no contar con los instrumentos necesarios para la práctica del examen decidieron remitirla al hospital de tercer nivel con carácter de urgente.

En consecuencia con la solo historia clínica no es posible evidenciar que se haya incurrido en un error en el diagnóstico o que la prestación no haya sido adecuada, contrario a ello se evidencia como los especialista del centro hospitalario ordenaron diferentes procedimientos y medicamentos que fueron realizados en el hospital de Kennedy a fin de que el diagnóstico de la paciente mejorara y que solo hasta el 20 de julio de 2011 se tomó la decisión de amputar la pierna, por el estado en que se encontraba, lo anterior con el fin de salvaguardar la vida e integridad de la demandante.

Igualmente observa la Sala que al tratarse de un título de imputación de falla probada no obra al plenario un dictamen técnico especialista que pueda establecer que en efecto se incurrió en alguna negligencia médica en el diagnóstico o los procedimientos, pues contraria a ello de la historia clínica se observa la debida prestación médica.

También se observa como en la audiencia de pruebas no practicó el dictamen pericial que fue solicitado y que fue declarado desistido, frente al que no se dijo nada, igualmente se citó a interrogatorio a los demandantes y no asistieron a la audiencia, lo que denota la falta de interés para acreditar el daño alegado en la demanda, que es deber de las partes acreditar los hechos que pretenden hacer valer.

No se probó que la entidad hubiera omitido en realizar algún procedimiento que fue ordenado por los médicos tratantes, por el contrario, se reitera, del escaso material probatorio, que consiste solo en la historia clínica por parte del Hospital Kennedy como realizaron diferentes procedimientos, medicamentos y la junta médica que determinó la amputación de la pierna izquierda debido al cuadro que presentaba.



Ahora bien, las pretensiones de la demanda no se encaminaron a debatir el tema de la demora en la prestación del servicio, sino que no se prestó la atención médica requerida y que el diagnóstico no fue adecuado, razón por la que no resultó adecuado el análisis que realizó el juez de primera instancia respecto de la pérdida de oportunidad, por la demora del traslado de la demandante al hospital de mayor nivel.

Es decir que, en virtud del principio de congruencia, a la Sala no le es posible entrar a debatir hechos que no fueron alegados en la demanda ni probados por la parte demandante.

Inclusive, si estuviera en discusión la supuesta demora que hubo en el traslado de la paciente del Hospital de Suba al Hospital de Kennedy, para la Sala no se encuentra demostrado que esta tardanza, que fue de 12 horas, haya influido en el daño alegado por la parte actora, ya que desde que la demandante ingresó al Hospital de III Nivel transcurrieron 40 días para determinar que lo procedente era amputar su pierna izquierda, es decir, que si bien, se generó nota de traslado de urgencia, por parte del Hospital de Suba, este tuvo lugar dentro de un término en el que no se demostró que esas 12 horas hubieran sido la causa eficiente del daño.

De la historia clínica se observa como la señora Ana Janneth tenía complicaciones vasculares - trombolectomía - que fue consecuencia del trasplante de cadera que se realizó y existía la posibilidad de que se presentaran diferentes consecuencias, entre las que está una lesión arterial que se ven reflejados en una trombosis por lo que se le ordenó y suministró el medicamento (Heparina), que fue lo que ocurrió a la demandante, sin que se hubiera demostrado que este diagnóstico fuera consecuencia directa de que no se prestó la atención que necesitaba. Así como que el resultado final de esa lesión generó la amputación de su pierna izquierda, no significa que se hubiera omitido en ningún procedimiento por parte de las demandas.

En este orden de ideas se evidencia que, en el Hospital de Kennedy tomó las medidas necesarias y preventivas que ameritaba la demandante, es decir, que no se demostró ninguna negligencia médica o una mala praxis o que no se le haya prestado ningún servicio en el hospital en mención.

No hay una prueba en el proceso que determine que la atención fue incorrecta, que debían practicarse exámenes diferentes a los ordenados ese día o que el protocolo de atención no era el indicado.

Por ultimo menciona la Sala que en la patología que se realizó a la demandante luego de que se le practicó la imputación de la pierna izquierda se observa que la amputación se dio debió a cambios de necrosis isquémica, por lo que si encontraba en riesgo la vida de la demandante si no se realiza la amputación.

En suma, ante la ausencia de una prueba que indique que las demandadas no le brindaron un diagnóstico y tratamiento errados al momento de atender a la señora Ana Janneth Guarín y que esto fuera la causa de sus lesiones actuales, para la Sala, la parte actora no acreditó la falla que alegó, ni el nexo causal.

Por todas las razones antes expuestas, no se puede acceder a las pretensiones de la demanda sin el debido respaldo probatorio, el cual le correspondía a la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Código General del Proceso, que dispone “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”, pues se reitera, dentro del plenario, si bien está acreditado que la víctima hacia parte del ejército y este sufrió unas lesiones, no se logró establecer si efectivamente ello correspondió a un riesgo superior que le hubiera sido impuesto”. *(Sentencia- parte considerativa- 25 de septiembre de 2019)*

31. El Juez de segunda instancia, basó su argumentación en interpretaciones infundadas, dado que en una de sus argumentaciones fue que la carga de la prueba, en materia médica y en este caso en particular, la tenía que asumir mi poderdante, aunado a ello, manifestó que existió un escaso material probatorio., Este Juzgador no valoró dentro de



su sana crítica que mi poderdante allegó a lo que materialmente pudo tener acceso para probar los hechos manifestados, dicha declaración la emitido de la siguiente forma:

“Igualmente observa la Sala que al tratarse de un título de imputación de falla probada no obra al plenario un dictamen técnico especialista que pueda establecer que en efecto se incurrió en alguna negligencia médica en el diagnóstico o los procedimientos, pues contraria a ello de la historia clínica se observa la debida prestación médica”.

32. La carga probatoria, bajo la teoría de la carga dinámica de la prueba, nos da a interpretar que le correspondía al Hospital de Suba allegar la prueba pericial, como lo estableció la Juez en primera instancia, dado que esta entidad contaba con el conocimiento y la capacidad económica para asumirla, pero esta entidad desistió de la práctica de la misma, quiere decir que su actividad probatoria fue NULA.

33. Nótese H. Magistrados que el Juzgador en segunda instancia, desconoció la jurisprudencia y la doctrina, fuentes que ya se han pronunciado sobre el tema en reiteradas oportunidades como se evidencia en sentencia del 3 de mayo de 2001 que se señaló por parte del Consejo de Estado:

“El principio de la carga dinámica de la prueba se presenta como una excepción a la regla general según la cual quien alega prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar”¹

34. Quiere decir entonces, H. Magistrados, que a las partes a quienes les correspondían probar si la demora, que fue debidamente probada por la historia clínica, no interfirió en la complicación del estado de salud de mi poderdante, lo cual desencadenó a su amputación de su miembro extremo izquierdo, eran las entidades aquí condenadas, a quienes les incumbía probar, mediante prueba pericial, su supuesto de hecho sobre que dicha demora de remisión al Hospital de Kennedy, no tuvo relación alguna con el resultado del daño generado y que actuaron de forma negligente y rápida, aun cuando existía una advertencia de remisión urgente como lo manifestó el médico tratante, que lo advirtió en su reporte médico allegado al plenario, de la siguiente manera:

informado. El 11 de junio de 2011 a las 9:00 am y 10:10 am, solicitud de referencia “...Paciente en posoperatorio de revisión + lesión vascular...”, por lo cual requiere remisión **urgente por riesgo de pérdida de la extremidad**. Se remite a patología la muestra.

35. El Hospital de Suba no remitió a mi poderdante inmediatamente, a sabiendas que su estado de salud se estaba agravando, tardando 12 horas, para su remisión a una ESE de mejor nivel. Ante la carencia de pruebas de la atención que se le brindó en esas doce (12) horas, que se evidencia en la copia de la historia clínica, no se pudo establecer, que atención se le brindó, que exámenes físicos y clínicos se le tomaron y si estuvo o no en continua observación.

36. Por otro lado, este Juzgador de segunda instancia motivo su sentencia manifestando que:

“igualmente se citó a interrogatorio a los demandantes y no asistieron a la audiencia, lo que denota la falta de interés para acreditar el daño alegado en la demanda, que es deber de las partes acreditar los hechos que pretenden hacer valer”.

¹ Consejo de Estado. Febrero 10 de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11878.

Hecho que es muy fácil de controvertir, dado que en las grabaciones de la audiencia se visualiza la presencia de los testigos, de mi poderdante quienes fueron su cónyuge, madre e hijos, que de igual forma la han acompañado durante este proceso y la han ayudado a desplazarse a las audiencias fijadas por el despacho de primera instancia, ahora bien, si no brindaron algún testimonio, fue porque las partes que solicitaron la práctica de los mismos, desistieron de dicha prueba, como se denota en la grabación de la audiencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

✓ *LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES*

La Corte Constitucional² resaltó que aunque, por regla general, el recurso de amparo no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente su ejercicio era viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se vislumbra la violación o amenaza de un derecho fundamental.

A partir de ello, determinó que para el estudio de la procedencia de la acción constitucional, el funcionario judicial debe constatar la configuración de los requisitos de procedibilidad de carácter general, y las causales específicas que se dictaron en la Sentencia C-590 del 2005.

En desarrollo de lo expuesto, estableció algunos requisitos para que los funcionarios judiciales determinen cuándo una acción de tutela es procedente contra una decisión judicial, los cuales, en esta oportunidad han sido unificados:

- ✓ *Cuando el asunto tenga relevancia constitucional.* Como ya fue expuesto desde el resumen introductorio, en el inicio de la explicación sobre las causales específicas de procedibilidad y durante la sustentación de estas, los ataques van perfilados contra errores manifiestos y decisivos del Tribunal accionado, cuya incidencia procesal es del todo relevante pues toca con los derechos a la vida e integridad de la tutelante así como al derecho al debido proceso (Art. 29 constitucional), menguado por el desconocimiento de la verdad probada en juicio.
- ✓ *Cuando el interesado haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela.* La decisión judicial atacada en esta acción de tutela fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al conocer de un recurso de apelación, no existía otro recurso ordinario o extraordinario, por lo mismo, se cumple en todo el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, conforme al cual no es dable recurrir a este si se cuenta con otro medio de defensa judicial. No existiendo estos dentro del presente caso, queda abierta la posibilidad de interponer la acción de tutela (art. 86 constitucional).
- ✓ *Inmediatez:* Como ya se indicó, tenemos que Jurisprudencialmente se ha establecido un parámetro de seis (6) meses para considerar que la acción de tutela contra providencia judicial cumple el requisito de inmediatez. Tal tesis ha sido prodigada por la Corte Suprema de Justicia, en el siguiente sentido: “(...) Lapsos [el seis (6) meses], fijado por la consistente jurisprudencia de esta Corporación, como razonable y proporcional para que la persona afectada en sus prerrogativas básicas ejerza esta acción constitucional”. Dicha posición ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, entre ellos: CSJ SIC de 2 de agosto de 2007, rad. No. 2007-00188-01, sentencia de 10 de mayo de 2012, rad. 11001-02-04-000-2012-00413-01 y sentencia del 19 de febrero de 2015, SIC 1614-2015, radicación: 1101-02-03-000-2015-00268-00. Ahora, si bien la sentencia atacada proferida por el Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Tercera - Sub Sección -B-, la cual termina revocando en su totalidad la sentencia de primera instancia y negando las pretensiones de la demanda, fue notificada en fecha 25 de septiembre de 2019, quiere decir que nos encontramos dentro del término que señala el principio de inmediatez.

² (Corte Constitucional, Sentencia SU-297, may. 21/2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero)

Dirección: Krr 7 N° 12 B - 63 Ofi 404 Edificio San Pablo - Centro Bogotá D.C.

Tel: (031) 3348033 📞 321-3374112 📷 Bufeteponceabogados ✉️ bufeteponceabogados@hotmail.com

www.bufeteponceabogados.com



- ✓ *En caso de tratarse de una irregularidad procesal, cuando esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales.* Como ya fue expuesto desde el proemio, en el inicio de la explicación sobre las causales específicas de procedibilidad y durante la sustentación de estas, los ataques van perfilados contra errores manifiestos y decisivos del despacho accionado, cuya incidencia procesal es del todo relevante pues toca con la continuidad o finalización definitiva de un proceso y tuvo incidencia directa en la decisión adoptada por el juez.
- ✓ *Cuando el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.* Todos los argumentos expuestos con tanto ahínco y convicción jurídica dentro de esta tutela, han sido expuestos y defendidos con igual talante dentro del proceso de Reparación Directa. Prueba de ello, son las actuaciones que se enumeran en el acápite de hechos, y que inclusive en primera instancia las pretensiones de la demanda fueron decretadas por parte del Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C.
- ✓ *Cuando el fallo impugnado no sea de tutela* La presente acción de tutela no se dirige contra otra acción de tutela.

SUBSUNCIÓN DE LOS ERRORES ENUNCIADOS ANTERIORMENTE BAJO LAS CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL.

La misma sentencia de constitucionalidad precisó que si en un caso concreto se encuentran cumplidos los anteriores requisitos genéricos, debe también acreditarse que se ha configurado un defecto orgánico, sustantivo, procedimental, fáctico o un error inducido.

Una vez explicados ampliamente los yerros cometidos por el Tribunal accionado resta por encuadrar los mismos en las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial.

✓ Ausencia de motivación.

Se configuró el defecto de ausencia de motivación porque las consideraciones del Tribunal accionado, no se fundan en ninguna disposición legal y, además, contradice tanto la jurisprudencia como la doctrina sobre los temas que decidió.

✓ Violación directa de la constitución.

Existió, por último, además, una violación directa de la constitución dado que los yerros cometidos por el Tribunal accionado están generando un grave desequilibrio entre las partes del proceso. Esta violación directa a la constitución se da al quebrantar el Tribunal accionado el principio de igualdad consagrado en el art. 13 constitucional y en los arts. 4, 11, 42. núm. 2 del C.G del P.

✓ Desconocimiento del Precedente Judicial.

De los varios argumentos contenidos en páginas anteriores, lo cuales incluyen permanentes referencias a sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional y consejo de Estado, se habrá dejado entrever que la sede judicial accionada también incurrió, al proferir la sentencia atacada, en una violación y desconocimiento flagrante del precedente judicial que ha sido trazado por esta misma alta corporación.

SOBRE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

En el caso que nos compete, mi poderdante se encontraba en desventaja probatoria en el entendido de allegar otro medio de prueba, aparte de las ya aportadas, dado que no tiene el conocimiento, ni la capacidad económica para haber allegado una prueba pericial, donde se probará la falla del servicio consistente en que como producto de la demora del traslado a una



ESE de mayor nivel, esta demora desencadenó que no se le hubiera atendido a tiempo, de tal manera que si dicha atención se hubiera realizado en el menor tiempo posible, había sido viable la no amputación de su extremidad izquierda, Ahora bien, no se puede pretender que la teoría de la carga de la prueba se convierta en la armadura de protección a la parte negligente en su actividad probatoria como lo fueron las partes aquí demandadas, que no practicaron ninguna de las pruebas decretadas por el juzgado de primera instancia, pero que sí fueron decretadas por la juzgadora (práctica de pruebas testimoniales de los galenos, del personal de la salud de las entidades aquí demandadas, interrogatorios de parte y la práctica de la prueba parcial concedida al Hospital de Suba), quienes en sentencia de primera instancia se encontró responsable de los hechos manifestados.

Conforme lo expuesto, las cargas dinámicas entraran a ser protagonistas a decisión del Juez o magistrado ante la ausencia de prueba y de convicción del funcionario; solo así, y en la etapa previa a la sentencia, es decir, en la valoración de los medios de prueba empleados, es cuando el fallador, ante el fracaso de la carga tradicional, efectuará la reflexión sobre las facilidades probatorias desatendidas y la cercanía de las partes a las pruebas no aportadas, para así concretar una consecuencia en la sentencia que pesará sobre la parte que por negligencia o deslealtad procesal, no permitió el florecimiento de la verdad procesal.

Fue así que la Juzgadora en primera instancia, al presenciar la inactividad probatoria por parte de las entidades aquí demandadas, deja en manifiesto en la audiencia oral y vuelve a traerlo a colación en la parte considerativa de su sentencia lo siguientes:

El Despacho advierte que en audiencia de pruebas celebrada el día 5 de octubre de 2017, ante la inactividad de las partes en la recolección de los demás medios de prueba decretados en audiencia inicial se prescindió de: **i)** prueba pericial a favor del hospital de Suba; **ii)** testimonios e interrogatorio de parte).

Correspondía entonces Honorables Magistrados, y en aras de la verdad, emplear cargas dinámicas de la prueba como lo realizó la Juez en primera instancia, quien decreto en favor de las entidades aquí demandadas la práctica de las pruebas contundentes, pertinentes y útiles para esclarecer los hechos generadores del daño irreparable que se le ocasiono a mi poderdante, como lo fue la amputación de su extremidad izquierda, pruebas la cuales nunca se practicaron por desistimiento voluntario de las entidades, como se evidencia en las grabación de la audiencia donde se emitió sentencia en primera instancia de fecha 05 de octubre de 2017.

El Consejo de Estado jurisprudencialmente ha determinado que, en la responsabilidad por falla presunta, al demandante le corresponde acreditar: i) que ha sufrido un daño antijurídico y, ii) la existencia de una relación causal entre este y el hecho causante del perjuicio. la entidad demandada debe probar la ausencia de falla del servicio, demostrándole al juez que la administración obró debidamente (mendoza & motta, 2011, p.30)., así las cosas, el régimen de la falla presunta se fundamenta en la culpa formal, que hace presumir la violación o incumplimiento de la ley (gutiérrez, 2011,p.165) colofón de lo anterior, la importancia de la teoría de la falla presunta radica en la inversión de la carga probatoria, pues mientras en la falla probada corresponde al actor demostrar la responsabilidad de la administración, bajo el esquema de la presunción corresponde es a la administración demostrar que su actuar fue el adecuado y que la falla no existió. (guio, quintero & tejada, 2012, p.54).

La aplicación de la carga dinámica de la prueba en los procesos sobre responsabilidad médica, surge la dificultad que una de las partes, en comparación con la otra, tiene para probar determinados hechos dentro en el litigio, bien sea por su cercanía con el material probatorio, o por sus conocimientos científicos y/o especializados sobre lo que se debate, esto con el fin de lograr un verdadero equilibrio entre las partes, “si bien el profesional de la medicina tiene mayores posibilidades de probar y explicar los procedimientos que aplicó, no menos cierto es el hecho de que hay circunstancias que se pierden en la íntima relación médico – paciente, quedando el galeno en algunas ocasiones desprotegido en materia probatoria, ante una posible

demanda por parte del paciente” (Parra, 2004, pág.9) La carga dinámica de la prueba “importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quienes están en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (Peyrano 2004, p.19). En palabras del profesor Azula (2008, p. 47) cuando la carga se impone sobre una de las partes, pero esta no está en condiciones de aportarla por la dificultad que le representa, en aplicación de la carga dinámica de la prueba, la carga se traslada a su opositora, como sucede en los casos de responsabilidad por intervenciones quirúrgicas. Sin embargo, es importante resaltar que la misma no es una obligación ni un deber, pues no existe sujeto legitimado para exigir que se cumpla, la parte que alega un hecho debe probarlo, pero en el curso del proceso, su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del Juez o de la contraparte (Parra, 2004, p. 242), es decir, su aplicación es excepcional y no desplaza la carga impuesta a la parte actora conforme a las reglas tradicionales de la prueba (Serrano, 2012, p. 29). En hilo de lo expuesto, la teoría de la carga dinámica busca evitar el peso de presunciones en cabeza del Estado y trata de equilibrar las cargas en materia probatoria (2007, Tamayo, p.77).

Vale la pena traer a colación la actividad probatoria generada por mi poderdante dentro del proceso judicial, quien aportó la historia clínica donde efectivamente si se evidencia una **demora (12 horas)** en el traslado a una ESE de mayor nivel, de igual forma, se le logro demostrar que la entidad prestadora de salud – Hospital de Suba, tenía conocimiento sobre la urgencia del traslado, manifestado y transcrito en la historia médica de mi poderdante por el galeno tratante, quien de igual forma fue citado a dar su testimonio, prueba de la cual desistió la entidad demandada, testimonio que era de vital importancia practicar, dado que este, bajo su conocimiento, pericia y experiencia, hubiera ilustrado sobre la urgencia de haber realizado el traslado inmediato a mi poderdante y así haber evitado desatar un acontecimiento irreparable como lo fue la amputación de la extremidad inferior izquierda de mi poderdante, frente a los testimonios de los familiares de mi poderdante, que de igual forma presenciaron dicho acto alegado, las entidades aquí demandadas desistieron en practicarlos, de igual forma aconteció con el interrogatorio de parte hacia mi poderdante, pruebas testimoniales las cuales acreditaban la ocurrencia de los hechos generadores del daño, puesto que estos, de manera personal, gestionaban que dicho traslado fuera lo más pronto posible ante la gravedad de la remisión, quienes aun a pesar de gestionar internamente con el personal del hospital de Suba, no tuvieron éxito alguno, solo después de casi doce horas, fue remitida.

III. PETICIONES:

PRIMERA: SE CONCEDA EL AMPARO CONSTITUCIONAL deprecado en nombre de la Sra. ANA YANETH GUARIN y OTROS y se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad probatoria, y se reivindiquen los principios de prevalencia de la verdad probada en juicio.

SEGUNDA: En consecuencia, SE DEJE SIN EFECTO la totalidad de la SENTENCIA JUDICIAL, proferida por TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN -B- de fecha 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019, por medio del cual resuelve el recurso de apelación en contra del fallo de fecha 14 DE JUNIO DE 2018 proferido por el JUZGADO TREINTA Y UNO (31) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN TERCERA, en el marco del Proceso de reparación directa incoado por mi poderdante Sra. ANA YANETH GUARIN.

IV. TRÁMITE Y COMPETENCIA

El procedimiento correspondiente a esta acción es el regulado en el Decreto 2591 de 1991, y demás normas que lo reglamenten, modifiquen o complementen especialmente en sus artículos 17 (trámite preferente), 29 (plazo y contenido del fallo), 31 (impugnación del fallo) y 33 (remisión del fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión).



Por su parte el Decreto 1983 de 2017, por el cual se modifica el Decreto 1069 de 2015 Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela, dispuso que las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada, motivo por el cual esta acción debe ser conocida por el Consejo de Estado, como quiera que el fallo atacado fue proferido por El Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Tercera - Sub Sección -B-

V. JURAMENTO:

Afirmo bajo la gravedad del juramento no haber presentado otra acción de tutela ante otra autoridad judicial por los mismos hechos y motivos que dieron pábulo a la presente acción y en contra de la misma providencia proferida por el Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Tercera - Sub Sección -B-, dentro del proceso de reparación directa, esta es:

a.) **Sentencia** por medio de la cual se resuelve el **recurso de apelación** en contra del fallo de fecha 14 de junio de 2018 proferido por el **Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C. Sección Tercera**, en el marco del **Proceso de Reparación Directa** iniciado por mi poderdante Ana Janneth Guarín y otros, el cual revoco la sentencia proferida por el **Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C.** y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

VI. PRUEBAS:

✓ *DOCUMENTALES.*

Solicito al Respetado Despacho se requiera al **Juzgado Treinta Y Uno (31) Administrativo Oral De Bogotá D.C. Sección Tercera**, y al **Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Tercera - Sub Sección -B-** para que remita copia íntegra del expediente correspondiente al proceso de Reparación Directa identificado con radicado 110013336031201300246000 001, ante la imposibilidad de acceder al mismo por la contingencia que esta presentado el País y la prohibición al acceso a la sede Judicial.

VII. NOTIFICACIONES

La suscrita apoderada, así como la tutelante, recibiremos notificaciones en la Dirección Carrera 7 N° 12 B – 63 oficina 404 Edificio San Pablo Tel: 3348033 Cel.: 3213374112 Correo Electrónico: bufeteponceabogados@hotmail.com

Respetuosamente,

KIANNA MARTINEZ P.

Kianna Sujey Martínez Ponce

C.C: 1.073.382.744

T.P. 282949 del C. S. de la J.