

Bogotá D.C., octubre de 2020

Señores(a)

CONSEJO DE ESTADO
E.S.D

REPARACIÓN DIRECTA

Referencia:

Acción de tutela en contra de la SENTENCIA DEL 17 DE JUNIO DE 2020 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION "A" Notificada el 12 de agosto de 2020.

No. Proceso:

2013-00282

Demandante:

LORENZA URBINA SANABRIA Y OTROS

Demandado:

DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, HOSPITAL DE KENNEDY E.S.E Y EL HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.

Llamado en Garantía:

SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Dayana Stefanny Jimenez Hernandez, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.073.234.658 de Mosquera, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional No. 264.050 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, tal y como consta en el poder a mi conferido, a continuación, me permito interponer **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la SENTENCIA DEL 17 DE JUNIO DE 2020 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION "A". SENTENCIA DEL 17 DE JUNIO DE 2020 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A" Notificada el 12 de agosto de 2020 y en los siguientes términos:

- I. **OPORTUNIDAD DE LA INTERVENCIÓN.**
- II. **PROCEDEBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**
 - a. **El defecto factico por valoración defectuosa de la prueba: el contrato de seguro excluye eventos de reclamaciones por organismos patogénicos.**
 - i. **Indebida apreciación y valoración probatoria.**
- III. **DECLARACIONES.**
- IV. **NOTIFICACIONES.**

I. OPORTUNIDAD DE LA INTERVENCIÓN

La legislación nacional no contempla un periodo de caducidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

No obstante lo anterior, *"La Corte Constitucional en otras oportunidades ha fijado la regla según la cual la tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad del término no se ha establecido a priori, sino que serán las circunstancias del caso concreto las que la determinen. Sin embargo, se ha indicado que deben tenerse en cuenta algunos factores para analizar la razonabilidad del término: 1) si existe*

un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados"¹

Por su parte, el Consejo de Estado precisó que seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, es un término razonable para ejercer la acción de tutela contra providencias judiciales oportunamente, en consideración a la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas.²

De esa manera, teniendo en cuenta que la sentencia fue notificada el 12 de agosto de 2020, la presente acción se presenta dentro de un plazo razonable, cumpliendo de esa forma con el requisito de inmediatez.

II. PROCEDEBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La jurisprudencia y la doctrina han resaltado la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. Según la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, las decisiones judiciales no pueden ser atacadas por vía de la acción de tutela, salvo que constituyan vías de hecho, y al cumplimiento de los requisitos de procedibilidad propios de tutela.

En efecto, por sentencia de Tutela 269 de 2018 del Magistrado Carlos Bernal Pulido se recordó que cuando la acción de tutela se interpone contra una autoridad judicial, con el fin de cuestionar una providencia proferida en ejercicio de su función de administrar justicia, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario acreditar los siguientes requisitos generales:

"(i) Que el caso tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que al interior del proceso se hubiesen agotado todos los medios de defensa judiciales al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, esto es, que la tutela se hubiese interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la presunta vulneración; (iv) que se trate de una irregularidad procesal con un efecto decisivo en la providencia que se impugna; (v) que el tutelante identifique, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, así como, de haber sido posible, la etapa en que fueron alegados en el proceso ordinario y, finalmente, (vi) que la decisión judicial que se cuestione no sea de tutela."

Además, la doctrina ha establecido requisitos específicos³: (i) el defecto orgánico; (ii) el defecto procedimental absoluto; (iii) el defecto fáctico, entre el cual se considera el

¹ Sentencia de Tutela 016 de 2006. Magistrado Ponente: Manuel Cepeda.

² Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 11001031500020150148001, Jun. 08/16

³ Quinche, Manuel. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias. Séptima edición. Editorial Ibañez. 2012. Pág. 158 y siguientes.

defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, esto es, “(...) cuando el funcionario judicial decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido (...)”⁴; (iv) el defecto sustantivo; (v) el error inducido; (vi) la decisión judicial sin motivación; (vii) el desconocimiento del precedente; y (viii) la violación directa de la Constitución.

En atención de lo anteriormente expuesto, se describe a continuación la acción u omisión que motiva la procedencia de la acción de tutela contra la sentencia de la referencia:

a. El defecto fáctico por valoración defectuosa de la prueba: el contrato de seguro excluye eventos de reclamaciones por organismos patogénicos.

El cuarto requisito general traído por la jurisprudencia constitucional establece *una irregularidad procesal con un efecto decisivo en la providencia que se impugna*. Por su parte, el octavo requisito específico esbozado por la doctrina contempla la violación directa de la Constitución Nacional.

El artículo 29 superior dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El debido proceso abarca todas aquellas normas procesales y/o sustanciales aplicables al caso y que permitan dilucidar mediante reglas claras el objeto de controversia.

Se observa que ni el Juez de primera instancia ni el Tribunal en segunda, acataron los argumentos esbozados por mi representada en el recurso de apelación interpuesto contra sentencia del 12 de marzo de 2018. En efecto, brilló por su ausencia el pronunciamiento respecto de las normas aplicables a la relación contractual nacida del contrato de seguro, en especial, aquella consagrada en el artículo 1602 del Código Civil y 1056 del Código de Comercio que rezan a su tenor lo siguiente:

ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

ARTÍCULO 1056. <ASUNCIÓN DE RIESGOS>. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

Dentro del contrato de seguro materializado en la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional No.12-03-101000300, el asegurador con la venia del contratista asumió ciertos riesgos y excluyó expresamente otros como lo son las reclamaciones por organismos patogénicos.

Quedó probado que la causa del daño se debió a una bacteria -presuntamente-intrahospitalaria denominada endoftalmitis aguda, la cual se entiende como una infección en el interior principalmente causada por bacterias.

⁴ Ibidem. Pág. 213.

Quedaron probadas, además, las condiciones contractuales del contrato de seguro mediante prueba documental aportada por la E.S.E Hospital occidente de Kennedy III Nivel en su llamamiento en garantía, y que, en el mismo se consagró como una de las exclusiones:

"15. Reclamaciones por organismos patogénicos (moho u hongos, sus esporas, bacterias, algas, micotoxina y cualquier otro producto metabólico, enzimas, proteínas segregadas por las anteriores bien sea tóxicas o no)"

Tal exclusión tiene una razón de ser lógica y acorde con el contrato de seguro convenido. La naturaleza de la póliza de contrato de seguro de responsabilidad civil profesional contempla como natural a su cobertura, el amparo por **los daños causados a un tercero, llamado víctima, como consecuencia de una acción u omisión en el ejercicio de su profesión.** Lo anterior implica la valoración de la conducta de los profesionales de salud bajo un régimen subjetivo de culpa, o en lo que respecta a la responsabilidad estatal, a una falla del servicio que le sea atribuible.

Sin perjuicio que la responsabilidad atribuida es de origen objetivo, lo cual excluiría de facto el amparo de la póliza, lo cierto es que ninguno de los elementos anteriores fue tenido en cuenta en la sentencia que se reprocha, lo que configuraría entonces una violación directa a la Constitución Política por trasgresión al debido proceso que debía aplicarse para resolver el vínculo contractual que enlazó a Seguros del Estado S.A., como llamado en garantía en el presente proceso.

i. Indebida apreciación y valoración probatoria.

Corolario de lo expuesto y en atención al tercer requisito específico, es decir, el defecto fáctico, entre el cual se considera el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, esto es, "(...) cuando el funcionario judicial decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido (...)">⁵, se expone a continuación las razones de fondo que ameritan dejar sin efectos la sentencia en cita.

Como primer aspecto, es objeto de reproche por el suscrito que no se logró probar en el curso del proceso la falla en el servicio médico asistencial respecto del procedimiento quirúrgico y postquirúrgico adelantado por el HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY a la señora Lorenza Urbina, contrario sensu, se decidiera fallar con base en indicios que no tenían soporte probatorio con certeza el nexo de causalidad imputable al HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY.

Razón le asiste al Tribunal en analizar la adquisición de una bacteria intrahospitalaria bajo un régimen de riesgo excepcional, y con él, criterios de responsabilidad objetiva.

En efecto, en el específico campo de la responsabilidad por riesgo, debe tenerse presente que este es una especie de categoría más general que engloba otros factores de responsabilidad ajenos a la culpa.

Así, en atención a las consideraciones del Tribunal, resultaría admisible que, sin perjuicio que no se logró probar omisión o negligencia médica por parte del HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY, se analizara el riesgo excepcional siempre y cuando se cumplieran a cabalidad

⁵ Ibidem. Pág. 213.

los requisitos que la jurisprudencia ha traído al respecto, esto es, que el mismo sea indiscutiblemente imputable a la entidad que se demanda.

Se deja a consideración del honorable Consejo de Estado que la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional atribuida a la E.S.E. HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY, no cumplió el requisito precedente pues se cimentó en indicios. En palabras del Honorable Tribunal: “Lo anterior, permite concluir a la sala, que aun cuando no se evidencia que el Hospital de Kennedy haya desatendido los protocolos médicos...”

“... por encontrarse suficientes indicios que la infección fue adquirida intrahospitalariamente”

(subrayado fuera del texto original)

No existe certeza que el nexo de causalidad como requisito *sine qua non* para atribuir responsabilidad se cumpla en el presente caso, pues se abre a consideraciones diversas que la bacteria que desencadenó en el daño que se reprocha se hubiese podido adquirir en circunstancias no atribuibles a la E.S.E. HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY.

Se reconvine que en la pagina 8 de la sentencia se aduzca que “Finalmente, el H. Consejo de Estado ha establecido que actualmente en los caos de falla médica, se analizan conforme la falla probada del servicio, en consecuencia, se debe demostrar: **(i)** la existencia de un daño y **(ii)** la imputabilidad a la entidad demandada, por cuanto de conformidad con el artículo 177 de CPC “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...), lo anterior , por cuanto el mismo Tribunal reconoce que incumbe a las partes probar el supuesto hecho.* Pero, -sorprende-, que, el *ad quem* hubiese dado por probado completamente el nexo de causalidad e imputable a la E.S.E. basándose solo en indicios.

El Tribunal decidió separarse por completo de los medios probatorios y, sin mediar ninguna prueba que acreditara la falla en la prestación del servicio, se podía desvirtuar la adquisición de la bacteria al interior del centro hospitalario, o por lo menos, improbarse el nexo de causalidad en cabeza de la E.S.E. HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY.

Corolario de lo anterior, el Honorable Tribunal de Cundinamarca, expone en sentencia del 17 de junio de 2020, numeral 5 de los aspectos sustanciales frente a la cobertura de la póliza

“...frente al argumento **que se analice la ausencia de cobertura de la póliza en relación con las reclamaciones por organismos patogénicos, tal como lo afirma el apelante (SEGUROS DEL ESTADO S.A), no se planteo inicialmente en la contestación del llamamiento, en consecuencia, no puede ser alegado en el recurso de apelación, puesto que ello implicaría desconocer el principio del debido proceso y en contradicción de la parte demandante, razón por a cual, no hay lugar a hacer algún pronunciamiento en esta instancia.**”

(negrilla y subrayado fuera del texto original)

Omite el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la valoración íntegra de las condiciones particulares y generales de la póliza N, 12-03-101000300, en especial el numeral 15 de las exclusiones “**Reclamaciones por organismos patogénicos (moho u hongos, sus esporas, bacterias...**” desconociendo el artículo 1602 del Código Civil el cual establece” LOS

CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

A efectos de soportar el presente argumento traemos a colación un reciente pronunciamiento por parte de la Sección Segunda Subsección B del H. Consejo de Estado, providencia del 27 de mayo de 2020, Magistrada Ponente SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Corporación que para un caso análogo falló en favor de esta misma Compañía de Seguros, al advertir que el juez no tuvo en cuenta la exclusión expresa que se alega a través del presente documento, que en su tenor literal frente al caso concreto concluyó: ⁶

*"Así pues, se concluye que el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina incurrió en un defecto fáctico al **no valorar de forma íntegra el articulado contentivo de la pluricitada póliza**, la cual originó la condena impuesta a Seguros del Estado S.A., en calidad de llamada en garantía, a concurrir junto con la IPS Universitaria de Antioquia en el pago de la indemnización de perjuicios materiales reconocida en favor de la parte demandante.*

*Por otra parte, teniendo en cuenta que quienes acuden a la administración de justicia deben tener la posibilidad de (i) controvertir las decisiones que adopten los jueces²¹ y (ii) en los casos en que ello ya no sea posible por encontrarse ante una última instancia, saber el porqué de la solución a su caso²², considera la Sala que el **Tribunal accionado debió efectuar un ejercicio argumentativo más amplio y un análisis detallado respecto a las pruebas allegadas al trámite de la acción ordinaria; especialmente, la póliza de responsabilidad civil 65-03-101023398** suscrita entre la I.P.S. Universitaria de Antioquia y Seguros del Estado S.A., pues, si bien esto no incide en la condena impuesta a la institución de la salud, no se puede desconocer que de tal estudio depende determinar la concurrencia en el pago por parte de la sociedad aseguradora accionante.*

*De conformidad con lo previamente expuesto, entonces, se amparará el derecho fundamental al debido proceso de Seguros del Estado S.A. aclarándose que ello no incide en el sentido de la decisión que deberá ser proferida en su reemplazo, pues lo que se cuestiona en esta instancia es que **el Tribunal, para adoptar su decisión, incurrió en un defecto fáctico y no motivó adecuadamente, frente a la cobertura de la póliza de responsabilidad civil 65-03-101023398** a la luz de su propio articulado que, a su juicio, habilitaba al llamamiento en garantía de la sociedad aquí accionante dentro de la acción de reparación directa con radicado No. 2016-00236..."*

El Tribunal decidió separarse por completo de los medios probatorios debidamente allegados y practicados durante el proceso judicial, decidiendo resolver el asunto jurídico debatido sin motivación adecuada pues incurrió en un defecto factico al no apreciar y valorar en forma íntegra la cobertura de póliza de responsabilidad civil, confirmando la sentencia apelada por mi representada.

III. DECLARACIONES

⁶ Sentencia de Tutela 2020-01378. Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. /Mayo 27-2020

Con base en lo expuesto, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados (a):

- (i) Declarar vulnerado el derecho fundamental y constitucional al debido proceso.
- (ii) Declarar que el Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Tercera , Subsección "A" incurrió en una irregularidad procesal con un efecto decisivo en la providencia que se impugna, por haber omitido aplicar las normas procedimentales y sustanciales aplicables a la relación jurídica entre la E.S.E. HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY y Seguros del Estado S.A.
- (iii) Declarar que el Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Tercera , Subsección "A" incurrió en un defecto fáctico, al haberse separado por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido.
- (iv) Dejar sin efectos la SENTENCIA DEL 17 DE JUNIO DE 2020 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA, SUNSECCION "A" Notificada el 12 de agosto de, por haber trasgredido el derecho fundamental al debido proceso.

IV. NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la Carrera 11 número 90 - 40 de la ciudad de Bogotá D.C., y/o en el correo electrónico juridico@segurosdelestado.com y dayana.jimenez@segurosdelestado.com

Para efectos de notificar a Representante Legal de SEGUROS DEL ESTADO S.A., para realizar citación a declaración, téngase en cuenta la dirección anteriormente aportada.

Respetuosamente,



DAYANA STEFANNY JIMENEZ HERNANDEZ

CC: 1.073.234.658

TP. 264.050