

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO FACTICO - Requisitos de procedibilidad

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA-ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

NOTA DE RELATORIA: Sobre procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo de 31 de julio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Exp: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC)IJ., donde se rectifica la jurisprudencia al respecto, y Corte Constitucional sentencia C-590 de 2005. Sobre defecto fáctico, Corte Constitucional, Sentencias SU-159 de 2002, SU-1184 de 2001 y T-512 de 2011.

PRUEBAS DE OFICIO Y DEBIDO PROCESO - Facultad para decretarlas por el juez de segunda instancia

En primer lugar se destaca que la decisión de decretar una prueba de oficio en segunda instancia no conlleva en sí misma una vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa, pues de conformidad con el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), el juez está facultado en cualquiera de las instancias para decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

DEFECTO PROCEDIMENTAL - Por negar al accionante la oportunidad procesal para controvertir el informe recaudado en segunda instancia

Ahora bien, en el caso concreto se observa que el Tribunal Administrativo de Santander profirió el fallo de segunda instancia sin antes permitir el ejercicio del derecho de contradicción frente al informe rendido por los especialistas del Hospital Universitario de Santander, prueba que fue fundamental para la decisión adoptada por la autoridad judicial accionada. En tal medida, es evidente para la Sala que la parte actora en el proceso de reparación directa no tuvo la oportunidad de controvertir la prueba decretada y practicada en el transcurso de la segunda instancia, generándose así una clara vulneración del derecho al debido proceso del accionante. Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en un defecto procedimental al proferir la providencia de 15 de marzo de 2012, sin haber permitido el ejercicio del derecho de contradicción frente a la prueba mencionada, desconociendo con dicha actuación las normas procesales aplicables.

FUENTE FORMAL: ARTICULO 238 DEL C. DE P. C / ARTICULO 243 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

NOTA DE RELATORIA: Sobre defecto fáctico, Corte Constitucional, Sentencias SU-159 de 2002, SU-1184 de 2001 y T-512 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01193-00(AC)

Actor: JOSE PASTOR BERNAL HERRERA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por José Pastor Bernal Herrera contra el Tribunal Administrativo de Santander.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

En ejercicio de la acción de tutela, el señor José Pastor Bernal Herrera, acudió ante esta Corporación para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, que estimó lesionados por el Tribunal Administrativo de Santander, al proferir la providencia del 15 de marzo de 2012 dentro de la acción de reparación directa instaurada por el tutelante y otros contra el Instituto de los Seguros Sociales, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, solicitó se deje sin efectos la sentencia proferida el 15 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso de reparación directa con radicación No. 11001-03-15-000-2012-01193-00, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para que en su lugar, se profiera una nueva providencia en la cual se despachen favorablemente todas las pretensiones.

2. Los Hechos

La parte actora expone como fundamento de su solicitud, los hechos que se resumen a continuación:

Los señores Flor de María Bernal Herrera, Ramón Bernal Medina, Gilberto Bernal

Herrera y José Pastor Bernal Herrera (quien actúa en el presente asunto como demandante), presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales, solicitando que se declarara responsable a esta entidad por los perjuicios ocasionados con la muerte de Cecilia Herrera de Bernal, y se le condenara al pago de los mismos a favor de los accionantes.

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga.

Mediante sentencia de primera instancia proferida el 10 de agosto de 2009, el Juzgado Décimo Administrativo de Bucaramanga declaró al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable por los daños y perjuicios derivados de la muerte de Carmen Cecilia Herrera, y le ordenó pagar por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Flor Marina Bernal Herrera y José Pastor Bernal Herrera.

La entidad demandada interpuso de recurso de apelación contra la anterior decisión.

En el trámite de la segunda instancia y con el objeto de esclarecer los aspectos dudosos de la controversia, el Magistrado Sustanciador profirió el auto de 20 de mayo de 2011, por el cual ordenó oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que rindiera concepto sobre la atención médica recibida por Cecilia Herrera de Bernal.

El Tribunal Administrativo de Santander desató el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia a través del fallo de 15 de marzo de 2012, mediante el cual revocó la providencia de 10 de agosto de 2009 y en su lugar denegó las pretensiones de la demanda

El demandante señala que la decisión del Tribunal Administrativo de Santander se fundamentó en el dictamen pericial decretado y practicado en la segunda instancia, a pesar de que la parte actora no pudo ejercer los derechos de contradicción y a la defensa.

También expresa el accionante que si bien el Tribunal tenía la facultad de decretar

pruebas de oficio, eso no significa que pudiera sustituir la carga de la prueba que le correspondía a las partes.

Soporta sus alegaciones en las providencias emitidas por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2011 (radicado interno 9708-2005) y el 18 de marzo de 2008 (Expediente 14.338).

3. Intervenciones

Mediante el auto de 14 de agosto de 2012 se ordenó la notificación a la parte accionada y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fl. 169).

El Tribunal Administrativo de Santander dio respuesta a la solicitud de tutela mediante memorial obrante a folios 175 a 178, para lo cual retomó en primera medida la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En lo atinente al caso concretó, adujo que el trámite dado al proceso ordinario se ciñó a las normas procesales aplicables y respetó a plenitud las formas propias del juicio, en garantía del debido proceso de las partes; añadió que la decisión atacada no es arbitraria y se encuentra debidamente justificada.

Además de lo anterior, observó que el tutelante contaba con otro medio de defensa para controvertir la prueba judicial, pues pudo proponer un incidente de nulidad contra la providencia de segunda instancia y no lo hizo.

Concluyó afirmando que la acción de tutela es un mecanismo residual que no puede convertirse en una tercera instancia o en un procedimiento alternativo a los juicios ordinarios.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente acción ejercida contra el Tribunal Administrativo de Santander en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382

de 2000, el cual establece reglas para el reparto de la acción de tutela.

1.1. Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

1.2. La acción de tutela contra decisiones judiciales

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) Defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) Defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) Defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) Defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas¹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente², se consideran pruebas inadmisibles³ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁴, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de

¹ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

² Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998 que señaló:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

³ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁵.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra

⁵Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”.

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) 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 iusfundamental irremediable: Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma

tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). 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: Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VIA DE HECHO por la de DECISION ILEGITIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) Defecto orgánico: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. (b). Defecto procedimental absoluto: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) Defecto fáctico: Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) Defecto material o sustantivo: Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido: Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a

la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) Desconocimiento del precedente: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado (h.) Violación directa de la Constitución: Procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar, porque la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela

es improcedente para controvertir decisiones judiciales⁶, rectificó su posición mediante la sentencia del 19 de junio de 2012⁷, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, “*observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia*”, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos⁸.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en violación del derecho fundamental al debido proceso del actor al proferir el fallo de 15 de marzo de 2012 dentro de la acción de reparación directa de José Pastor Bernal Herrera y otros contra el Instituto de Seguros Sociales.

3. Análisis del caso concreto

En síntesis, el accionante solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa que considera vulnerados por el Tribunal Administrativo de Santander, al proferir la sentencia del 15 de marzo de 2012, mediante la cual se negaron las pretensiones dentro del proceso de reparación directa que iniciaron los señores José Pastor Bernal Herrera, Flor de María Bernal Herrera, Ramón Bernal Medina y Gilberto Bernal Herrera contra el Instituto de Seguros Sociales.

El demandante señala que mediante providencia de 10 de agosto de 2009, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga emitió fallo de

⁶ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004, e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁷ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁸ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse las siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **3)** 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

primera instancia dentro del proceso referido, en el cual encontró administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales de los daños derivados de la muerte de Carmen Cecilia Herrera, y lo condenó a pagar la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales a favor de los demandantes José Pastor Bernal Herrera y Flor María Bernal Herrera.

Observa que en el trámite del recurso de apelación y con el fin de esclarecer los puntos dudosos de la controversia, el Tribunal Administrativo de Santander expidió el auto de 20 de mayo de 2011, a través del cual ordenó oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que rindiera un concepto sobre la atención médica recibida por la señora Cecilia Herrera de Bernal en el Instituto de Seguros Sociales.

El actor afirma que una vez rendido el dictamen pericial, el Tribunal Administrativo de Santander procedió a proferir la sentencia de 15 de marzo de 2012, sin correr traslado a las partes para que ejercieran los derechos de contradicción y a la defensa frente a la prueba practicada en segunda instancia.

Reprocha el accionante que la autoridad judicial demandada decidió negar las pretensiones de la demanda con fundamento en la prueba decretada y practicada en segunda instancia, a pesar de que no permitió que fuera controvertida como lo dispone el ordenamiento jurídico procesal.

Añade que a su juicio, el Tribunal Administrativo de Santander suplió indebidamente la carga probatoria que le correspondía a la parte accionada dentro del proceso de reparación directa.

Previo a cualquier análisis, debe la Sala señalar en primer lugar, que acogiendo la tesis reiterada por la jurisprudencia, la acción de tutela no puede constituirse en un mecanismo en el que se sometan a debate aspectos que le son propios de definir al juez ordinario y no al juez constitucional.

Observa la Sala que debido a que la inconformidad del accionante se centra en que el Tribunal Administrativo de Santander no le permitió pronunciarse ni controvertir la prueba decretada y practicada en segunda instancia, la cual fundamentó posteriormente la decisión de negar las pretensiones de la demanda, es necesario entrar a revisar la actuación procesal surtida durante el trámite del

recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de agosto de 2009 (fls. 234 al 300 del cuaderno anexo).

Mediante auto de 28 de octubre de 2009 (fl. 239), el Tribunal Administrativo de Santander admitió el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra el fallo de 10 de agosto de 2009 del Juzgado Décimo Administrativo de Bucaramanga; posteriormente y por auto de 25 de noviembre de 2009 (fl. 240) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos finales.

Por intermedio de la providencia de 20 de mayo de 2011 (fl. 252), el Despacho del Magistrado Sustanciador ordenó que se oficiara al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Seccional Santander, para que con base en la historia clínica de la señora Cecilia Herrera de Bernal determinara los siguientes puntos:

- a) La calidad y oportunidad de la actuación médica recibida por Cecilia Herrera de Bernal el 2 de marzo de 2002 y del 26 al 30 de abril de 2002.
- b) Si existe relación entre el resultado de la primera escanografía cerebral simple realizada el 2 de marzo de 2002 y la segunda, realizada el 26 de abril de 2002.
- c) Si el tiempo de espera entre la realización de la escanografía del 26 de abril de 2002 y del procedimiento quirúrgico fue el adecuado, teniendo en cuenta las pruebas de coagulación.
- d) Si la atención posquirúrgica de la paciente fue adecuada.
- e) Posibles causas determinantes de las complicaciones presentadas en la salud de Cecilia Herrera de Bernal, y si las mismas pueden ser atribuibles a errores en la atención y en los procedimientos médico quirúrgicos aplicados a la paciente.

Teniendo en cuenta que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses informó que en la Unidad Básica de Bucaramanga no cuenta con especialistas en neurocirugía y medicina interna (fl. 255), el Despacho del Magistrado Sustanciador ordenó oficiar en los mismos términos al Departamento de Medicina Interna y Neurología del Hospital Universitario de Santander, con el fin de practicar la prueba decretada por auto de 20 de mayo de 2011 (fl. 281).

Mediante memorial radicado el 18 de noviembre de 2011, el Hospital Universitario de Santander adjuntó el concepto rendido por los galenos Lesvanny Romero y Rafael María González (fls. 286 y 287).

Una vez cumplido lo anterior, el proceso ingresó al Despacho el día 16 de febrero de 2012 (fl. 288).

A través de la providencia de 15 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo de Santander profirió el fallo de segunda instancia, en el cual resolvió revocar la sentencia del Juzgado Décimo Administrativo de Bucaramanga y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda. El mencionado fallo tuvo en cuenta la prueba decretada y practicada en la segunda instancia en los siguientes términos:

“En el caso en concreto respecto del punto a la responsabilidad que se atribuye al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, la Sala encuentra que no existe una falla en la prestación del servicio por falta de la atención adecuada a la señora CARMEN CECILIA HERRERA, por las siguientes razones:

Da cuenta que se demostró dentro del plenario que efectivamente existió una debida prestación del servicio, y tal como lo corrobora el informe presentado por los médicos especialistas en medicina interna y neurocirugía (fl. 287), la intervención dada a la paciente fue la adecuada en cada uno de los momentos en los que la misma arribó a la Clínica Comuneros.” (fl. 296 del cuaderno anexo)

Visto lo anterior, considera la Sala que para entrar a resolver el asunto bajo estudio debe revisarse si en efecto las partes del proceso de reparación directa tuvieron la oportunidad de controvertir la prueba practicada en segunda instancia, y ejercer el derecho de defensa frente a los aspectos que consideraran pertinentes.

En primer lugar se destaca que la decisión de decretar una prueba de oficio en segunda instancia no conlleva en sí misma una vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa, pues de conformidad con el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), el juez está facultado en cualquiera de las instancias para decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Por tal razón, no es de recibo el argumento planteado por el actor en el sentido de que el Tribunal Administrativo de Santander suplió la carga probatoria que le

correspondía a la parte pasiva en el proceso ordinario, excediendo sus facultades; por el contrario, es claro para la Sala que entre los poderes y facultades del juez director del proceso se encuentra la de decretar pruebas de oficio cuando lo considere pertinente para el esclarecimiento de la verdad.

No obstante lo anterior, llama la atención de la Sala el hecho de que el Tribunal Administrativo de Santander, una vez rendido el informe por parte del Hospital Universitario de Santander, haya proferido la sentencia de segunda instancia sin antes conceder a las partes la oportunidad de contradecir la prueba practicada en tal etapa procesal.

A juicio de la Sala el Tribunal Administrativo de Santander debió haber permitido que las partes en litigio se pronunciaran sobre el informe presentado por los médicos especialistas, en cumplimiento del artículo 243 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.

El artículo 243 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º, numeral 113 del Decreto 2282 de 1989 señala:

“Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno.

Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma, y **se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que puedan pedir que se complementen o aclaren.**

También podrá el juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales, para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquéllas, con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o funcionarios que deben rendir el dictamen, de lo cual se dejará constancia escrita.

Dichos funcionarios deberán rendir el dictamen en el término que el juez les señale, el cual se considerará rendido bajo la gravedad del juramento de que trata el numeral 3 del artículo 236, por el solo hecho de la firma, y se remitirá al juez por conducto del mismo director.

(...)

Para la rendición del dictamen se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 237, y **una vez devuelto el despacho al juez se procederá como indica el artículo 238.** (Destacado fuera de texto).

A su vez, el artículo 238 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º, numeral 110 el Decreto 2282 de 1989 consagra que:

“Para la contradicción de la pericia se procederá así:

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.

(...)

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.” (El destacado es nuestro)

Quiere decir entonces, que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos precitados, las partes pueden ejercer el derecho de contradicción de los informes y dictámenes practicados, para lo que cuentan con un término de tres días que debe ser otorgado por el juez de conocimiento.

Se advierte que las anteriores no son meras reglas procedimentales, sino que constituyen una garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa e incluso una representación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Ahora bien, en el caso concreto se observa que el Tribunal Administrativo de Santander profirió el fallo de segunda instancia sin antes permitir el ejercicio del derecho de contradicción frente al informe rendido por los especialistas del Hospital Universitario de Santander, prueba que fue fundamental para la decisión adoptada por la autoridad judicial accionada.

En tal medida, es evidente para la Sala que la parte actora en el proceso de reparación directa no tuvo la oportunidad de controvertir la prueba decretada y

practicada en el transcurso de la segunda instancia, generándose así una clara vulneración del derecho al debido proceso del accionante.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en un defecto procedimental al proferir la providencia de 15 de marzo de 2012, sin haber permitido el ejercicio del derecho de contradicción frente a la prueba mencionada, desconociendo con dicha actuación las normas procesales aplicables.

Por las anteriores consideraciones, la Sala tutelaré el derecho fundamental al debido proceso del señor José Pastor Bernal Herrera y en consecuencia dispondrá dejar sin efectos la sentencia del 15 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de reparación directa instaurado por los señores Flor de María Bernal Herrera, Ramón Bernal Medina, Gilberto Bernal Herrera y José Pastor Bernal Herrera, contra el Instituto de Seguros Sociales.

Igualmente se ordenará al referido Tribunal adelantar las gestiones tendientes a garantizar que las partes dentro del proceso de reparación directa antes mencionado, tengan la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción frente al informe presentado por los médicos Lesvanny Romero y Rafael María González, teniendo en cuenta el procedimiento previsto en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, debe aclararse que la presente orden está encaminada a garantizar a las partes el derecho de contradicción frente a un medio probatorio, mas no pretende en ningún momento cuestionar la motivación del fallo de segunda instancia; del mismo modo, se insiste en que de ninguna manera puede interpretarse esta providencia como una intervención en la valoración razonada que el juez, una vez las partes hayan ejercido el derecho de contradicción, debe realizar de la prueba mencionada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO- TUTELASE el derecho fundamental al debido proceso de José Pastor Bernal Herrera, vulnerado por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO- DEJASE sin efectos la sentencia de 15 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de reparación directa instaurado por los señores Flor de María Bernal Herrera, Ramón Bernal Medina, Gilberto Bernal Herrera y José Pastor Bernal Herrera, contra el Instituto de Seguros Sociales.

TERCERO- ORDENASE al Tribunal Administrativo de Santander que en el término de cinco días, contados a partir del momento en que el expediente sea recibido por esa autoridad judicial, adelante las gestiones tendientes a garantizar que las partes dentro del proceso de reparación directa antes mencionado, tengan la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción frente al informe presentado por los médicos Lesvanny Romero y Rafael María González, teniendo en cuenta el procedimiento previsto en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, y remítase el expediente radicado bajo el número 2012-01193 al Tribunal Administrativo de Santander.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ