



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03336-01

Actor: JUAN MANUEL VENEGAS CEBALLOS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "B"

Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

OBJETO DE LA DECISION

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, adoptada el 7 de marzo de 2018, mediante la cual negó el amparo solicitado por el señor Juan Manuel Venegas Ceballos.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.1 Por medio de escrito radicado el 6 de diciembre de 2017¹, en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Juan Manuel Venegas Ceballos, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra de la Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el fin de obtener la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

1.2 Las citadas garantías las consideró vulneradas por la autoridad judicial accionada, al proferir, en el medio de control de reparación directa, la sentencia del 5 de octubre de 2017 mediante la cual se declaró al municipio de Pensilvania y al Hospital San Juan de Dios solidariamente responsables de los perjuicios causados al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, junto con su respectivo núcleo familiar,

¹ Folio 1 del expediente.



con ocasión del error médico ocurrido en una intervención quirúrgica.

1.3 A título de amparo constitucional, solicitó:

“PRIMERA: SE AMPAREN los derechos al debido proceso y a la igualdad del accionante JUAN MANUEL VENEGAS CEBALLOS vulnerados por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, con la sentencia del 5 de octubre de 2017 en el proceso de reparación directa de radicación 170011233100020000143501 (sic) (30122).

SEGUNDA: SE DEJE SIN EFECTOS el numeral segundo del resuelve de la sentencia 5 de octubre de 2017 dentro del proceso de reparación directa No. 17001233100020000143501 (30122).

TERCERA: SE ORDENE a la Sección Tercera, Subsección B, volver a fallar el llamamiento en garantía realizado al Dr. JUAN MANUEL VENEGAS CEBALLOS, teniendo en cuenta los argumentos que motivan el amparo constitucional².

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala advierte como relevantes para la decisión que se adopta en la presente providencia los siguientes hechos probados, ello de conformidad con los documentos aportados al expediente:

2.1. El 24 de agosto de 1997, al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal le fue diagnosticada una hernia inguinal derecha y, en consecuencia, el 11 de septiembre de 1997 fue intervenido quirúrgicamente por el médico Juan Manuel Venegas Ceballos en el Hospital San Juan de Dios de Pensilvania (Caldas) —en virtud del contrato de prestación de servicios que suscribió la Asociación Caldense de Médicos Especialistas, ACME (del que era miembro dicho médico) con el Hospital San Juan de Dios de Pensilvania—.

2.2. Como consecuencia de nuevas complicaciones, el 18 de diciembre de 1997, el doctor Juan Manuel Venegas Ceballos le practicó al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, nuevamente, una cirugía.

2.3. El 28 de diciembre de 1998 se le realizó una nueva intervención quirúrgica al tutelante, por el médico Jairo Antonio Ríos, quien halló

² Folio 15 del expediente de tutela.



una compresa (gasa) rodeada de tejido fibroso y abundante secreción purulenta.

2.4. Como consecuencia de lo anterior, en ejercicio de la acción de reparación directa, el señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, junto con su respectivo núcleo familiar, pidió que se declarara patrimonialmente responsables al Municipio de Pensilvania y al Hospital San Juan de Dios de Pensilvania por los perjuicios causados con ocasión del error médico de las intervenciones quirúrgicas antes mencionadas.

2.5. El proceso le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Caldas, autoridad judicial que la admitió y, posteriormente, la remitió a la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, en cumplimiento del Acuerdo 2472 del 19 de mayo de 2004, Sala que en sentencia del 2 de noviembre 2004, declaró que el municipio de Pensilvania, el Hospital San Juan de Dios de Pensilvania y el doctor Juan Manuel Venegas (vinculado como llamado en garantía), eran solidariamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes de ese proceso. En consecuencia, los condenó al pago de perjuicios morales y fisiológicos, por un total de 140 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2.6. Inconformes con la decisión anterior, el municipio de Pensilvania y el llamado en garantía interpusieron recurso de apelación y el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia del 5 de octubre de 2017, la modificó en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Pensilvania y el llamado en garantía.

SEGUNDO: DECLÁRANSE al Municipio de Pensilvania y al Hospital San Juan de Dios solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes. En consecuencia, reconózcense los siguientes conceptos:

PERJUICIOS MORALES:

Para Alfonso Zuluaga Aristizábal: Treinta salarios mínimos legales mensuales (30)

Para María Edith Zuluaga Valencia: Veinte salarios mínimos legales mensuales (20)



Para los menores Mauricio, Gloria Patricia y Diego Zuluaga Zuluaga: diez salarios mínimos legales mensuales (10) para cada uno de ellos.

PERJUICIOS FISIOLÓGICOS

Para el señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales (40)

Segundo.- CONDENAR, al médico Juan Manuel Venegas a reintegrar el 30 % de la condena impuesta.

(...)

Como fundamento de su decisión, la autoridad judicial manifestó:

“El municipio aduce que, dado que el profesional antes nombrado no fungió como agente estatal, la entidad territorial no tenía que haber sido convocada a la *litis* y el médico asegura que por no ostentar esa calidad y no ser objeto disciplinable no le cabe responsabilidad de que trata la demanda. Sobre este punto la Sala observa que, si bien el galeno (no) actuó como servidor público, de ello no se sigue la falta de legitimación alegada i) en cuanto se conoce y no se discute su calidad de cirujano y asimismo obligado a dar cuenta de sus actuaciones profesionales. Se hace necesario, advertir en todo caso, sin perjuicio de su vinculación a la Asociación Caldense de Médicos Especialistas –ACME, su vinculación a la *litis*. Al respecto consta en el plenario que el 10 de mayo de 1997, la Alcaldía municipal de Pensilvania, Caldas y la Asociación de Cladense de Médicos Especialistas –ACME- suscribieron contrato de prestación de servicios profesionales, entre otras, con las siguientes obligaciones:

Primero: El contratista (Acme) se obliga con el Contratante (Alcaldía) a prestar los servicios de Cirugía General, ginecología y Cirugía Plástica en el Hospital San Juan de Dios de esta localidad. “

Teniendo en cuenta lo anterior, reiteró su jurisprudencia en relación con la legitimación en la causa de las entidades públicas contratantes, incluso en casos en los que se pacten cláusulas de indemnidad, expuesto en la sentencia del 9 de octubre de 1985 radicado con el número 4556 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en la que se indicó, entre otras cosas que, cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente, pues su pago afecta el patrimonio público y su realización obedece al interés general, pues el hecho de ejecutarse la obra con personal vinculado a su servicio



obedece a la insuficiencia o incapacidad técnica del propio personal.

Así mismo manifestó que el médico fue acompañado de otros profesionales y personal asistencial con funciones también relativas a la vigilancia del instrumental quirúrgico y a la evitación del oblitio.

Sobre la legitimación en la causa del galeno, como llamado en garantía, destacó que no se deriva de su vínculo contractual con la Asociación, sino que se fundó en su gestión profesional, por la cual estaba obligado a responder por los daños causados al paciente, que no puedan ser considerados como riesgos propios e inherentes al tratamiento, de conformidad con el artículo 16³ de la Ley 23 de 1981.

Sumado a lo anterior, dio aplicación al principio según el cual, se debe responder por los daños derivados por el hecho propio, situación que legitima la comparecencia de quien ha sido señalado como causante directo del oblitio.

En relación con la responsabilidad del médico Juan Manuel Venegas, aclaró que, aquel no es codemandado ni codeudor, por lo que no había lugar a pedir la solidaridad de la condena, *“su deuda no tiene por acreedor a la víctima a pagar no radica en la naturaleza y gravedad del daño, sino en la intensidad de la participación en su producción, según los estándares objetivos de culpa grave o dolo de que trata el Código Civil.”*

Al hacer referencia a la culpa, distinguió dos supuestos: (i) artículo 90 de la Constitución, por el cual quienes ostentan la calidad de agentes estatales están llamados a responder por las condenas en contra del Estado generadas por culpa grave o dolo; (ii) La responsabilidad de quienes no lo son se somete a las reglas generales sobre solidaridad y culpa del artículo 2341 del Código Civil.

Finalmente, la autoridad judicial advirtió que era desproporcionado condenar al médico Venegas Ceballos por el monto total de la condena, pues las pruebas obrantes en el expediente demostraban que en la segunda cirugía que se le practicó al señor Alfonso

³ ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.



Zuluaga Aristizábal, el citado médico dejó la herida quirúrgica abierta, después de haber colocado la gasa furacinada y que, por ende, *«la presencia de la gasa en el organismo del paciente, más allá de lo indispensable, recae directamente sobre el personal de enfermería, encargado de las curaciones diaria postquirúrgica e indirectamente sobre el médico tratante»*⁴.

3. Fundamentos de la vulneración

El actor alegó que la decisión judicial demandada incurrió en los siguientes yerros:

3.1. Violación directa de la Constitución por desconocimiento de los artículos 90 y 13.

Lo anterior por cuanto al momento de establecer la legitimación en la causa del llamado en garantía, la autoridad judicial accionada afirmó que aquella se fundamentaba en la gestión profesional que desempeñó el médico, la cual lo obligaba a responder por los daños causados al paciente.

Así las cosas, el actor expresó que la interpretación y aplicación del artículo 90 por parte de la autoridad judicial accionada, implicaba que el Estado puede llamar a cualquier persona, sin importar si se trata de un agente estatal o no, así como tampoco resultaría relevante su tipo de vinculación con la administración.

A juicio del actor, el artículo 90 de la Constitución limita de manera severa las posibilidades que tiene el Estado para repetir en contra de alguien en caso de ser condenado patrimonialmente, estableciendo que sólo se puede repetir contra sus agentes siempre que hubieren actuado con dolo o culpa grave.

En consecuencia, el tutelante manifestó que la autoridad judicial accionada erró al establecer que la responsabilidad de quienes no son agentes del estado se somete a lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil.

⁴ Folio 501 del cuaderno anexo.



Adicionalmente expuso que, no es posible llamar en garantía a quien no ostenta la calidad de agente del Estado, caso en el cual el particular no puede ser condenado al reembolso total o parcial de la condena impuesta a la Administración.

Finalmente, puso de presente que el artículo 2341 del Código Civil regula la relación entre la víctima directa del daño y los posibles causantes, sin que sea posible afirmar, como lo hizo la autoridad judicial accionada que tal artículo regula la relación entre un posible causante del daño y una persona a quien considera puede solicitar el reintegro total o parcial de la eventual condena.

Al respectó cito una providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué del 3 de septiembre de 2013, según la cual el artículo 2341 del Código Civil no puede servir para fundamentar un llamamiento en garantía.

Por otro lado, expuso que la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales al afirmar que la responsabilidad del particular se deriva de la culpa leve del mismo, pues para los agentes del Estado, es necesario una culpa grave o dolo. Así las cosas, afirmó:

“¿Qué justificación puede haber para que exista un trato especial para los agentes del estado (sic) y, a su vez, este trato preferencial se rompa frente a un mero particular? En efecto, si se llegase a aceptar que el Estado puede llamar en garantía a cualquier persona, inclusive a un particular que ningún vínculo legal o contractual tiene con el Estado, lo mínimo que tendría que aceptar el Consejo de Estado es la aplicación igualitaria de unos mismos parámetros para condenarlos a reintegrar la totalidad y/o parcialmente parte de la condena. Es decir, aceptando que todos ellos sólo pueden ser condenados cuando media culpa grave o dolo, lo cual sería igualitaria y respetuoso del artículo 13.”

Finalmente expuso que quien tenía relación con el llamante en garantía municipio de Pensilvania en virtud de un contrato de prestación de servicios, era la ACME, la cual es una persona jurídica e independiente al tutelante. Así las cosas, afirmó que los médicos asociados no tienen ninguna relación contractual ni legal con el mencionado ente territorial ni con el Hospital San Juan de Dios.



4. Actuaciones procesales relevantes

4.1 Admisión de la demanda

Mediante auto del 15 de diciembre de 2017⁵ se dispuso la admisión de la acción de tutela y se ordenó notificar al accionante, a los magistrados de la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Caldas.

Asímismo, vinculó en calidad de terceros con interés al (i) Alcalde del municipio de Pensilvania; (ii) al gerente del Hospital San Juan de Dios de Pensilvania; y (iii) a los señores Alfonso Zuluaga Aristizabal, María Edith Zuluaga Valencia y José Elías Valencia Orozco, quienes intervinieron en calidad de demandantes en el proceso ordinario.

4.2 Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas de conformidad con las constancias visibles de los folios 22 a 30 del expediente, se presentaron las siguientes intervenciones.

4.2.1 Sección Tercera – Subsección “B” del Consejo de Estado

La magistrada ponente de la sentencia censurada, en escrito radicado el 19 de enero de 2018 en la Secretaría General del Consejo de Estado, solicitó que se denegaran las pretensiones de la tutela, con fundamento en que la sentencia del 5 de octubre de 2017 no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, por cuanto el señor Juan Manuel Vanegas Ceballos ejerció el derecho de defensa y tuvo igualdad de trato al dado a las entidades demandadas.

Reiteró los argumentos de la sentencia objeto de estudio, relativos a que la vinculación del actor en el proceso de reparación directa tuvo su origen en la gestión profesional que lo obliga a responder por los daños causados al paciente.

Por lo demás, se refirió a la condena solidaria prevista en el artículo 2344 del Código Civil, para resaltar que esa norma era también

⁵ Folio 21.



aplicable en procesos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5. Fallo impugnado

5.1 La Sección Cuarta del Consejo de Estado, dictó sentencia el 7 de marzo de 2018, por medio de la cual negó el amparo solicitado.

5.2. En primer lugar, tuvo en cuenta que las acusaciones de la parte, se basan en el argumento medular de que el llamamiento en garantía con fines de repetición, no se funda en el artículo 2341 del Código Civil sino en el artículo 90 de la Constitución Política y que, por lo tanto, el llamamiento en garantía del señor Juan Manuel Venegas Ceballos fue improcedente, en tanto éste es un particular y, en ese entendido, la jurisdicción Contencioso Administrativa no tenía competencia para condenarlo.

Por lo anterior, transcribió apartes de la providencia censurada para concluir lo siguiente:

“... La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado fundamentó el llamamiento en garantía del médico Juan Manuel Venegas Ceballos en la posible responsabilidad que pudiera tener por el daño que se le causó al paciente Alfonso Zuluaga Aristizábal, como consecuencia del oblitio. No puede ser otra la interpretación, pues la sentencia es enfática en señalar que la legitimación en la causa por pasiva del médico Venegas Ceballos «no se deriva de su vínculo contractual con la Asociación, tercera en este asunto, sino se funda en su gestión profesional, la que lo obliga a responder por los daños causados al paciente».

Precisamente por lo anterior, la providencia cuestionada funda la responsabilidad del médico tratante en el artículo 2341⁶ del Código Civil, que obliga a que el causante de un daño, lo indemnice, de ahí que la decisión objeto de estudio indicara que «los daños derivados por el hecho propio, legitima la comparecencia de quien ha sido señalado como causante directo del oblitio».

La Sala entiende, en consecuencia, que la providencia objeto de tutela encuadró el llamamiento en garantía en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil⁷, conforme con el que «quien tenga

⁶ Artículo 2341.—El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

⁷ Es importante resaltar que el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo dispone: «En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción de lo



derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél».

En consecuencia, no es cierto, como supone el demandante, que la condena que le fue impuesta por la sentencia objeto de tutela, obedeciera a la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición, sino en la figura de llamamiento en garantía regular —por llamarlo de algún modo— que supone que el llamante tenga el derecho legal o contractual para solicitar la vinculación del llamado. Como se vio, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, entendió que ese derecho legal, parte de la garantía que tenía, en este caso al Municipio de Pensilvania, de no responder por la totalidad de un daño, porque en la causación del mismo también contribuyó un tercero (médico tratante) quien, conforme con el artículo 2341 del Código Civil, debe responder por su gestión profesional.”

Igualmente, hizo hincapié en que la autoridad judicial demandada no desconoció las pruebas que apuntaban a establecer que el personal de enfermería tenía la obligación de retirar la gasa que se dejó en la intervención quirúrgica que practicó el médico Juan Manuel Venegas Ceballos, pues fue enfática en señalar que se trata de una responsabilidad que recae directamente en dicho personal por cuanto era el encargado de realizar las curaciones diarias postquirúrgicas.

Sin embargo, observó que la providencia también aclara que el señor Venegas Ceballos tiene una responsabilidad indirecta, porque fue ineficiente el control que hizo sobre el estado del paciente, de ahí que el perjuicio que se le ocasionó al señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, también le fuera imputable.

Finalmente, en relación con el desconocimiento del precedente alegado afirmó que la sentencia citada por el actor para sustentar ese alegato, hace referencia al llamamiento en garantía para efectos de repetición, figura jurídica que, como se vio, no fue la aplicada al aquí demandante.

Contencioso Administrativo». No obstante, no regula el llamamiento en garantía, motivo por el que, conforme con el artículo 267 ibídem, en aspectos no regulados se acude al Código de Procedimiento Civil.



6. Impugnación

6.1. Con escrito radicado el 22 de marzo de 2018 en la Secretaría General del Consejo de Estado, el actor impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que tanto el juez ordinario como el de tutela realizaron una indebida interpretación del artículo 2341 del Código Civil, pues a su juicio, aquella norma regula las relaciones entre la víctima directa del daño y los posibles causantes, sin embargo, no puede ser utilizada para determinar lo pertinente entre el llamante y el llamado en garantía, ya que la figura no se rige por las disposiciones de la responsabilidad civil extracontractual, sino por una obligación legal y/o contractual que autoriza al llamante a solicitar el reintegro total o parcial al llamado.

Así mismo, se expresó que el hipotético daño que se le endilga al actor es el olvido de una gasa por parte del personal de enfermería, por lo que es claro que aquel no lo sufrió la entidad Estatal, sino el paciente y concluyó:

“Si esto es así y si el artículo 2341 indica que el supuesto responsable es obligado a la indemnización del eventual daño, ¿a quién tendría que indemnizar el causante de daño? Parece una pregunta demasiado obvia pero la respuesta debe ser planteada en términos categóricos: la indemnización se debe únicamente frente a la víctima. Y conforme se dijo en el párrafo anterior la víctima en este supuesto de responsabilidad era el paciente en quien se dejó la gasa furacinada. La víctima jamás puede ser la entidad estatal y, por lo mismo, el artículo 2341 no le da ningún derecho legal a la entidad estatal para reclamar nada a mi poderdante.”⁸

En ese sentido, expuso que la autoridad judicial accionada no explicó cuál fue el daño que el tutelante ocasionó a la entidad estatal, por lo que la misma no puede ser considerada como víctima directa del daño.

Por otro lado manifestó que la persona jurídica que tenía relación con el llamante en garantía Municipio de Pensilvania en virtud de un contrato de prestación de servicios, era la Asociación Caldense de Médicos Especialista ACME, quien es totalmente independiente y autónoma al tutelante, por lo que quien debía soportar el llamamiento en garantía era ACME, más no los médicos que eran asociados a la misma, pues *“si a pesar de existir una persona jurídica*

⁸ Folio 54.



de por medio se permitiera que por los actos de esta sean responsables los socios, ¿no se estaría así vulnerando un principio fundamental de todo nuestro ordenamiento jurídico, conforme al cual el patrimonio de las personas jurídicas y su responsabilidad directa, es independiente del patrimonio de los socios respectivos?”⁹

Así mismo, insistió en la vulneración al principio de igualdad en relación con el trato otorgado a un agente estatal y a un particular, pues en el caso de los primeros se debe probar la culpa grave o el dolo, por lo que frente a los segundos aquella circunstancia también debería exigirse.

Finalmente afirmó que no tenía la obligación de supervisión en el momento en que las enfermeras olvidaron retirar la gaza del cuerpo del paciente y que además los cuidados ambulatorios no son competencia directa del médico cirujano. Adicionalmente, manifestó que no obra prueba que acredite que tenía a su cargo la vigilancia del paciente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 7 de marzo de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y en el numeral 2º del Acuerdo 55 del 2003 del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado, para lo cual la Sala resolverá el siguiente problema jurídico:

¿Vulneró la autoridad judicial accionada, los derechos fundamentales de la actora al incurrir en defecto sustantivo?

⁹ Folio 55.



4. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** generalidades del defecto sustantivo; y **(iii)** análisis del caso concreto.

4.1. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁰ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹¹ y declaró su **procedencia**¹².

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

4.2. De las generalidades del defecto sustantivo

La Corte Constitucional¹³, ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*¹⁴.

¹⁰Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

¹¹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹² Se dijo en la mencionada sentencia “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”

¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Espinosa, T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel



Puntualmente, lo configuran los siguientes supuestos:

- a) El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente¹⁵ o porque ha sido derogada¹⁶, es inexistente¹⁷, inexecutable¹⁸ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador¹⁹.
- b) No se hace una interpretación razonable de la norma²⁰.
- c) La disposición aplicada es regresiva²¹ o contraria a la Constitución²².
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición²³.
- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma²⁴.
- f) Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente, siempre que la parte accionante cumpla con la carga argumentativa.

5. Del caso en concreto

En el *sub lite* el peticionario considera que la Sección Tercera del Consejo de Estado lesionó sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, al proferir la providencia del 5 de octubre de 2017, a través de la cual, entre otras cosas, se le condenó a

José Cepeda Espinosa, T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²² Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-807 del 26 de agosto de 2004. M.P. Clara Inés Vargas



reintegrar el 30% de la condena impuesta a la entidad demandada en el proceso de reparación directa iniciado por el señor Alfonso Zuluaga Aristizábal, junto con su respectivo núcleo familiar contra el Municipio de Pensilvania y al Hospital San Juan de Dios de Pensilvania.

5.1. Su motivo de inconformidad se resume en que la autoridad judicial accionada incurrió en un **defecto sustantivo** por una indebida aplicación e interpretación del artículo 2341 del Código Civil, pues a su juicio dicha norma regula la relación entre la víctima directa del daño y los posibles causantes, mas no una acción de reintegro de los causantes entre sí y que, por lo tanto, fue improcedente el llamamiento en garantía que se hizo de Juan Manuel Venegas Ceballos.

En ese sentido, a juicio del actor, se debía dar aplicación al artículo 90 de la Constitución el cual limita la acción de repetición para agentes estatales.

Igualmente alegó que se vulneró el derecho a la igualdad, pues se le condenó por culpa leve, cuando para el caso de los agentes del Estado, se requiere culpa grave o dolo.

Finalmente, expuso que quien debía soportar el llamamiento en garantía era la Asociación de Médicos Caldenses, más no los galenos asociados a la misma, pues no tienen ninguna relación legal o contractual con el Estado.

Al respecto, el artículo 2341 del Código Civil establece:

Responsabilidad extracontractual: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Sobre el punto, el llamamiento en garantía realizado por la autoridad judicial accionada, ésta expuso en la sentencia del 5 de octubre de 2017:

“Partiendo de la premisa de que la condición de médico tratante es fundamento suficiente para predicar la legitimación en la causa en un



asunto de daño médico, es preciso analizar el grado de intervención del facultativo para asimismo establecer su responsabilidad.

Antes de ello es necesario precisar que, el agente estatal llamado en garantía no es codemandado ni codeudor no hay lugar a predicar la solidaridad en la condena. Su deuda no tiene por acreedor a la víctima sino a la entidad condenada y el criterio de determinación de la cuantía a pagar no radica en la naturaleza y gravedad del daño, sino en la intensidad de la participación en su producción, según los estándares objetivos de culpa grave o dolo de que trata el Código Civil.

Ahora bien, respecto de la culpa, con miras a declarar la responsabilidad del llamado en garantía requiere distinguir dos supuestos. Por expreso mandato Constitucional (art. 90. C.P) quienes ostentan la calidad de agentes estatales están llamados o responder por las condenas en contra del Estado generadas por culpa grave o dolo. De donde la responsabilidad de quienes no lo son se somete a las reglas generales sobre solidaridad y culpa del artículo 2341 del Código Civil. A este respecto, se ha de recordar que no se califica la culpa, de donde a la luz del artículo 63 del mismo ordenamiento se aplica la regla general, esto es se reprocha la falta de diligencia que se habría de observar en los negocios propios', analizada objetivamente."

De lo anterior, la Sala advierte que no le asiste razón al actor al afirmar que se debió llamar en garantía a la Asociación de Médicos Caldenses, pues se observa que su participación en el proceso no se derivó de su vinculación a la mencionada asociación, sino que, por el contrario, tuvo como fundamento su calidad de médico tratante.

En ese sentido, resultaba necesario garantizar su derecho fundamental al debido proceso, permitiéndole el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de reparación directa al cual fue llamado en garantía.

En efecto, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso concreto al momento de los hechos, dispone:

LLAMAMIENTO EN GARANTIA. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.



Adicionalmente, la figura permite la aplicación del principio de economía procesal, pues evita la iniciación de un nuevo proceso a través del cual el Estado persiga el derecho de regresión.

En ese sentido, se tiene que si bien es cierto, cuando se demanda a la persona jurídica, en este caso el Hospital, para el pago de los perjuicios causados con ocasión a un servicio médico, aquella responde directamente por los actos de sus dependientes a la luz de los artículos 1738 o 2347 del Código Civil, también lo es que, en el ejercicio de la prestación del servicio médico, el profesional de la salud debe responder por su no actuar con pericia, cuidado y diligencia, propios de la profesión, por lo que, como lo afirmó la autoridad judicial accionada, el tutelante debía ser llamado en garantía, independientemente de su vínculo contractual con la Asociación Caldense de Médicos Especialistas.

En consecuencia, atendiendo a que el artículo 2341 del Código Civil establece el régimen de responsabilidad extracontractual al prever que, aquel que ha cometido con culpa un daño a otro está obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven de ello, y en el caso en concreto es claro que el tutelante no tenía ninguna relación contractual con el Hospital San Juan de Dios, se concluye que la interpretación y aplicación de la norma mencionada por parte de la autoridad judicial accionada fue razonable, pues aquel fue llamado en garantía por su condición de médico tratante, más no por su relación con ACME o con el Estado.

Situación distinta es la que se desprende del artículo 90 de la Constitución Política, pues aquel trata del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y le permite repetir contra un agente suyo, por lo que no se comparte el argumento del actor, en cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, ya que, el fundamento de la responsabilidad en ambos casos es diferente.

En este punto, se comparte la argumentación expuesta por el juez constitucional de primera instancia, pues el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, entendió que la garantía que tenía, el municipio de Pensilvania, de no responder por la totalidad de un daño, existía porque en la causación del mismo también contribuyó un tercero, es decir, el médico tratante quien, conforme con el



artículo 2341 del Código Civil, debe responder por su gestión profesional, sin que en ningún caso se hubiere afirmado que el tutelante debía responder en aplicación del artículo 90 de la Constitución Política.

Dicha distinción fue expuesta en la providencia censurada, como se evidencia de la transcripción antes realizada, pues la autoridad judicial accionada explicó que, por un lado está la responsabilidad de quienes ostentan la calidad de agentes del Estado, llamados a responder por las condenas en contra del mismo, generadas por culpa grave o dolo; y por otro lado, se encuentra la responsabilidad de quienes no lo son, y por ende, se someten a las reglas generales sobre solidaridad y culpa del artículo 2341 del Código Civil.

Aunado a lo anterior, se expuso en la sentencia del 5 de octubre de 2017 que no se califica la culpa, de donde a la luz del artículo 63 del Código Civil se aplica la regla general, esto es se reprocha la falta de diligencia que se habría de observar en los negocios propios, analizada objetivamente.

Lo anterior por cuanto, el tutelante, en su calidad de médico, fue llamado en garantía al proceso de reparación directa con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de los hechos, y por tanto, su responsabilidad se analiza de conformidad con las regulaciones del Código Civil, como lo advirtió la autoridad judicial accionada, siendo entonces válida la diferencia que explicó la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el análisis de la responsabilidad y la culpa aplicable a los agentes del Estado de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, y la que se debe imponer para los particulares.

Finalmente, en relación con el argumento según el cual el artículo 2341 del Código Civil regula la relación entre la víctima directa del daño y los posibles causantes, mas no una acción de reintegro de los causantes entre sí y que, por lo tanto, fue improcedente el llamamiento en garantía que se hizo de Juan Manuel Venegas Ceballos, así como que no se probó el presunto daño causado por el actor al Estado, la Sala advierte que no le asiste razón a la parte actora, pues se reitera, la aplicación de la norma en el caso en



concreto fue el fundamento de la autoridad judicial accionada para llamar en garantía al tutelante, en su condición de médico tratante, quien, como tal, debe responder pues tiene la obligación de cuidar la integridad corporal del paciente.

Por lo anterior, el galeno debe responder por los daños causados que no pueden ser considerados como riesgos propios e inherentes al tratamiento, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1981.

III. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, se confirmará la decisión del 7 de marzo de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al advertir que la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto sustantivo alegado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

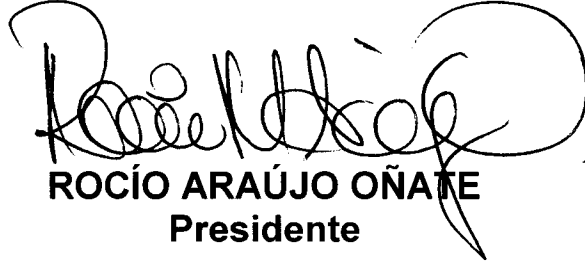
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de marzo de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo de los derechos fundamentales del señor Juan Manuel Vanegas Ceballos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

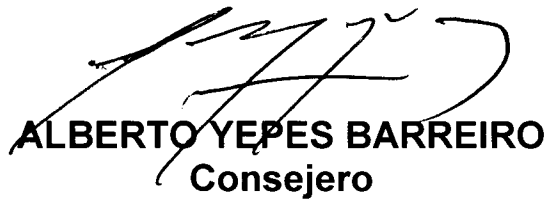


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

