Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - REPARTO
E.S.D.

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR VÍA DE HECHO
DERECHOS VULNERADOS	IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DEBIDO PROCESO Y SALUD DE LOS NIÑOS.
ACCIONANTE	LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO
ENTIDAD DEMANDADA	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A.

Cordial saludo.

SARA MARIA CORRALES CALLEJAS, mayor de edad, domiciliada en Cali, identificada con la cédula de ciudadanía No. 29.127.172 expedida en Cali, con Tarjeta Profesional No. 126.454 del C.S. de la Judicatura, obrando en representación de los accionantes, mediante el presente escrito, procedo a interponer **ACCIÓN DE TUTELA**, en contra del **CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A,** por haber incurrido en los siguientes defectos al proferir la Sentencia de fecha 4 de julio de 2023 notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023: **1)** Defecto fáctico por la indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso de reparación directa, **2)** Defecto material o sustantivo porque la providencia judicial presenta una contradicción entre los fundamentos legales y la decisión, **3)** Desconocimiento del precedente judicial y **4)** Violación directa de la Constitución Política (Derechos fundamentales: Igualdad, acceso a la administración de justicia, debido proceso y salud de los niños); y demás derechos que resulten demostrados.

1.- PARTES

ACCIONANTES:

LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO
C.C. 1.062.288.906 expedida en Santander de Quilichao (Cauca)

LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO
C.C. 1.062.278.514 expedida en Santander de Quilichao (Cauca)

ENTIDAD ACCIONADA:

CONSEJO DE ESTADO en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Entidad que profirió la sentencia definitiva dentro del siguiente proceso:

Referencia:	76001-23-31-000-2007-00542-01
Medio de control:	Acción de Reparación Directa
Accionante:	Leidy Fernanda Estrella Campo Luis Fernando Serna Fajardo
Accionados:	Departamento del Cauca – Secretaría Departamental de Salud del Cauca – Hospital Universitario San José de Popayán ESE – Hospital Francisco de Paula Santander ESE - Hospital Universitario Evaristo García ESE – Fundación Valle de Lili – Clínica Rey David.

2.- HECHOS

2.1.- El 29 de junio de 2007, a través de la suscrita apoderada judicial, los demandantes LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO y LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO presentaron medio de control acción de reparación directa, con la finalidad de obtener el pago de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados con el fallecimiento de su hija recién nacida Luisa Fernanda Serna Estrella.

2.2.- La menor fallecida se encontraba afiliada al servicio médico de salud del SISBEN en Santander de Quilichao (Departamento del Cauca), por tratarse una familia de población vulnerable y de escasos recursos económicos.

2.3.- Las entidades demandadas fueron las siguientes:

- Departamento del Cauca

- Secretaría Departamental de Salud del Cauca
- Departamento del Valle del Cauca
- Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca
- Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.
- Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.
- Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E.
- Clínica Rey David
- Fundación Valle del Lili.

2.4.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca MP Luz Stella Alvarado Orozco profirió sentencia de primera instancia el 30 de septiembre de 2014, favorable a las pretensiones de la demanda, y declaró solidariamente y patrimonialmente responsable a las entidades demandadas:

- Departamento del Cauca
- Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.
- Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.
- Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E.
- Fundación Valle del Lili.

2.5.- En consecuencia, el Tribunal Administrativo del Valle condenó al pago de los siguientes perjuicios:

- Perjuicios Morales: 100 SMMLV
- Perjuicios por pérdida de oportunidad: 100 SMMLV

TOTAL: 200 SMMLV

2.6.- Y exoneró de responsabilidad a las siguientes entidades:

- Departamento del Valle del Cauca
- Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca
- Clínica Rey David

2.7.- El 22 de agosto de 2016 se llevó a cabo audiencia de conciliación en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a la cual asistieron los apoderados judiciales de las Partes y la parte demandante concilió parcialmente respecto del demandado FUNDACIÓN VALLE DE LILI, para lo cual su garante AXA COLPATRIA SEGUROS pagó $44.145.000; teniendo como consecuencia la desvinculación del proceso para este demandado y su garante.

2.8.- La audiencia de conciliación se declaró fallida para los demás demandados porque no tuvieron ánimo conciliatorio.

2.9.- Posteriormente el Tribunal concedió el recurso de apelación para las Partes y los llamados en garantía, los cuales fueron presentados por las siguientes entidades:

- Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E.
- Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. (Extemporánea)
- Departamento del Cauca
- Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.
- Fundación Valle de Lili
- Seguros Colpatria S.A.
- La Previsora S.A.

2.10.- La parte actora no interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por encontrarse conforme con los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo del Valle y con el sentido de la sentencia.

2.11.- El 31 de agosto de 2017 la Procuraduría Cuarta (4) Delegada ante el Consejo de Estado, emitió el Concepto No. 141-2017 a través del Procurador Carlos José Holguín Molina [1], en el sentido de **confirmar la sentencia de primera instancia**, con la "*Gradualidad del monto indemnizatorio del daño por Pérdida de Oportunidad"* de acuerdo con el grado de posibilidad de recuperación de la salud de la menor:

> *"**CONFIRMAR el fallo recurrido** / Gradualidad del monto indemnizatorio del daño por*

1 Folio 637 del expediente

> *Pérdida de Oportunidad entre los condenados y disminución del monto. / Se configuró la responsabilidad del Departamento del Cauca, Departamento del Cauca, Hospital Universitario San José de Popayán y Hospital Francisco de Paula Santander por la pérdida de oportunidad. / Tardía gestión ante el SISBEN para realizar la operación de alto riesgo"* (Subrayado fuera del texto original).

2.12.- Por medio de la Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Consejo de Estado MP José Roberto Sáchica Méndez el 4 de julio de 2023, notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023, se revocó en su totalidad la de Primera Instancia.

2.13.- Mediante el Auto No. 360 del 19 de septiembre de 2023, notificado por medios electrónicos el 21 de septiembre de 2023, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca - Despacho 11 emitió auto de "*OBEDEZCASE Y CÚMPLASE lo resuelto por el Consejo de Estado que, en providencia del 04 de julio de 2023 (…)".*

2.14.- Con la expedición de la citada Sentencia con fecha 4 de julio de 2023, el Consejo de Estado – Sección Tercera incurrió en los siguientes defectos: **1)** Defecto fáctico por la indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso de reparación directa, **2)** Defecto material o sustantivo porque la providencia judicial presenta una contradicción entre los fundamentos legales y la decisión, **3)** Desconocimiento del precedente judicial y **4)** Violación directa de la Constitución Política, como se explicará a través del presente documento.

3.- PROCEDENCIA DEL AMPARO SOLICITADO

3.1.- REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD.

A partir de la Sentencia C-590 del 2005, la Corte Constitucional, desarrolló un criterio conforme al cual el supuesto de hecho que da lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se configura cuando la actuación judicial incurrió en una desviación de tal magnitud que el acto proferido no merece la denominación de providencia judicial, por haber sido despojada de dicha calidad.

En la Sentencia de Unificación SU-387/22 M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, la Corte Constitucional estableció los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, así:

> "(…) 40. *Requisitos generales de procedibilidad.* La Corte ha señalado, de manera uniforme, que los requisitos generales de procedibilidad deben *"cumplirse en su totalidad, para que el fondo del asunto pueda ser examinado por el juez constitucional*." Estos requisitos son los siguientes: *(i)* legitimación en la causa por activa; *(ii)* legitimación en la causa por pasiva; *(iii)* relevancia constitucional, es decir, que el asunto *"no* debe *ser meramente legal y/o económico"*, debe involucrar *"algún debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental"* y, por último, no debe buscar *"reabrir debates"* concluidos en el proceso ordinario; *(iv)* subsidiariedad, esto es, que el accionante hubiere instaurado *"todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable"*; *(v)* inmediatez, a saber, que la solicitud de amparo hubiere sido interpuesta dentro de *"un plazo razonable"*; *(vi)* efecto determinante de la irregularidad procesal, es decir, que la irregularidad alegada tenga *"un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora"*; *(vii)* identificación de *"los hechos que generaron la vulneración como de los derechos vulnerados"* por último, *(viii)* que no se controvierta una sentencia de tutela (…)".

Establecido lo anterior, a continuación, se realiza el análisis de la procedencia de la presente acción de tutela frente al caso concreto:

3.1.1.- Cuando el asunto tenga relevancia constitucional.

La presente acción de tutela incoada en el presente documento tiene como origen la Violación directa de la Constitución Política y la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso (Art. 29 CP), derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 CP) y derechos de los niños (Art. 44 CP), Derecho a la salud (Art. 48 CP) materializado con la expedición de la Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Consejo de Estado MP José Roberto Sáchica Méndez el 4 de julio de 2023, la cual fue notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023, y ordenó revocar en su totalidad la Sentencia de Primera Instancia.

3.1.2.- Cuando el interesado haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela.

Es importante señalar que la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal

Administrativo del Valle fue favorable a las pretensiones de la demanda, razón por la cual la parte demandante no interpuso recurso de apelación contra esa decisión.

La sentencia proferida por el Consejo de Estado es de segunda instancia y no es objeto de interposición de los recursos ordinarios.

Adicionalmente, tampoco es procedente interponer el recurso de revisión contra la providencia judicial, teniendo en cuenta que no cumple con las causales consagradas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) para presentar la citada acción; en atención a los señalado por el Consejo de Estado:

> *(…) 8.2. El accionante* ***agotó todos los medios de defensa ordinarios*** *que tuvo a su alcance. En efecto, inició su reclamo ante los jueces contenciosos administrativos en primera y segunda instancia; es decir, acudió al juez natural y después de obtener un fallo desfavorable en primera instancia, apeló la decisión. En este caso, no se puede reprochar al accionante no haber invocado el recurso extraordinario de revisión de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, ya que el mismo no procedía debido a que no era jurídicamente viable alegar alguna de las causales consagradas en el artículo 188 del Decreto 01 de 1984. En este punto es pertinente aclarar que ese es el régimen aplicable a este caso, en tanto la actuación inició en 2011, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011".* [2]

Así las cosas, es procedente la interponer la presente acción de tutela.

3.1.3.- Cuando la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La preparación de esta acción de tutela requiere una revisión minuciosa de los documentos y el análisis correspondiente de los argumentos a presentar, por lo que el Consejo de Estado ha establecido que el plazo razonable es de **máximo de 4 meses.**

Teniendo en cuenta que la Sentencia se notificó por medios electrónicos el 21 de julio de 2023, el plazo razonable en atención al principio de inmediatez vence el 21 de noviembre de 2023.

Para el caso concreto, la acción constitucional se radicó electrónicamente el 20 de noviembre de 2023, cumpliendo con el requisito de procedibilidad: *"Inmediatez",* consagrado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado, en diferentes Providencias contra Sentencias Judiciales, para lo cual se citan a continuación las siguientes:

> **"(…)** ***ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-****Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional****. (…)***
>
> *8.3.- La Sala encuentra que también se cumple el* ***requisito de inmediatez****, debido a que la última actuación que dio cierre al proceso de reparación directa iniciado por el accionante se produjo el 16 de noviembre de 2016, y la acción de tutela se instauró el 29 de marzo de 2017. Luego, sólo transcurrieron un* ***poco más de cuatro meses*** *entre las actuaciones, lapso razonable y proporcionado para la preparación del escrito de tutela y la organización de todos los documentos aportados (…)" [3]* (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En el mismo sentido, se cita la siguiente Sentencia de Unificación, proferida por la Corte Constitucional:

> *"(…) Acción de tutela interpuesta por Germán Camargo de la Torre y otros, en contra del despacho del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, quien forma parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado. (…)*
>
> ***e. Requisito de inmediatez***
>
> *57. La acción de tutela se interpuso en un término razonable y proporcionado. En efecto, mientras que dichas providencias fueron proferidas los días 23 de noviembre de 2020 y 29 de enero de 2021, la acción de tutela fue presentada el 19 de mayo de 2021. Así las cosas, la solicitud de amparo fue promovida en el término, razonable y proporcionado,* ***de menos de cuatro meses*** *posteriores a la expedición del Auto de 29 de enero de 2021 (…)". [4]* (Subrayado fuera del texto original).

---

2 Sentencia T-041/18 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.
3 Sentencia T-041/18 Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
4 Sentencia SU-387/22 Magistrada Ponente: Paola Andrea Meneses Mosquera.

3.1.4.- En caso de tratarse de una irregularidad procesal, cuando esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales.

La presente acción de tutela no se fundamenta en una irregularidad procesal sino en un defecto fáctico y defecto material o sustantivo por: **1)** Defecto fáctico por la indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso de reparación directa, **2)** Defecto material o sustantivo porque la providencia judicial presenta una contradicción entre los fundamentos legales y la decisión, **3)** Desconocimiento del precedente judicial y **4)** Violación directa de la Constitución Política (Derechos fundamentales: Igualdad, acceso a la administración de justicia, debido proceso y salud de los niños); y demás derechos que resulten demostrados.

3.1.5.- Cuando el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.

En el presente caso las vulneraciones a los derechos fundamentales, se llevaron a cabo por parte del Consejo de Estado, con la expedición de la Sentencia definitiva de segunda instancia proferida por C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

Por lo tanto, no fue posible alegar estas violaciones al interior del proceso porque la decisión judicial atacada no admitía la interposición de los recursos ordinarios en esta última instancia, ni tampoco el recurso de revisión consagrado en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), siendo entonces esta acción constitucional la única vía admisible para alegarlas.

Es importante señalar que los yerros de la autoridad judicial que generan la violación no pudieron alegarse al interior del proceso, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue favorable a las pretensiones de la demanda, por lo cual la parte actora no interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia favorable a sus pretensiones, precisamente por compartir los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo del Valle.

Así las cosas, los argumentos expuestos por el Consejo de Estado para revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia fueron totalmente nuevos y obviamente no pudieron ser controvertidos por la parte demandante que hoy funge como accionante.

3.1.6.- Cuando el fallo impugnado no sea de tutela.

Como se explicó previamente, la Providencia objeto de la presente acción no corresponde a una acción de tutela, sino a una acción de Reparación Directa, dentro de la cual se produjo la violación de derechos fundamentales por un defecto fáctico material o sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional e indebida valoración de las pruebas aportadas, como se sustentará en el acápite correspondiente.

3.2.- REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD

De conformidad con lo establecido en la **Sentencia C-590/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño,** los requisitos especiales de procedibilidad para tramitar de una acción de tutela contra providencia judicial, son los siguientes:

> *"(…) 25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o* ***causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas****. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente,* ***al menos, uno*** *de los vicios o defectos que adelante se explican. (…)*
>
> ***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. (…)*
>
> ***h. Desconocimiento del precedente,*** *hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente*

vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución. *Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibillidad 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. (…)"* (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

4.- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el Consejo de Estado – Seccion Tercera MP Roberto Sáchica Méndez al proferir la Sentencia Definitiva del 4 de julio de 2023 notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023, incurrió en los siguientes defectos:

1) Indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso de reparación directa;
2) Indebida motivación y desconocimiento del precedente judicial,
3) Defecto material o sustantivo,
4) Violación directa de la Constitución Política (Derechos fundamentales: Igualdad, acceso a la administración de justicia, debido proceso y salud de los niños); y demás derechos que resulten demostrados.

5. ANÁLISIS DE LOS DEFECTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE REPARO, PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO.

5.1.- DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES PRACTICADAS EN EL PROCESO, QUE DEMUESTRAN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ENTIDADES DE SALUD DEMANDADAS:

La presente acción constitucional tiene como finalidad demostrar la vulneración de los derechos fundamentales a la parte actora por el Consejo de Estado, con la expedición de la Sentencia Definitiva dentro de la Acción de reparación directa Radicación: 76001-23-31-000-2007-00542-01 (59300), Demandantes: Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo, Demandados: Departamento del Cauca y otros por los siguientes defectos:

- Defecto fáctico: Se configura, en términos generales, cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Lo anterior, con fundamento en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre las que se cita la siguiente:

"(…) CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto fáctico se configura cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio (…)." [5]

En la Sentencia Definitiva objeto de reproche, el Consejo de Estado manifestó:

"54. No hay evidencia de la condición y fecha exacta en la que la niña ingresó a los dos primeros centros hospitalarios, como tampoco el diagnóstico o el tratamiento que recibió en los hospitales públicos, toda vez que las historias clínicas a lugar no fueron allegadas por la parte actora, como tampoco fue solicitado su recaudo".

77. Así las cosas, el daño cuyo resarcimiento se demanda y que se funda en la muerte de Luisa Fernanda Serna Estrella o, por lo menos, en la posibilidad de que la menor no perdiera la vida, en tanto se le hubiera practicado una cirugía tipo "banding", no provino por la supuesta falla en la prestación del servicio médico ofrecido por los hospitales demandados, como quiera que no hay ***ninguna prueba*** *que evidencie que dicho tratamiento quirúrgico debía practicarse en las condiciones de urgencia respiratoria que presentó Luisa Fernanda el 16 de abril y el 24 de junio de 2005, como tampoco que las demandadas estuvieran en la capacidad de llevarlo a cabo en las condiciones técnicas con las que contaban para la fecha de los hechos. Por ende, no hay sustento probatorio que demuestre que los hospitales demandados hubieran dejado de obrar conforme con su capacidad y de forma oportuna de cara a las condiciones de urgencia de la menor.*

5 Sentencia T-041/18 M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

> *78. En conclusión, del análisis del material probatorio referido anteriormente, se impone concluir que la causa de la muerte de la paciente como consecuencia de una cardiopatía congénita, o la supuesta pérdida de la oportunidad de sobrevida, no tuvo relación o nexo alguno con la prestación del servicio médico por parte de las demandadas".* (Subrayados fuera del texto original).

Es contradictorio lo manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia, teniendo en cuenta que desde la página 8 hasta la página 13 de la citada providencia, la Corporación relató las atenciones médicas, diagnósticos y tratamientos con las notas en pie de página de los folios del expediente de donde confirmó los hechos narrados.

Adicionalmente, en el proceso reposan las historias clínicas respectivas que fueron aportadas por la parte actora con la demanda, sumado a que las entidades accionadas aceptaron algunos hechos y narraron las atenciones prestadas en las contestaciones de la demandas; pruebas documentales que probaron suficientemente que no le brindaron un adecuado manejo a la paciente, pues se limitaron a atenderla de manera formal para luego darle de alta y remitirla para atención por consulta externa, sin tener en cuenta la gravedad de la patología de la menor.

Para el caso del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" (Nivel IV), en la contestación de la demanda la apoderada judicial **aportó la historia clínica** de la atención médica brindada a la menor, lo cual fue ratificado por el apoderado del HUV en el escrito de contestación, en el cual aceptaron algunos hechos que fueron planteados por la parte actora.

A continuación, el resumen de las pruebas documentales que reposan en el expediente y que fueron legalmente practicadas, tales como: Historias clínicas donde constan las atenciones médicas prestadas a la menor:

HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER (NIVEL II)

Obra en el expediente la historia clínica aportada por la parte demandante, que relata la atención brindada a la niña Luisa Fernanda Serna Estrella: [6]

Primer ingreso: 16 de abril 2005
Remitida por el Hospital Francisco de Paula Santander ESE en Santander.
Fue atendida y **diagnosticada con bronconeumonía**.

Segundo ingreso: 21-27 de abril 2005
Fue atendida y remitida al Hospital San José de Popayán por consulta externa.

HOSPITAL SAN JOSÉ ESE (NIVEL III)

Primer ingreso: 17-20 de abril 2005
Remitida por el Hospital Francisco de Paula Santander ESE en Santander

En esta atención estabilizaron la niña y el 20 de abril de 2005:

> "*la paciente fue contra remitida al hospital de Santander para continuar manejo de su **cuadro infeccioso** con antibiótico y valorar posteriormente la opción de cardiología pediátrica." [7]*

En la contestación de la demanda, esta entidad describió el manejo dado a la paciente, aceptando que la niña se encontraba en malas condiciones, sin embargo, al final decidieron remitirla por consulta externa con una orden médica al Hospital Francisco de Paula Santander ESE en Santander de Quilichao (Cauca), Nivel II, es decir un nivel menor, cuando lo correcto era remitir a la paciente a un centro hospitalario con mayor nivel de atención médica o por lo menos haberla dejado hospitalizada para tratar su cuadro infeccioso hasta lograr la valoración por cardiología pediátrica. Este hecho sumó a los demás hechos de las demás entidades accionadas, lo cual condujo al deterioro gradual de la salud de la menor hasta su fallecimiento.

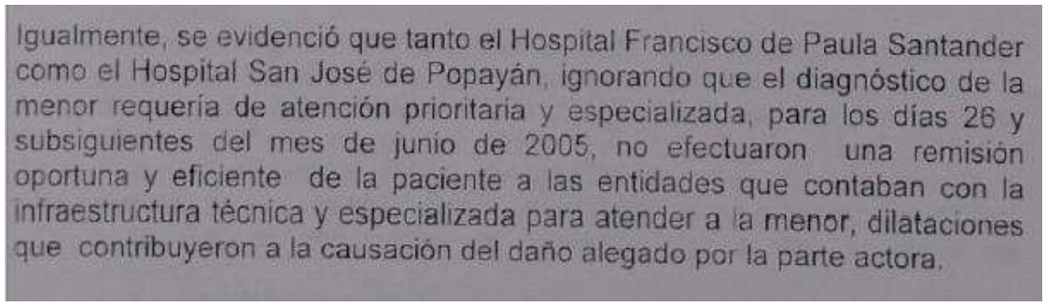
Segundo ingreso: 29 de junio 2005
Remitida por el Hospital Francisco de Paula Santander ESE en Santander.

---

6 Ver la historia clínica que se encuentra dentro de las pruebas documentales aportadas por la parte actora con la demanda.
7 Ver Contestación de la demanda del Hospital San José ESE a folios 69 -71 del expediente.

Como lo manifestó el apoderado judicial de esta entidad la contestación de la demanda, la menor llegó al Hospital San José ESE en muy malas condiciones, debido al inadecuado manejo dado por todas las entidades hospitalarias que la atendieron y fue remitida a la clínica Rey David donde falleció el 30 de junio de 2005.

Respecto de la atención brindada por estas dos (2) entidades hospitalarias: **HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER y HOSPITAL SAN JOSÉ ESE**, se comparte el análisis efectuado por el Tribunal Administrativo del Valle en la sentencia de primera instancia, [8] en el sentido de establecer que no efectuaron las remisiones oportunas y eficientes que requería la paciente, dilaciones que contribuyeron a consolidar el daño alegado en la demanda:


Igualmente, se evidenció que tanto el Hospital Francisco de Paula Santander como el Hospital San José de Popayán, ignorando que el diagnóstico de la menor requería de atención prioritaria y especializada, para los días 26 y subsiguientes del mes de junio de 2005, no efectuaron una remisión oportuna y eficiente de la paciente a las entidades que contaban con la infraestructura técnica y especializada para atender a la menor, dilataciones que contribuyeron a la causación del daño alegado por la parte actora.

HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCÍA" (NIVEL IV)

La atención medida brindada por esta entidad esta soportada con la historia clínica aportada por la suscrita abogada y por el apoderado judicial del Hospital Universitario del Valle:

Ingreso: 4 de junio de 2005
Remitida por la Clínica Valle de Lili

La atención médica del 4 de junio de 2005 consistió en:

> *"A las 19:00 horas del 4 de junio de 2005, se considera que dado que la paciente se encuentra* ***tranquila, sin signos de dificultad respiratoria, hemodinámicamente estable, puede ser valorada pronto por el servicio de consulta externa de cardiología pediátrica****.*
>
> *El médico tratante le explica a la madre los cuidados que debe prodigarle, se dan signos de alarma y se informa del procedimiento por consulta externa.* ***Se decide dar de alta a la paciente con signos vitales estables y normales dentro de lo que puede considerarse en la patología que aquejaba a la paciente y considerando que se trataba de una enfermedad congénita compleja irreversible y con muy mal pronóstico****.*
>
> ***Después de haber sido dada de alta, 4 de junio de 2005*** *a las 19:00 horas la paciente no volvió a consultar al H.U.V. por cardiología pediátrica****, según las recomendaciones dadas a la madre****."* [9] (Negrillas fuera del texto original).

Es inaudito que en una entidad como el Hospital Universitario del Valle (Nivel IV) haya dado de alta a la menor para manejo por consulta externa, aun conociendo el diagnóstico de cardiopatía congénita de la menor; cuando es de público conocimiento que es uno de los mejores hospitales del suroccidente colombiano; en lugar de haberla dejado hospitalizada hasta la práctica de la cirugía, exponiendo a la menor a lo trámites administrativos que conllevaba obtener una cita con un médico especialista a través del SISBEN.

Para corroborar lo anterior, quedó demostrado, como lo indicó el Tribunal Administrativo del Valle en la Sentencia de Primera Instancia [10], que:

> *"(…) Así mismo se constató que la Fundación Valle de Lili, el día 04 de junio de 2005, o prestó la atención médica a la menor en razón a una usencia de convenio con la institución, remitiéndola al Hospital Universitario del Valle para posible intervención quirúrgica,* ***institución en la cual, sin perjuicio del diagnóstico emitido por la fundación***

8 Ver folio 441 de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle.

9 Ver contestación de la demanda por el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" a folios 193 -220 del expediente.

10 Ver folio 441 de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle.

SHAIO se determinó que la paciente se encontraba en buenas condiciones y no prestó la atención médica requerida" (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

CLÍNICA REY DAVID (Nivel III)

El Tribunal Administrativo del Valle exoneró de responsabilidad a la Clínica Rey David, fundamentado en que la paciente llegó a esta institución con su salud totalmente deteriorada y ahora sí, con mínimas posibilidades de sobrevivir, debido a la negligencia de las demás entidades hospitalarias que la habían atendido previamente, **posición que compartió la parte actora, al no apelar la decisión de primera instancia.**

El grave estado de salud de la paciente se demostró con la historia clínica aportada por la parte actora en su demanda, de lo cual a continuación se trascriben algunos apartes:

Ingreso: Del 29 -30 junio 2005

La menor llegó el 29 de junio de 2005 en muy malas condiciones y casi agonizando, con el siguiente diagnóstico de ingreso:

"1.- Sepsis de origen pulmonar
2.- Falla respiratoria severa
3.- Neumonía
4.- ICC descompensada
5.- Cardiopatía congénita severa: Corazón univentricular
6.- Gastritis aguda erosiva
7.- S. Anémico
8.- Hipertensión pulmonar severa
9.- S. Pos RCCP" 11

Es por ello que finalmente la niña Luis Fernanda Serna Estrella falleció el 30 de junio de 2005 en la Clínica Rey David en la ciudad de Cali.

CLÍNICA FUNDACIÓN VALLE DE LILI (Nivel IV)

Como quedó demostrado en el expediente la Clínica Fundación Valle de Lili tuvo **parte** de la responsabilidad por el fallecimiento y pérdida de oportunidad de la niña Luis Fernanda Serna Estrella, sin embargo, no es relevante pronunciarme sobre la atención médica brindada por esta clínica, teniendo en cuenta que a folios 578 y siguientes del expediente, obra la audiencia de conciliación del 26 de agosto de 2016, en la cual la parte demandante concilió parcialmente las pretensiones de la demanda con la Fundación Valle de Lili, con un pago de $44.145.000 pagados por su garante AXXA COLPATRIA SEGUROS; por lo tanto, se declaró terminado el proceso para esta demandada.

CONCLUSIÓN

Contrario a lo manifestado por el Consejo de Estado, en el expediente reposan las pruebas documentales que demuestran las atenciones médicas brindadas a la paciente por las entidades accionadas.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que desde la primera consulta médica de la menor Luisa Fernanda Serna Estrella hasta su fallecimiento **transcurrieron 75 días (2 meses y 15 días)** sin que se realizara el procedimiento quirúrgico requerido por la paciente. Este tiempo fue excesivo frente al estado de salud de la niña, que recordemos, se encontraba adscrita al régimen subsidiado por medio del SISBEN en el Departamento del Cauca, por ser parte de la población pobre y vulnerable, que presentaba una cardiopatía congénita severa y que no fue atendida con la celeridad y calidad que merecía por las instituciones públicas y privadas que legal y constitucionalmente estaban obligadas a hacerlo.

A continuación, la línea de tiempo donde se describen las atenciones médicas y los tiempos transcurridos desde la primera consulta médica del **16 de abril de 2004** hasta el fallecimiento de la paciente el **30 de junio de 2005**:

11 Ver historia clínica aportada por la parte demandante con la demanda.

LÍNEA DE TIEMPO				
Hecho probado	**Fecha**	**Entidad hospitalaria**	**Municipio**	**Resumen**
Nacimiento de la menor	8-dic-04		Santander de Quilichao (Cauca)	
Fecha de primera consulta médica por la cardioaptía congénita	16-abr-05	Hospital Francisco de Paula Santander ESE (Nivel II)	Santander de Quilichao (Cauca)	Diagnosticada con bronconeumonia
Atención por urgencias	17- 20/04/2005	Hospital San José ESE (Nivel III)	Popayán (Cauca)	Estabilización y dada de alta para manejo por consulta externa
Atención por urgencias	21- 27/04/2005	Hospital Francisco de Paula Santander ESE (Nivel II)	Santander de Quilichao (Cauca)	Estabilización respiratoria y dada de alta para manejo por consulta externa
Diagnóstico Definitivo (Particular)	29-abr-05	Fundación ABOOD SHAIO	Bogotá D.C.	
Solicitud de autorización de cirugía "Banding o cerclaje de la arteria pulmonar)	29-abr-05	Fundación ABOOD SHAIO a Secretaría Departamental de Salud del Cauca	Bogotá D.C.	Sin respuesta
Reiteración de la solicitud de autorización de cirugía "Banding o cerclaje de la arteria pulmonar)	4-may-05	Personería municipal de Santander de Quilichao a Director Departamental de Salud del Cauca	Santander de Quilichao (Cauca)	
Atención por urgencias	4-jun-05	Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" (Nivel IV)	Se estabilizaron los signos vitales y se dio de alta para manejo por consulta externa	
Solicitud de pago antipado del 100% de la cirugía	23-jun-05	Fundación Clínica Valle de Lili a Dirección Departamental de Salud	Cali (Valle)	
Atención por urgencias	29-30/06/2005	Clínica Rey David	Cali (Valle)	Atención médica y fallecimiento
Fallecimiento de la niña Luisa Fernanda Serna Estrella	30-jun-05	Clínica Rey David	Cali (Valle)	
Tiempo transcurrido entre la primera atención médica (16 abril 2004) y el fallecimiento (30 junio 2005)	**75 días (2 meses y 15 días)**			

Como fundamento de lo expuesto, a continuación, se trascriben algunos apartes importantes de la siguiente providencia del Consejo de Estado, en la cual se establece que la prestación del servicio médico debe ser completo, continuado e ininterrumpido para llegar al diagnóstico real y su consecuente tratamiento, en aras de lograr la recuperación de la salud de la paciente, servicio que no se prestó a la menor en las condiciones señaladas por la Corporación:

> *"(…) La prestación del servicio no fue* ***completa y continuada, y se vio interrumpida*** *en el momento en el que el cuadro clínico de la paciente exigía la realización del tratamiento de hemodiálisis como procedimiento que era indispensable para el manejo de las condiciones de salud que presentaba la paciente, tal como se diagnosticó por el médico nefrólogo y en el propio dictamen médico legal rendido, lo que razonable y proporcionalmente habría permitido administrar las circunstancias que agravaban el estado de salud de la paciente, y no someterla a las contingencias administrativas que se viene a ofrecer como elemento causal adecuado y sustancial para incidir determinantemente****, o por lo menos con cierta probabilidad preponderante en la ocurrencia del agravamiento de las condiciones de***

***salud, del cuadro clínico y a su posterior fallecimiento**.*

ACTO MEDICO - Complejo / ACTO MEDICO - Iter continuado

*El acto médico es complejo, lo que significa que este como tal **comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar**. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a la señora Serna Garcés **no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos, ni en aquella suministrada cuando fue internada a finales de noviembre de 1996, sino que se extendía, teniendo en cuenta su enfermedad avanzada (nefropatía avanzada) hasta la realización de los tratamientos y/o procedimientos que la propia literatura científica establece como necesarios o indispensables a aplicar"*** 12. (Negrillas y subrayado fuera el texto original).

En aplicación de los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes y aplicables, en la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle 13, concluyó lo siguiente:

"(…) 3. Subsunción (…)

Dicho lo anterior, resulta claro que las entidades accionadas, mencionadas ignoraron la condición de la menor vulnerable que ostentaba LUISA FERNADA ESTRELLA SERNA, lo cual, la hacía acreedora de un catálogo de derechos aprobados por el Estado Colombiano, para obtener una atención medica prioritaria sin perjuicio de los trámites administrativos y conflictos de intereses que se presentaren, debiéndosele prestar el servicio de salud, para realizar la cirugía señalada en cualquier institución medida de carácter privado o publica que requería su patología (…)".

En el mismo sentido, el Concepto No. 141-2017 31 de agosto de 2017 emitido por la Procuraduría Cuarta (4) Delegada ante el Consejo de Estado (Folio 10):

De todo lo anterior concluye esta Delegada, que no estamos frente a un error de diagnóstico médico, ni falla médica o denegación o retardo en el servicio de salud propiamente, sino, frente a una absoluta indolencia tanto por parte de las entidades prestadoras de salud, como de la entidad territorial responsable del SISBEN, para ejecutar un mecanismo expedito de pago, que permitiera llevar a cabo la intervención quirúrgica que a todas luces era determinante para la oportunidad de vida de la menor, cosa que no se dio y que antes por el contrario, lo que se configura es una serie de remisiones cruzadas entre las entidades aquí demandas, donde pareciera que lo prioritario no fuera la salud y vida de la menor involucrada, sino las consideraciones meramente económicas, con lo cual se le negó una oportunidad de vida y con ello se materializó el daño por perdida de oportunidad.

Es por ello que los fundamentos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado no se encuentran acorde con las pruebas documentales practicadas en el proceso de reparación de directa, configurándose una indebida valoración probatoria y la vulneración de derechos fundamentales a la parte demandante.

5.2.- DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS TESTIMONIALES PRACTICADAS EN EL PROCESO, QUE DEMUESTRAN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ENTIDADES DE SALUD DEMANDADAS:

Para corroborar lo manifestado en el acápite anterior, a continuación, se trascriben algunos apartes de las declaraciones rendidas el 7 de febrero de 2011 ante el Tribunal Administrativo del Valle en la etapa probatoria y que obran en el expediente, que ratifican los hechos señalados previamente, que fueron valorados y tenidos en cuenta en la sentencia favorable de primera instancia emitida por el Tribunal Administrativo del Valle y omitidos por el Consejo de Estado:

Declaración del señor Francisco Javier Jiménez Mármol: 14

"(…) Se hace presente el declarante Francisco Javier Jiménez Mármol, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.301.397 expedida en Bogotá D.C.; edad 48 años; estado civil:

12 Consejo de Estado - Sección Tercera Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa del 13 de Abril de 2011 Radicación: 66001-23-31-000-1998-00626-01(2020).
13 Ver folios 441 y 442 de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle.
14 Ver Audiencia de declaración del 7 de febrero de 2011 ante el Tribunal Administrativo del Valle y Folio 438 de la Sentencia de Primera Instancia.

Unión marital de hecho; Ocupación: Funcionario de la Registraduría Nacional del Estado Civil; sin parentesco con las partes. (…)

PREGUNTADO: Diga la declarante todo lo que sepa y le conste con relación al presente proceso de REPARACIÓN DIRECTA promovido por LEYDI FERNANDA ESTRELLA CAMPO - OTRO en contra del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – OTROS. CONTESTADO: Por la cercanía a la familia me di cuenta del problema cardiaco de la niña, de ahí en adelante se empezó a tener problemas con la niña, y me di cuenta del concepto de la clínica SHAIO de Bogotá porque cuando llegaron de Bogotá la mama y la menor me mostraron el oficio, ***donde dice que la cirugía requerida por la niña es inaplazable y de carácter urgente****, porque la niña nació con ventrículo único lo cual consta en los conceptos médicos,* ***esa comunicación se envió directo a la Dirección Departamental de Salud del Cauca*** *en la cual fui personalmente en repetidas ocasiones y se mostró la negligencia, no obstante la comunicación de la clínica referida, lo más duro de todo era pues ver la tristeza moralmente como estaban ellos dos jóvenes y era su primer hijita eso fue sumamente duro y tocó rodearlos moralmente sicológicamente,* ***lo único que puedo decir es que fue notoria la negligencia para tomar una determinación en la cual pudiesen haber podido salvar la vida de la niña****. En este estado se concede el uso de la palabra a la abogada de la parte demandante. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si por medio de escrito se solicitó la atención médica a la menor fallecida y ante que entidades. CONTESTÓ: Si se hizo escrito diferentes oficios realizados por la Personería de Santander de Quilichao dirigidos a la* ***Dirección Departamental del Cauca*** ***los cuales no tuvieron ninguna respuesta****. PREGUNTADO: Manifieste si conoce a que servicio médico de salud estaba afiliada la menor LUISA FERNANDA SERNA ESTRELLA. CONTESTÓ: Con la precariedad económica ellos tenían el servicio del* ***SISBEN****. PREGUNTADO: Manifieste al despacho que trámites se adelantaron posterior a la valoración de la Clínica SHAIO Bogotá a la menor fallecida. CONTESTÓ: después de que se llevó a Bogotá se enviaron los oficios referidos en varias ocasiones creo que* ***tres ocasiones*** *que se llevó el oficio solicitando la atención* ***cosa que nunca dieron respuesta*** *(…)"* (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

En el mismo sentido, se recibió la declaración de la señora Gloria Aceneth Campo, [15] abuela materna, quien manifestó lo siguiente:

"(…) Cuando la niña comenzó a demostrar la enfermedad la remitieron de Santander del Hospital Francisco de Paula Santander al Hospital de Popayán San José, la niña estuvo muy malita allá en Popayán y de allí la remitieron otra vez a Santander, la niña a ratos de veía bien, luego se agravaba. En el Hospital de Popayán le hicieron un examen que tocó pagar por fuera y costó doscientos mil pesos, en medico dijo que era un problema de corazón bien delicado, en Santander comenzaron a tratarla y nos dijeron que hiciéramos un esfuerzo y la mandáramos a Bogotá a la clínica SHAIO, entonces pues yo luché con mi ***hija*** *16 buscando plata para mandarla a Bogotá cuando allá le sacaron un examen y le dijeron que de verdad era del corazón y que no la podían operar, porque tendría que pedir una cita con mucho tiempo para programarla para que la operaran gratis, entonces de ahí volvió mi hija a Santander y comenzamos a ir a Popayán para que la operaran, para que el* ***Sisben*** *nos ayudara, fuimos varias veces y nada, nos mandaban a la Clínica Valle de Lili para que ellos la operaban y que ellos pagaban la mitad, en el Valle de Lili decían que teníamos que pagar todo. A nosotros nos tocó muy duro, prestábamos a gota a gota, vendíamos tamales para el transporte y los pasajes y para todos los medicamentos (…)*

En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante. Manifieste al Despacho si sabe cual fue el daño moral ocasionado a la señora Leydi Fernanda Estrella y al señor Luis Fernando Serna con la muerte de su hija Luis Fernanda Estrella. CONTESTADO: Eso fue una cosa muy tremenda, estuvo muy deprimida muy triste y yo que era la abuela hasta hoy siento el dolor de mi hija si haya sido una bebe que no nos acompañó mucho es muy doloroso, Luis Fernando igual sufrió mucho lloró mucho por el dolor de su hija, fue muy duro se luchó mucho por la niña, luché bastante para conseguir dinero, ella era muy joven y no podía hacer lo que yo hacía" (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

Así las cosas, quedó suficientemente demostrada la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas con las prueba documentales y testimoniales legalmente recaudadas en el proceso, sin embargo, el Consejo de Estado no las valoró en debida forma, lo cual tuvo como consecuencia que se revocara la sentencia de primera instancia y se vulneraran los derechos fundamentales de la parte actora.

---

15 Ver Audiencia de declaración del 7 de febrero de 2011 ante el Tribunal Administrativo del Valle y Folio 439 de la Sentencia de Primera Instancia.

16 Leidy Fernanda Estrella Campo, madre de la menor fallecida

5.3.- DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES APORTADAS, QUE DEMUESTRAN LA FALLA EN EL SERVICIO DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

En la Sentencia Definitiva proferida por el Consejo de Estado, la Corporación manifestó lo siguiente:

> ***"(…) III. CONSIDERACIONES (…)***
>
> ***Análisis de la imputación en el caso concreto*** *(…)*
>
> *46. Como consecuencia, con misiva del mismo 29 de abril de 2005, la Fundación ABOOD SHAIO* ***solicitó al departamento del Cauca "autorización de cirugía cardiovascular*** *(banding o cerclaje de la arteria pulmonar) para la niña Luisa Fernanda (…) quien presenta ventrículo único de doble entrada y doble salida con severa hipertensión pulmonar".* ***Petición reiterada por el personero municipal el 4 de mayo de 2005****. En relación con la misiva de la Fundación ABOOD SHAIO* ***no hay prueba de que hubiera sido contestada por el departamento del Cauca****". 17*
>
> *74. Para el presente asunto, se tiene que la menor Luisa Fernanda Serna Estrella era una menor adscrita al régimen subsidiado de salud, conforme con la certificación adjunta y, como consecuencia, los servicios de salud que requiriera como población vulnerable y menos favorecida debían ser atendidos con cargo al presupuesto y bajo la dirección de los municipios y departamentos de la jurisdicción en la que se encontraba adscrita; en este caso, en* ***tanto sólo*** *se demandó al ente departamental del Cauca, únicamente se puede emitir concepto en lo que a éste respecta.*
>
> *75. De acuerdo con la prueba documental, la Fundación ABOOB SHAIO requirió al departamento del Cauca para que financiara el tratamiento quirúrgico de alto riesgo que se determinó para la menor Luisa Fernanda Serna Estrella el 29 de abril de 2005, por parte de su junta médica.* ***No hay prueba de que el ente territorial hubiera entrado en algún tipo de acuerdo con la citada fundación*** *de cara al caso de la menor; sin embargo, los oficios del 7 y 23 de junio de 2005, evidencian que el departamento solicitó a la Fundación Valle de Lili que brindara la atención médico-quirúrgica que requería la menor, así como aceptó hacerse cargo de su pago, previa remisión de la documental a lugar,* ***por lo que no hay lugar a afirmar que fue su negligencia*** *la que impidió la ejecución de la intervención.*
>
> *76. La evidencia indica que esta fundación remitió la documentación para la suscripción de un contrato con el ente departamental, pero también demuestra que supeditó la ejecución de la cirugía al pago del 100% de su costo como anticipo, es decir, pese al requerimiento que hiciera el departamento del Cauca, se opuso una condición de pago pese a que la importancia que revestía el procedimiento tipo "banding" para la menor de cuatro (4) meses; sin embargo, -como se dejó indicado- a esta Sala no le asiste competencia para expedir pronunciamiento de fondo en cuanto a esta causa, toda vez que la parte actora decidió conciliar con esta fundación y con el tercero que llamó en garantía (AXA Colpatria S.A.) las pretensiones indemnizatorias que esgrimió en contra de aquella".*

En relación con la manifestaciones del Consejo de Estado, trascritas previamente, se aclara lo siguiente:

- *"46. Como consecuencia, con misiva del mismo 29 de abril de 2005, la Fundación ABOOD SHAIO* ***solicitó al departamento del Cauca "autorización de cirugía cardiovascular*** *(banding o cerclaje de la arteria pulmonar) para la niña Luisa Fernanda (…)"*

Se corrige, pues la solicitud mencionada por el Consejo de Estado se dirigió a la: *"SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA",* como se verifica en las pruebas que obran en el expediente y que fueron presentadas con la demanda por la parte demandante, de la cual se adjunta la copia respectiva:

17 Ver Página 11 de la Sentencia de segunda instancia proferida el 4 de julio de 2023 por el Consejo de Estado MP José Roberto Sáchica Méndez.

Bogotá, D.C., Viernes 29 de abril de 2005

Doctores
SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Ciudad

Apreciados Doctores:

Cordialmente me dirijo a ustedes para solicitarles autorización de CIRUGIA CARDIOVASCULAR (BANDING Ó CERCLAJE DE LA ARTERIA PULMONAR) para la niña LUISA FERNANDA SERNA de 4 meses de edad, quien presenta VENTRICULO UNICO DE DOBLE ENTRADA Y DOBLE SALIDA CON SEVERA HIPERTENSIÓN PULMONAR.

Atentamente,

DR. GUSTAVO CARRILLO ANGEL
CARDIÓLOGO PEDIATRA
R.M. 19130375

DR. GUSTAVO CARRILLO ANGEL
Médico Cardiólogo Pediatra

- "*<u>en este caso, en **tanto sólo** se demandó al ente departamental del Cauca"</u>*

Se corrige, pues no es cierto lo manifestado por el Consejo de Estado, pues en la demanda radicada por la suscrita el 29 de junio de 2007 ante el Tribunal Administrativo del Valle, de la cual se adjunta la copia respectiva, se demandó a *"LA SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA",* y demás entidades, como se verfica a continuación:

En el poder se indicó:

GRUPO JURIDICO DEL VALLE
DERECHO PRIVADO
Cra. 9 No. 9-49 Of. 305 Torre Aristi Tels. 8854153 - 8812570
Cali – Colombia

PODER ESPECIAL

Señores
Honorables Magistrados
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA - REPARTO
E. S. D.

LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO y LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO, mayores de edad, vecinos de Santander de Quilichao (Cauca), identificados con las cédulas de ciudadanía Nos. 1.062.288.906 y 1.062.278.514 expedidas en Santander de Quilichao (Cauca), respectivamente, mediante el presente escrito le conferimos poder especial, amplio y suficiente a los Doctores SARA MARIA CORRALES CALLEJAS, mayor de edad, vecina de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía 29.127.172 de Cali, abogada en ejercicio portadora de la Tarjeta Profesional 126.454 del C.S. de la Judicatura, ***como abogada principal*** y al Doctor LUIS ALBERTO MORENO PAZ, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía 10.534.252 de Popayán, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 143.206 del C.S. de la Judicatura, ***como abogado suplente,*** para que en nuestro nombre y representación, inicien y lleven hasta su terminación **ACCION DE REPARACION DIRECTA**, consagrada en el artículo 86 del C.C.A. contra **EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, representado por el señor Gobernador Juan José Chaux Mosquera, o quien haga sus veces, **LA SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA**, representada por el señor Diego Gerardo Llanos Arboleda, o quien haga sus veces, **EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN E.S.E.**, representado por el señor Rodrigo Quijones, o quien haga sus veces, **EL HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E.**, representado por el señor Almilcar Terranova, o quien haga sus veces, **EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, representado por el señor Gobernador Angelino Garzón, o quien haga sus veces, **LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE VALLE DEL CAUCA**, representada por el señor Javier Hernán Parga Coca, o quien haga sus veces, **EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCIA E.S.E."**, representado por el señor Jairo Alarcón, o quien haga sus veces, **LA FUNDACION VALLE DEL LILI**, representada por el señor Vicente Borrero Restrepo, o quien haga sus veces y **LA CLINICA REY DAVID**, representada por el señor Miguel Angel Duarte, o quien haga sus veces, con el fin de lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con ocasión del deceso de nuestra hija menor de edad LUISA FERNANDA SERNA ESTRELLA, ocurrido el 30 de junio de 2.005 en la ciudad de Cali (Valle).

En las Pretensiones de la demanda, se indicó lo siguiente:

DECLARACIONES:

PRIMERO: Que LA SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA, EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN E.S.E., EL HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E., EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE VALLE DEL CAUCA, EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCIA E.S.E.", LA FUNDACION VALLE DEL LILI y LA CLINICA REY DAVID, representados como ya se mencionó, son administrativamente responsables por falla en el servicio médico, de la muerte de la menor LUISA FERNANDA SERNA ESTRELLA, ocurrido el 30 de junio de 2005, en la clínica Rey David en la ciudad de Cali.

El Tribunal Administrativo del Valle admitió la demanda mediante el Auto Interlocutorio No. 241 del 13 de julio de 2007, que se adjunta, y dispuso la notificación de los demandados, entre ellos: *"EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA"* y *"LA SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DEL CAUCA":*

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

INTERL. No. 241

PROCESO : 2007-0542
ACTOR : LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO Y OTRO
DEMANDADO : DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y OTROS
ACCION : REPARACIÓN DIRECTA

Santiago de Cali, Trece (13) de julio de dos mil siete (2007).

SE ADMITE la presente demanda de REPARACIÓN DIRECTA que propone los señores LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO Y LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO por intermedio de apoderada judicial contra EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, SECRETARIA DE SALUD DEL CAUCA, EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN E.S.E., HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTADER E.S.E, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE "EVARISTO GARCIA E.S.E., FUNDACION VALLE DEL LILI Y LA CLINICA REY DAVID, en consecuencia se,

DISPONE:

a) NOTIFIQUESE personalmente al Gobernador del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, en los términos del Art. 150 del C.C.A. en concordancia con el Art. 315 del C.P.C.

b) NOTIFIQUESE personalmente al Director (a) de la SECRETARIA DE SALUD DEL CAUCA, en los términos del Art. 150 del C.C.A. en concordancia con el Art. 315 del C.P.C.

Como se verifica, todos los demandados fueron legalmente vinculados al proceso, y en caso que el Juez de conocimiento hubiera considerado necesario realizar el saneamiento del proceso, contaba con las facultades legales a su cargo, consagradas en el Codigo Contencios Administrativo (Decreto 1 de 1984) vigente para la fecha de presentación de la demanda y la expedición del auto admisorio; así como lo consagrado en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el Código General del Proceso y la siguiente Sentencia reciente proferida por el Consejo de Estado: [18]

> ***"II. CONSIDERACIONES***
>
> ***2.1 Potestad del juez de saneamiento del proceso***
>
> *El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, en su Artículo 103 prevé que los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción tienen por objeto "la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico", razón por la cual, el legislador estableció que en la interpretación de las normas del CPACA "deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal".*
>
> *Ahora, en garantía de principios constitucionales, verbigracia, la economía y celeridad procesal, se consagró el control de legalidad del proceso expresamente en el Artículo 207 ibídem* ***como el deber del juez de efectuar una vez agotada cada etapa del proceso, con la finalidad de "sanear los vicios que acarrean nulidades****".*
>
> *En concordancia con esa regla general, el numeral 5º del Artículo 180 ibídem, contempló de manera específica la obligación a cargo del funcionario judicial, de "decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado* ***y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias".***
>
> *Así mismo, el Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012, Artículo 42, consagra como deberes del juez, en virtud del principio de economía procesal, velar por su rápida solución y sanear los vicios e irregularidades que puedan afectar el desarrollo célere del proceso, a saber:*
>
> ***"ARTÍCULO 42. Deberes del juez. Son deberes del juez.***
>
> *2. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.*
> *(…)*
>
> *5. Adoptar las medidas autorizadas en este Código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia." (Resaltado fuera del texto original).*

18 Consejo de Estado, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00098-00(0496-16) del 18 de febrero de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

> ***Así las cosas, el saneamiento procesal, llamado también como principio de expurgación, se constituye en la materialización de los principios procesales de eficiencia, efectiva tutela judicial, congruencia y economía procesal, y podría definirse como el acto jurídico procesal <u>propio del juez</u>****, en el que se verifica que todos los elementos jurídicos procesales de la litis estén presentes, tal como lo ha expuesto la doctrina, en los siguientes términos:*
>
> ***"El saneamiento tiene por finalidad obligar al juez a "purgar"*** *el proceso de obstáculos procedimentales, constituye un mecanismo concentrado, posibilitando de esta manera, que el objeto del proceso pueda ingresar a la etapa probatoria y posteriormente a la decisoria, encontrándose así la causa purificada y excluida de cualquier irregularidad, lo cual fácilmente podrá ser realizado mediante un auto sin necesidad de convocar a audiencia alguna".*
>
> *Desde el punto de vista jurisprudencial, la Sección Segunda de esta Corporación , por medio de auto proferido el 23 de abril de 2015, ejerció control de legalidad respecto de la competencia para conocer de ese asunto, precisando, respecto de la fase de expurgación, que: "El saneamiento procesal tiene como propósito, que en el transcurso o desarrollo del sumario,* ***los aspectos formales o procesales como por ejemplo una indebida escogencia del mecanismo judicial, no retrasen ni impidan la decisión sobre el fondo, es decir, se busca con esta institución jurídica procesal, librar la causa de errores, defectos, omisiones, vicios, nulidades por efectos formales, o resoluciones judiciales mal dictadas o notificaciones mal diligenciadas, etc****.".*
>
> *En conclusión, la potestad de saneamiento pretende solventar las irregularidades o vicios evidentes en el trámite procesal, que de no ser saneadas pondrían en riesgo la posibilidad de emitir decisión de fondo.* ***Con tal propósito la ley le asignó al juez facultades dirigidas a controlar la legalidad y, en tal virtud, adoptar las medidas necesarias en orden a encauzar las acciones con el propósito de garantizar su continuidad y finalización*** *(…)".*

Partiendo del hecho que la demanda se tramitó en primera instancia con el cumplimiento de los requisitos legales y que se agotaron las etapas procesales correspondientes, hasta la emisión de la sentencia; no es de recibo que en la sentencia proferida por el Consejo de Estado se traigan a colación aspectos que no son relevantes en esta última instancia y que mucho menos pueden ser trasladados a la parte demandante para perjudicar sus pretensiones.

En cuanto a los entes departamentales del Cauca demandados, en la Sentencia de Primera Instancia, el Tribunal Adminstrativo del Valle condenó unicamente al Departamento del Cauca.

Ahora, es absolutamnete clara la responsabilidad patrimonial del Departamento del Cauca en los hechos narrados en la demanda de reparación directa, toda vez que esta entidad tiene la función de dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción; así como de ejecutar en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras funciones legales.

Para el caso concreto, el Departamento del Cauca debió gestionar oportunamente y entregar los recursos a la Secretaría de Salud de Cauca para la materialización de la atención médica requerida por la población pobre y vulnerable adscrita al SISBEN, lo cual no ocurrió.

Como parámetro fundamental, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, que consagró la seguridad social como un *"servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado":*

> ***"ARTICULO 48.*** *La Seguridad Social es un servicio público de carácter* ***obligatorio*** *que se prestará* ***bajo la dirección, coordinación y control del Estado****, en sujeción a los principios de* ***eficienci****a, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".* (Negrillas fuera del texto original).

En aplicación de este postulado constitucional, el Estado Colombiano tiene a su cargo la dirección, coordinación y control de este fundamental servicio público, que además debe prestarse de manera eficiente a la ciudadanía, a través de sus entidades públicas y privadas que tienen esta función.

Como se verifica en la consideración No. 46, trascrita con anterioridad, ***"****desde el <u>29 de abril de 2005,</u> la Fundación ABOOD SHAIO* ***solicitó al departamento del Cauca "autorización***

de cirugía cardiovascular *(banding o cerclaje de la arteria pulmonar) para la niña Luisa Fernanda (…) quien presenta ventrículo único de doble entrada y doble salida con severa hipertensión pulmonar"*

Para lo cual *la Fundación ABOOD SHAIO* adjuntó la cotización del procedimiento quirúrgico por la suma de $30.000.000, "*(…)* ***Petición reiterada por el personero municipal el 4 de mayo de 2005****. En relación con la misiva de la Fundación ABOOD SHAIO* ***no hay prueba de que hubiera sido contestada por el departamento del Cauca****".*

Esto indica que **desde el 29 de abril de 2005** el Departamento del Cauca incumplió con su obligación legal y constitucional de gestionar los recursos y pagar a la Fundación ABOOD SHAIO la cirugía que requería la niña, en atención al diagnóstico y plan de tratamiento ordenado por la Junta Médica de dicha entidad, reconocida en el país como una de las mejores en temas cardiovasculares; solicitud que no fue atendida por el Departamento del Cauca, como quedó demostrado en el trámite procesal, en el cual esta entidad demandada no aportó las pruebas que desestimaran el hecho de no haber dado respuesta a esta solicitud.

Es por ello que a partir de esta fecha se encuentra comprometida la responsabilidad del ente departamental, quien recordemos no emitió respuesta a la solicitud y dejó **trascurrir 24 días** hasta que la Personería del Cauca reiteró la solicitud y si bien en esta segunda oportunidad si realizó las gestiones ante la Fundación Clínica Valle de Lili el 23 de junio de 2005, lo hizo de manera tardía; por lo tanto, debió ser condenado patrimonialmente por el incumplimiento de sus funciones.

Recordemos que desde que el Departamento del Cauca recibió la solicitud de la Fundación Shaio hasta el fallecimiento de la paciente, **trascurrieron 62 días** tiempo en el que la menor no recibió de ninguna de las entidades hospitalarias el tratamiento que requería; por la demora del ente departamental en gestionar los recursos solicitados para el pago de la cirugía requerida; tiempo que jugó en contra de la salud de la menor Luisa Fernanda Estrella Serna y que indudablemente fue la causa de su lamentable deceso.

Ahora, en el escenario, que se hubiera realizado oportunamente la ***"cirugía cardiovascular*** *(banding o cerclaje de la arteria pulmonar)"* a la niña Luisa Fernanda Serna Estrella, en cumplimiento de lo establecido en la lex artis vigente, y si aun en ese escenario de buen manejo médico, la menor hubiera fallecido, no habría lugar a reclamar los perjuicios inmateriales por la falla del servicio del Estado, pues claramente se habría roto el nexo casual, en consideración a que el resultado no tendría conexión con el actuar de la accionada.

El incumplimiento de las funciones legales a cargo del Departamento del Cauca, se ratifican con lo señalado en el **DECRETO 2357 DE 1995** *"Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en* ***Salud****",* que consagró lo siguiente:

> ***"(…) COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN EL SECTOR SALUD.***
>
> ***ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD.*** *Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales,* ***corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción****, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:*
>
> ***43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.***
>
> *43.1.2. Adoptar, difundir, implantar,* ***ejecutar*** *y evaluar,* ***en el ámbito departamental*** *las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que formule y expida la Nación o en armonía con éstas.*
>
> *43.1.4. Supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y* ***administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.***
>
> *43.1.5.* ***Vigilar y controlar el cumplimiento*** *de las políticas y normas técnicas, científicas y* ***administrativas que expida el Ministerio de Salud****, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.*

> *43.1.6.* ***Adoptar, implementar, administrar y coordinar <u>la operación</u> en su territorio*** *del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.*
> *(…)*
> ***43.2. De prestación de servicios de salud***
>
> *43.2.1.* ***<u>Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre</u> en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.*** *(…)*
>
> *43.2.4. Organizar,* ***dirigir, coordinar y administrar*** *la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento. (…)*
>
> *43.2.6.* ***Efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud****, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y* ***adelantar la vigilancia y el control correspondiente.***
>
> *43.3.1. Adoptar, difundir, implantar y* ***<u>ejecutar</u> la política de salud pública formulada por la Nación.***
>
> *43.3.5.* ***Monitorear*** *y evaluar la ejecución de los planes y acciones en salud pública de los municipios de su jurisdicción.*
>
> ***ARTÍCULO 46. COMPETENCIAS EN SALUD PÚBLICA. <u>La gestión en salud pública es función esencial del Estado</u> y para tal fin la Nación y <u>las entidades territoriales</u> concurrirán en su ejecución en los términos señalados en la presente ley.*** *Las entidades territoriales tendrán a su cargo la ejecución de las acciones de salud pública en la promoción y prevención dirigidas a la población de su jurisdicción. (…)*
>
> ***ARTÍCULO 55. DIRECCIÓN Y PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD.*** *En la dirección y* ***prestación de los servicios de salud, por parte de los departamentos****, distritos y municipios, deberán observarse las siguientes reglas:*
>
> *55.1.* ***Adecuar y orientar su estructura administrativa, técnica y de gestión, para el ejercicio de las competencias asignadas****, que deberán cumplirse con recursos del Sistema General de Participaciones destinados a salud y con recursos propios, y (…)"*

En el mismo sentido, la Procuraduría Cuarta (4) Delegada ante el Consejo de Estado, emitió el Concepto No. 141-2017 del 31 de agosto de 2017 a través del Procurador Carlos José Holguín Molina [19], en el sentido de **confirmar la sentencia de primera instancia**, con la "*<u>Gradualidad del monto indemnizatorio del daño por Pérdida de Oportunidad"</u>* de acuerdo con el grado de posibilidad de recuperación de la salud de la menor:

> *"**CONFIRMAR el fallo recurrido** / <u>Gradualidad del monto indemnizatorio del daño por Pérdida de Oportunidad</u> entre los condenados y disminución del monto. / Se configuró la responsabilidad del Departamento del Cauca, Departamento del Cauca, Hospital Universitario San José de Popayán y Hospital Francisco de Paula Santander por la pérdida de oportunidad. / <u>Tardía gestión ante el SISBEN para realizar la operación de alto riesgo</u>**"*
> (Subrayado fuera del texto original).

A folio 11 del citado Concepto, el Procurador Judicial ante el Consejo de Estado, ratificó que el mayor responsable de los hechos objeto de la demanda, fue el Departamento del Cauca, en calidad de administradora y responsable del SISBEN, entidad que incumplió con sus funciones legales al actuar de manera tardía en relación con la gestión de los recursos para la práctica de la cirugía que requería la paciente, como quedó demostrado en las diferentes pruebas que reposan.

Por lo cual recomendó al Consejo de Estado distribuir el monto de responsabilidad así: 50% para el Departamento del Cauca y 50% para el resto de los demandados: Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E., Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. y el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., como se verifica a continuación:

---

19 Folio 637 del expediente

2.4.4. GRADUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONDENADOS

Con relación a la graduación de la responsabilidad de los condenados, consideramos que se presentaron una serie de concausas frente a la pérdida de oportunidad, y frente a este escenario, el Departamento del Cauca es más responsable de la ocurrencia del daño, que el resto de condenados, dado que, a la menor no la operaron porque no hubo quién asumiera el costo del procedimiento de manera oportuna y el primer llamado a cubrirlo, es el Departamento del Cauca, quien fue notificado de la necesidad de la cirugía por parte de la Fundación Shaio desde el 29 de abril de 2005, mediante carta dirigida al Secretario del Salud del Departamento por parte del Jefe de Cardiología Pediatría, según aparece en el folio 17 del cuaderno principal. Igualmente, el Personero de Santander de Quilichao, mediante comunicación del 4 de mayo del mismo año, abogó por la menor y le solicitó al Director Departamental de Salud del Cauca, la autorización de tal cirugía, y le hizo notar que la misma pertenecía a la población vulnerable.

También nos lleva a esta conclusión, el hecho de que la menor era beneficiaria del SISBEN, según lo certificó la Secretaría de Salud Municipal de Santander de Quilichao, pues la madre, LEYDI FERNANDA ESTRELLA CAMPO, estaba identificada como persona catalogada dentro de la población pobre y vulnerable.

Por lo anterior, esta Delegada propondrá al Señor Magistrado Ponente, considerar distribuir el monto de la indemnización por daño por perdida de oportunidad en un 50% para la entidad territorial Departamento del Cauca administradora y responsable del SISBEN para el caso en cuestión, y el restante 50% entre las entidades de salud condenadas a saber: HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN y el HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER.

De conformidad con lo expuesto, se evidencia la indebida valoración de las pruebas documentales por el Consejo de Estado en su Providencia Judicial, que condujo a exonerar de responsabilidad al Departamento del Cauca, estando suficientemente demostrado que fue el principal infractor de sus funciones legales y constitucionales que tuvo como consecuencia el fallecimiento de la paciente.

5.4.- DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL QUE ESTABLECIÓ ERRADAMENTE EL DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO QUE REQUERÍA LA NIÑA LUISA FERNANDA SERNA ESTRELLA PARA RECOBRAR SU SALUD.

En las CONSIDERACIONES de la Sentencia Definitiva proferida por el Consejo de Estado, enfatizó en varios de sus apartes que la intervención tipo "*banding o cerclaje de arteria pulmonar*" que requería la menor fallecida era un procedimiento paliativo y que no tenía opción de vivir bajo ningún presupuesto, como se verifica en el siguiente aparte:

> *"(…) 66. No hay ninguna prueba que indique que la intervención tipo "banding o cerclaje de arteria pulmonar"* ***fuera un acto médico que hubiere requerido de inmediato o que debía adoptarse en cada una de las oportunidades que la menor ingresó a urgencias;*** *de hecho, bajo el concepto del* ***pediatra especializado en neonatología*** *consultado ante estrados judiciales, señor* ***Javier Torres Muñoz –****quien no tuvo participación en los hechos****–, este tipo de cirugía, en primer lugar, es de carácter paliativo, es decir, que no se constituye como un medio de solución de la patología, sino de tratamiento de sus síntomas y sus efectos y, en segundo lugar,* ***según dijo el especialista****,* ***por su alto riesgo, no era una intervención recomendable para el momento de urgencia*** *que presentó la menor Luisa Fernanda el 16 de abril y el 24 de junio de 2005 (…)"* [20] (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

La Corporación llegó a la conclusión que la *"cirugía cardiovascular (banding o cerclaje de la arteria pulmonar) para la niña Luisa Fernanda Serna Estrella"*, no era un procedimiento urgente y que la paciente no tenía posibilidad de recuperar su salud, fundamentada en la declaración que rindió el señor JAVIER TORRES MUÑOZ, Médico Pediatra Neonatólogo vinculado al Hospital Universitario del Valle para el momento de los hechos: [21]

> *"(…) Se hace presente la persona citada a rendir declaración, por lo que se procede a recibir el testimonio del señor JAVIER TORRES MUÑOZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.655.330 expedida en Cali – Valle; edad. 50 años; Estado Civil. Casado; Ocupación* ***Médico Pediatra Neonatólogo****; no tienen ninguna relación con el demandante; una vez tomado el juramento por el Magistrado, se le PREGUNTA: Diga la declarante todo lo que sepa y le conste con relación al presente proceso de REPARACIÓN DIRECTA promovido*

20 Ver página 17 de la Sentencia Definitiva proferida por el Consejo de Estado.

21 Declaración del 2 de marzo de 2011 de Javier Torres Muñoz, testigo del Hospital Univesitario del Valle, médico pediatra neonatólogo, quien no fue el médico tratante de la menor fallecida y quien manifestó que el manejo dado a la paciente en esta Institución fue el adecuado, y que el riesgo de éxito de la cirugía era nulo.

*por LEYDI FERNANDA ESTRELLA CAMPO – OTRO en contra del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – OTROS. PREGUNTADO. Lo que conozco es por la historia clinica que en la presente diligencia **va a leer porque no conoce el caso** (esta leyendo la historia clinica y relata los hechos en un resumen) que se trata de una menor que llego al hospital departamental a los cinco meses y 28 dias que llegó al hospital el 4 de junio de 2005 a las 12 y 20 remitida del hospital de Santander de Quilichao con un diagnóstico previo de los cuatro meses con una cardiopatía congénita: Ventrículo único con hipertensión pulmonar que fue valorada el día de su ingreso por los pediatras de turno del servicio de urgencias de pediatría del hospital departamental quienes consideran después de una observación de nueve horas mediante las condiciones clínicas de la paciente tranquila sin dificultad respiratoria hemodinámicamente estable puede ser valorada en consulta externa por cardiólogo pediatra para lo cual se dan signos de alarma y se da salida. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada del Hospital Universitario. PREGUNTADO: Teniendo en cuenta su experiencia y conocimiento sirvase indicar al despacho en que consiste las patologias que padecia esta menor y porque se producen las mismas: CONTESTADO: La niña presentaba de acuerdo a las ecografías realizadas un diagnóstico de cardiopatía compleja en el cual tenía una sola cavidad cardíaca (normalmente son cuatro) con hipertensión pulmonar para lo cual al momento de ingreso al hospital universitario cosideran de muy mal pronóstico con muy alta mortalidad. Las causas de este tipo de alteración son congénitas y la mayoría de las veces con diagnósticos y causas poco claras. PREGUNTADO: Usted ha indicado que al momento de luisa fernanda se dieron signos de alarma e indicaciones de manejo por consulta externa en el servicio de cardiología pediatra de conformidad con la historia clínica que se la ha puesto de presente sírvase indicar si exisitó otro ingreso o el manejo indicado por los epecialistas. CONTESTÓ: Ante las condiciones clínicas encontradas y anotadas la paciente estoy de acuerdo que se puede manejar ambulatoriamente y ante la nota donde se dan explicaciones de signos de alarma a la familia y seguimiento con los especialistas de cardiología considero que es lo usual y adecuado en estos casos. PREGUNTADO: Sírvase indicar si sabe o concoce cual es la viabilidad o posibilidad de éxito de manejar quirúrgicamente este tipo de pacientes. CONTESTADO: De acuerdo a lo que conozco en nuestro medio y las referencias científicas y la evaluacion por nuestro cardiólogos la mortalidad de esta niña **en la condición que llegó al hospital universitario es del 100 por ciento.** (…)*

*En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada del demandante. PREGUNTADO: De acuerdo con su experticia y formación académica infórmele al despacho si las personas que nacen con cardiopatía congénita con hipertensión pulmonar por ventrículo único no tiene opción de vivir. CONTESTADO: Al nacer con este diagnóstico **lo que conozco** es que **se hacen tratamientos paliativos** (bandigng de la pulmonar) **tratando de prolongar la vida y mejorar calidad**. (…)"* (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

El Consejo de Estado [22] en sentencia reciente, corroboró la posición pacífica de vieja data de todas las Corporaciones judiciales, respecto del testigo técnico, definiéndolo como la persona que tuvo conocimiento directo de los hechos y que tiene los conocimientos técnicos y especializados sobre la materia de su declaración, para emitir un juicio especializado que ilustre al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber:

*"(…) 17.- En relación con el testimonio de Gabriel Alberto Bayona Fetecua, geólogo de profesión y fue solicitado por la parte demandante para acreditar que las inundaciones de su predio fueron causadas por la construcción de los dos túneles de conducción, la Sala advierte que **dicho testimonio no puede ser valorado, ya que no se trata de un declarante que conociera o le constaran los hechos materia del proceso. Por el contrario, su declaración se limitó a presentar conceptos y opiniones sobre las causas de la inundación.** Por lo anterior, al margen del parentesco del testigo con la demandante y la posible tacha de sospecha por esta causa, **la Sala no valorará el contenido de la declaración porque ella no cumple con los requisitos del artículo 220 del CGP,** pues su objeto fue introducir las conclusiones de un dictamen pericial al proceso, sin cumplir con los requisitos del mismo, siendo así, una prueba inconducente.*

*17.1.- El artículo 220 del CGP, establece que el juez: "Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, **excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos científicos o artísticos sobre la materia". En virtud de la norma, no es admisible el testimonio que recaiga exclusivamente sobre conceptos u opiniones técnicas, pues ellos sólo pueden ser tenidos en cuenta cuando a quien le constan determinados hechos y posea determinados conocimientos científicos o técnicos, requiera aclarar o precisar su dicho**. Tal y como lo ha indicado esta Subsección en ocasiones anteriores 23, **los testigos técnicos "declaran sobre los hechos que les***

22 El Consejo de Estado - Sección Tercera M.P. Martín Bermúdez Muñóz del 25 de mayo de 2023.

23 *"El juez rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean*

> ***constan (y aunque) tienen conocimientos especializados que cualifican su percepción de esos hechos,*** *(…)* ***se diferencian claramente del perito porque si declaración no busca demostrar una hipótesis, o dar una opinión, a partir de sus conocimientos técnicos científicos.*** *24*
>
> *17.2.- El testigo Bayona Fetecua indicó que rendía su declaración porque elaboró el estudio denominado "Evolución de la afectación en la geomorfología fluvial en inmediaciones del Proyecto Hidro Sogamoso", respecto del cual presentó sus conclusiones; con base en ellas pretendió demostrar la hipótesis, según la cual, el predio de la demandante sufrió daños por el desvío del río Sogamoso.* ***Este tipo de conceptos no pueden ser tratados como prueba testimonial, pues lo que contienen es una experticia sobre las causas de la inundación; así las cosas, el concepto debió ser aportado mediante un dictamen pericial".*** (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

En aplicación del precedente jurisprudencial citado, el señor Javier Torres Muñóz, Médico Pediatra Neonatólogo del Hospital Universitario del Valle , NO CUMPLE con las condiciones para ser considerado como un testigo técnico, por las siguientes razones:

- No tuvo conocimiento directo de los hechos porque o fue el médico tratante de la paciente, como lo manifestó el testigo [25] y lo resaltó el mismo Consejo de Estado en la Providencia objeto de reparo.
- No contaba con los conocimientos técnicos sobre la materia, porque no era el especialista requerido para el caso, era el **Cardiólogo Pediatra.** [26]

Retomando en análisis inicial, en un párrafo anterior de la declaración trascrita previamente, el "testigo" indicó que la paciente:

> "***puede ser valorada en consulta externa por cardiólogo pediatra****, para lo cual se dan signos de alarma y se da salida (…)",*

Posteriomente el citado "testigo" manifiestó que el pronóstico de la paciente lo hizo con fundamento en:

> "*las referencias científicas* ***y la evaluación por nuestros cardiólogos"***

De la simple lectura de esta declaración se concluye que NO ES CIERTO que la paciente fue valorada por el cardiólgo pediatra en su ingreso al Hospital Universitario del Valle, por lo tanto, el pronóstico emitido por este "testigo" carecía de valor probatorio.

Es por ello, que se demuestra la errada valoración de las pruebas recaudadas en el proceso, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado se fundamentó en declaración del médico Javier Torres Muñoz (Pediatra neonatólogo) del Hospital Universitario del Valle, quien no tuvo conocimiento directo de los hechos ni era el especialista competente para establecer el tratamiento ni el pronóstico de la paciente, pues como este mismo galeno lo manifestó debía ser un ***"cardiólogo pediatra"***.

Ahora, es cierto que la menor Luisa Fenanda Serna Estrella, ingresó al Hospital Universitario del Valle con su salud bastante deteriorada, precisamente buscando una atencion oportuna, diligente y digna, así como tambien es cierto que esta entidad hospitalaria no le brindó a la paciente la atención médica requerida al momento de su ingreso y le dio salida para atención por consulta externa, sometiéndola a trámites administrativos que deterioraron la salud de la paciente y le restaron posibilidades de recuperar su salud, lo cual se sumó a las demás negligencias en la atención médica brindada por las demás demandadas, situación que desencadenó en el lamentable deceso de la niña.

---

necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.". Esta disposición fue reproducida en el artículo 220 del CGP

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, exp. 45535, con ponencia de este despacho. S.V. Alberto Montaña Plata.

25 "(…) *PREGUNTADO. Lo que conozco es por la historia clinica que en la presente diligencia va a leer* ***porque no conoce el caso*** *(esta leyendo la historia clinica y relata los hechos en un resumen) (…)"*

26 *"(…) Se hace presente la persona citada a rendir declaración, por lo que se procede a recibir el testimonio del señor JAVIER TORRES MUÑOZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.655.330 expedida en Cali – Valle; edad. 50 años; Estado Civil. Casado; Ocupación* ***Médico Pediatra Neonatólogo*** *(…)"*

Por lo tanto, este actuar ligero y arbitrario del Consejo de Estado afectó los derechos fundamentales de los familares de la menor que accedieron en calidad de demandantes ante a la administración de justicia para buscar la protección de los derechos legales y constitucionales que les fueron vulnerados a ellos y su hija Luis Fernanda Serna Estrella.

5.5.- DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS <u>PRUEBAS DOCUMENTALES</u> QUE ESTABLECIERON ERRADAMENTE EL DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO QUE REQUERÍA LA NIÑA LUISA FERNANDA SERNA ESTRELLA PARA RECOBRAR SU SALUD.

El Consejo de Estado dio total credibilidad al "testimonio" analizado en el acápite anterior, y omitió valorar la prueba legamentre aportada y que no fue objetada por las Partes en donde la reconocida Fundación ABOOD SHAIO en Bogotá en Junta Médico Quirúrgica [27] con la presencia de los departamentos de cirugía cardiovascular y cardiología pediátrica, representandos por especialistas: 1) NESTOR SANDOVAL, 2) WILLIAM NOVICK, 3) GUSTAVO CARRILLO y 4) JAIME FRANCO emitió el diagnóstico de la paciente y el plan de tratamiento que requería:

JUNTA MEDICO QUIRÚRGICA

PACIENTE : LUISA FERNANDA SERNA
EDAD : 4 MESES
ENTIDAD : CORAZÓN COLOMBIA
FECHA : ABRIL 29 DE 2005

PACIENTE PRESENTADA EN LA MAÑANA DE HOY, EN LA JUNTA DE DECISIONES MEDICO-QUIRÚRGICAS DE LA INSTITUCION CON LA PRESENCIA DE LOS DEPARTAMENTOS DE CIRUGÍA CARDIOVASCULAR Y CARDIOLOGÍA PEDIATRICA (DRS.: NESTOR SANDOVAL, WILLIAM NOVICK GUSTAVO CARRILLO Y JAIME FRANCO), EN LA QUE SE ANALIZÓ EL CASO DE LA PACIENTE MENCIONADA EN FORMA COMPLETA, INCLUYENDO TODOS LOS EXÁMENES REALIZADOS EN OTRAS INSTITUCIONES Y EN LA CLÍNICA SHAIO.

ES IMPORTANTE ANOTAR QUE ESTA MAÑANA SE REALIZÓ ECOCARDIOGRAMA DOPPLER COLOR POR EL DR. GUSTAVO CARRILLO QUE REPORTÓ:

1. VENTRICULO UNICO DE DOBLE ENTRADA Y DOBLE SALIDA CON VASOS NORMORELACIONADOS.
2. CONO INTERVASCULAR CORRESPONDIENTE AL SEPTUM CONAL QUE NO PRODUCE OBSTRUCCION SUBPULMONAR NI SUBAORTICA.
3. HIPERTENSIÓN PULMONAR SEVERA.
4. BUENA FUNCION DEL VENTRICULO UNICO.

SE CONCLUYO QUE SE TRATA DE:

- CARDIOPATIA CONGÉNITA MUY COMPLEJA (VER DESCRIPCION ANTERIOR)
- SE DESCARTAR CIV DEL TRACTO DE ENTRADA (DIAGNOSTICO CON EL CUAL FUE REMITIDA)
- HIPERTENSION PULONAR SEVERA

PLAN:

1. **EL RIESGO QUIRURGICO DE UN BANDING DE LA ARTERIA PULMONAR EN ESTE TIPO DE PATOLOGIAS ES MUY ALTO**
2. **EL PRONOSTICO A LARGO PLAZO ES INCIERTO**

NOTA:

SE SUGIERE SOLICITAR A LA SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA EL CUBRIMIENTO TOTAL DE LOS GASTOS DE ESTA PATOLOGIA, POR CUANTO ES DE ALTO COSTO Y LOS RECURSOS DEL PROGRAMA SON MUY LIMITADOS.

Atentamente,

DR. GUSTAVO CARRILLO ANGEL
CARDIÓLOGO PEDIATRA
R. M. 19136375

DR. GUSTAVO CARRILLO ANGEL
Secretario Comité
Médico Cardiólogo Pediatra

DIRECCIÓN: CRA 122 No. 53-01 APARTADO AEREO 85389 BOGOTA D.C. - COLOMBIA
CONMUTADORES 624 32 11 - 624 53 99 - FAX 271 49 30 E-MAIL: info@shaio.com

La Fundación ABOOD SHAIO en Bogotá, está catalogada como una de las clínicas más importantes y reconocidas en el país, por la *"(…) excelencia en la **atención**, **investigación** y **educación** en **medicina** cardiovascular y de alta complejidad (…)*" [28] :

27 Conc. D. 3380/81. Art. 8°. – "Para los efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden: a. Las facultades de medicina legalmente reconocidas. b. La Academia Nacional de Medicina**. c. Las instituciones y asociaciones médicocientíficas reconocidas por la Ley o el Ministerio de Salud**. d. Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica o de vigilancia y control en materia médicacientífica.

28 Ver página web de la Clínica Fundación ABOOD SHAIO en Bogotá: https://www.shaio.org/

Así las cosas, esta prestigiosa clínica en Bogotá a través de una Junta Médica con el especialista pediatra neonatólogo, emitió el siguiente diagnóstico:

> *"JUNTA MÉDICA QUIRÚRGICA*
> *(…)*
>
> *PACIENTE PRESENTADA EN LA MAÑANA DE HOY, EN LA JUNTA DE DECISIONES MEDICO – QUIRÚRGICAS DE LA INSTITUCIÓN* ***CON LA PRESENCIA DE LOS DEPARTAMENTOS DE CIRUGÍA CARDIOVASCULAR Y CARDIOLOGÍA PEDIÁTRICA (DRS. NESTOR SANDOVAL, WILLIAM NOVICK, GUSTAVO CARRILLO Y JAIME FRANCO),*** *EN LA QUE SE ANALISÓ EL CASO DE LA PACIENTE MENCIONADA, EN FORMA COMPLETA, INLCUYENDO TODOS LOS EXÁMENES REALIZADOS EN OTRAS INSTITUCIONES Y EN LA CLÍNICA SHAIO.*
>
> *(…)*
>
> *SE CONCLUYÓ QUE SE TRATA DE:*
>
> *CARDIOPATÍA CONGÉNITA MUY COMPLEJA (VER DESCRIPCIÓN ANTERIOR)*
> ***SE DESCARTA CIV DEL TRACTO DE ENTRADA (DIAGNÓSTICO CON EL CUAL FUE REMITIDA)***
> *HIPERTENSIÓN PULMONAR SEVERA"* (Negrillas fuera del texto original).

Como se verifica la menor habia sido remitida con un diagnóstico errado a la Fundación ABOOD SHAIO en Bogotá, lo que demuestra que ninguna de las entidades médicas demandas que atendieron a la menor Luisa Fernanda Serna Estrella, habían utilizado los medios técnicos y diagnósticos para determinar cual era la patologia de la niña y mucho menos habían realizado el tratamiento correspondiente.

Conforme a lo sostenido por el Consejo de Estado, la responsabilidad patrimonial, por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, el cual se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos, particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas previstas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional.

Reitero, que este diagnóstico definitivo se obtuvo a costa de los padres de la menor, población vulnerable a quien en el presente caso el Estado le trasladó la responsabilidad de acceder al servicio de salud especializado requerido por la menor, y que además ahora los priva de obtener la merecida indemnización a la que tienen derecho por el fallecimiento de su hija, por razones que no les fueron atribuibles.

Finalmente, la Junta Médica del la Fundación ABOOD SHAIO, recomendó el siguiente tratamiento para la menor Luisa Fernanda Serna Estrella:

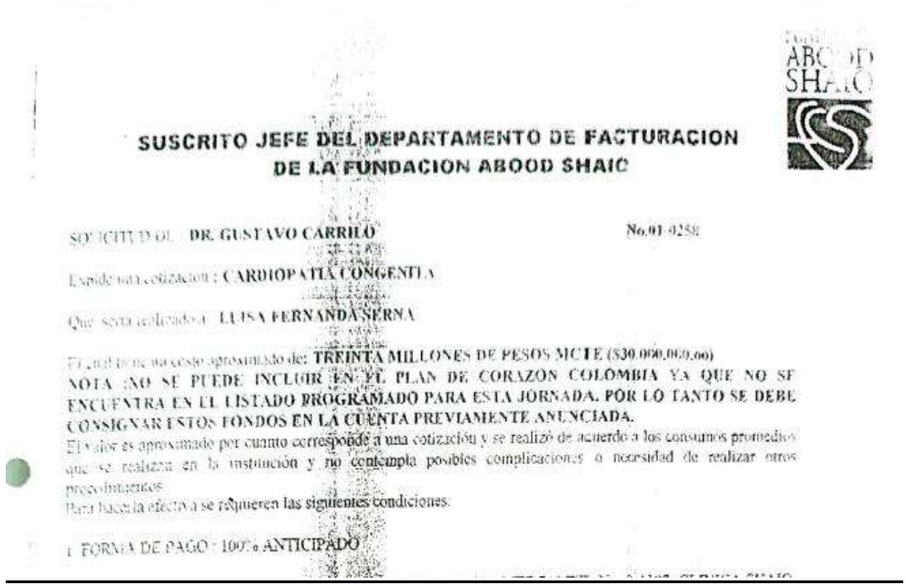
> *"PLAN*
>
> *1. EL RIESGO QUIRÚRGICO DE UN BANDING DE LA ARTERIA PULMONAR EN ESTE TIPO DE PATOLOGIAS ES MUY ALTO.*
> *2. EL PRONÓSTICO A LARGO PLAZO ES INCIERTO"* (Subrayados fuera del texto original).

Al respecto es importante precisar que si bien la enfermedad de la paciente era grave, esto no implicaba que no tenía el derecho a ser atendida y a obtener los tratamientos médicos establecidos por la lex artis para recuperar su salud y mejorar su calidad de vida, pues si bien el riesgo quirúrgico era muy alto, debió realizarse el *banding de la arteria pulmonar*, procedimiento recomendado por el especialista que emitió el diagnóstico definitivo.

Si bien las posibilidades de éxito en la cirugía que no eran las mejores y el pronóstico a largo plazo era incierto, si exisitía la alternativa quirúrgica para intervenir a la paciente y en virtud de lo anterior, el Dr Gustavo Carrillo Angel, especialista cardiólogo pediatra de la Clínica Fundación ABOOD SHAIO en Bogotá recomendó lo siguiente:

> "*NOTA:*
>
> *SE SUGIERE SOLICITAR A LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA EL CUBRIMIENTO TOTAL DE LOS GASTOS DE ESTA PATOLOGÍA, POR CUANTO ES DE ALTO COSTO Y LOS RECURSOS DEL PROGRAMA SON MUY LIMITADOS"*

Es por ello que, **desde el 29 de abril de 2005**, la Fundación ABOOD SHAIO emitió el diagnóstico definitivo y solicitó al departamento del Cauca *"autorización de cirugía cardiovascular (banding o cerclaje de la arteria pulmonar) para la niña Luisa Fernanda Serna Estrella"*, procedimiento que tenía un costo de $30.000.000, como se verifica en el siguiente documento que reposa en el expediente, aportado con la demanda:



SUSCRITO JEFE DEL DEPARTAMENTO DE FACTURACION
DE LA FUNDACION ABOOD SHAIC

SOLICITUD DE: DR. GUSTAVO CARRILO No.01-0258

Expide esta cotización : CARDIOPATIA CONGENITA

Que será realizada A: LUISA FERNANDA SERNA

El cual tiene un costo aproximado de: TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE ($30.000.000.00)
NOTA :NO SE PUEDE INCLUIR EN EL PLAN DE CORAZON COLOMBIA YA QUE NO SE ENCUENTRA EN EL LISTADO PROGRAMADO PARA ESTA JORNADA. POR LO TANTO SE DEBE CONSIGNAR ESTOS FONDOS EN LA CUENTA PREVIAMENTE ANUNCIADA.
El valor es aproximado por cuanto corresponde a una cotización y se realizó de acuerdo a los consumos promedios que se realizan en la institución y no contempla posibles complicaciones o necesidad de realizar otros procedimientos
Para hacerla efectiva se requieren las siguientes condiciones:

1. FORMA DE PAGO : 100% ANTICIPADO

Hecho que fue corroborado en la sentencia objeto de reparo:

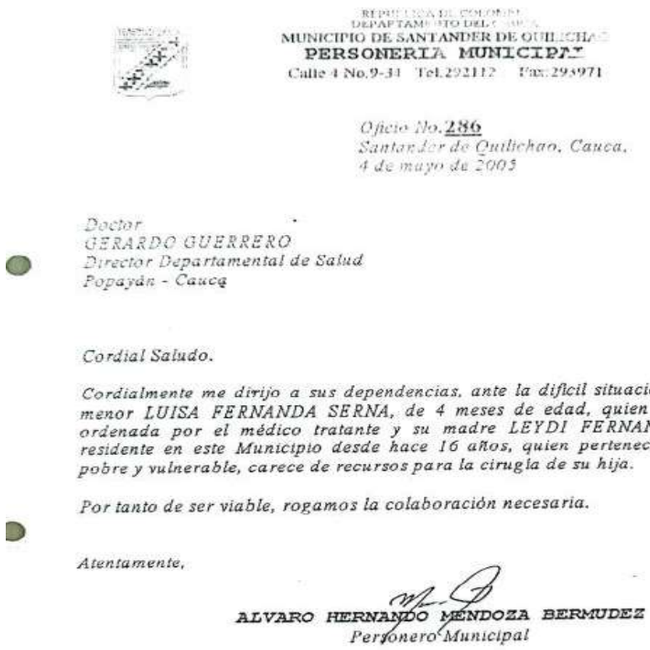
> *"46. Como consecuencia, con misiva del mismo **29 de abril de 2005, la Fundación ABOOD SHAIO solicitó al departamento del Cauca** "autorización de cirugía cardiovascular (banding o cerclaje de la arteria pulmonar) para la niña Luisa Fernanda (…) quien presenta ventrículo único de doble entrada y doble salida con severa hipertensión pulmonar"40. Petición reiterada por el personero municipal el 4 de mayo de 200541. En relación con la misiva de la Fundación ABOOD SHAIO **no hay prueba de que hubiera sido contestada por el departamento del Cauca".*** [29] (Negrillas fuera del texto original).

Teniendo en cuenta que fue probado documentalmente que desde el 29 de abril de 2005 la Fundación ABOOD SHAIO solicitó al Departamento del Cauca la realización de la cirugía para la menor y que esta última entidad no aportó prueba en la contestación de la demanda que demostrara lo contrario, se concluye que dicha entidad *no contestó la solicitud*, situación que evidencia aún más su responsabilidad en esta omisión de sus funciones.

Así las cosas, era de absoluta responsabilidad del Departamento del Cauca gestionar los recursos y el pago de la cirugía que requería la menor ante la Fundación ABOOD SHAIO en Bogotá, quien contaba con la disponibilidad para realizar el procedimiento en ese momento y *no lo hizo.*

Obra en el expediente, que esta esta solicitud de autorización de cirugía *"Banding o cerclaje de la arteria pulmonar",* fue reiterada por el por la Personería municipal de Santander de Quilichao al Director Departamental de Salud del Cauca el 4 de mayo de 2005, en la cual, contrario a lo manifestado en la Sentencia objeto de reparo, **se dejó constancia de la gravedad y urgencia que requería la práctica del procedimiento y resaltando que la paciente era una niña que pertenencía a la población pobre y vulnerable**:

29 Ver página 11 de la Sentencia Definitiva



REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL CAUCA
MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO
PERSONERIA MUNICIPAL
Calle 4 No.9-31 Tel.292112 Fax:293971

Oficio No.286
Santander de Quilichao, Cauca,
4 de mayo de 2005

Doctor
GERARDO GUERRERO
Director Departamental de Salud
Popayán - Cauca

Cordial Saludo.

Cordialmente me dirijo a sus dependencias, ante la difícil situación que padece la menor LUISA FERNANDA SERNA, de 4 meses de edad, quien requiere cirugía ordenada por el médico tratante y su madre LEYDI FERNANDA ESTRELLA, residente en este Municipio desde hace 16 años, quien pertenece a la población pobre y vulnerable, carece de recursos para la cirugía de su hija.

Por tanto de ser viable, rogamos la colaboración necesaria.

Atentamente,

ALVARO HERNANDO MENDOZA BERMUDEZ
Personero Municipal

Extraña entonces, que el Consejo de Estado haya omitido valorar el documento *"Junta Medico Quirúrgica"* emitido el 29 de abril de 2005, legalmente aportado por la parte demandante, en el cual el Dr Gustavo Carrillo Ángel, Cardiólogo Pediatra de la Clínica SHAIO en Bogotá quien tuvo contacto directo con este caso, emitió el diagnóstico de *"cardiopatía congénita muy compleja",* ordenó el tratamiento: *"Banding de la arteria pulmonar"* y era el profesional que contaba con la competencia técnica especializada para emitir el concepto sobre el caso objeto de análisis; que se reitera ordenó un tratamiento a la paciente, **que como sabemos no se realizó.**

Se concluye entonces, que fue probado en el proceso el documento que contenía a prueba del diagnóstico definitivo y el plan de tratamiento emitido por el Dr Gustavo Carrillo Ángel, Cardiólogo Pediatra de la Clínica SHAIO especialista idóneo para tal efecto y que el Consejo de Estado no tuvo en cuenta esta prueba, que fue legalmente recaudada.

6.- ANÁLISIS DEL DEFECTO POR INDEBIDA MOTIVACIÓN Y DEL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Desconocimiento del precedente: Hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede.

> ***"h. Desconocimiento del precedente,*** *hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado".* [30]

En la Sentencia Definitiva proferida por el Consejo de Estado, el C.P. Roberto Sáchica Méndez manifestó lo siguiente:

> "***III. CONSIDERACIONES (…)***
>
> ***Análisis de la imputación en el caso concreto (…)***
>
> *38. De acuerdo con la prueba documental, se observa que Luisa Fernanda Serna Estrella, de cuatro (4) meses, estaba afiliada al sistema subsidiado de salud (…)"*
>
> *40. Luisa Fernanda estuvo bajo tratamiento respiratorio con evolución clínica estable. Fue evaluada por cardiología, "quien considera que los daños clínicos indican la presencia de CIV e hipertensión pulmonar severa. Adicionalmente con ecocardiograma se observa CIA tipo ostium secundum", concepto médico fundado en el reporte ecocardiográfico practicado particularmente (…)"* [31]

30 Sentencia C-590/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

31 Ver Páginas 8 y 9 de la Sentencia de segunda instancia proferida el 4 de julio de 2023 por el Consejo de Estado MP José Roberto Sáchica Méndez.

> *72. En este tipo de supuestos -responsabilidad médico hospitalaria- el juez en aras de establecer la materialización o no de la falla del servicio requiere valorar si se agotaron todos los elementos, instrumentos y exámenes necesarios para despejar cualquier incertidumbre que pudiera desprenderse de la atención y, de contera, el diagnóstico inicial del paciente, en los términos establecidos en el* ***artículo 13 de la Ley 23 de 1981, según el cual, "el médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad".*** *Adicionalmente, cabe recordar que, en materia de responsabilidad médica, al Estado se le exige la utilización adecuada de todos los medios técnicos y profesionales de que está provisto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre* ***pese a su diligencia*** *no podrá quedar comprometida su responsabilidad, pues en este tipo de eventos la responsabilidad del Estado es de medio y no de resultado.*
>
> *73. De acuerdo con lo anterior, si bien no es posible radicar en cabeza de la ciencia médica un deber u obligación de resultado en este tipo de supuestos, el juez contencioso administrativo, en aras de establecer la materialización o no de una falla del servicio médico, requiere valorar si se agotaron todos los elementos, instrumentos, conductas y exámenes necesarios para diagnosticar y tratar de recobrar la salud del paciente, incluidos los exámenes de diagnóstico".* (Subrayados fuera del texto original).

Con la expedición de la sentencia objeto de reparo, el Consejo de Estado desconoció el alcance constitucional de la protección de la salud en los niños, ratificada en diferentes Convenios Internacionales; así como los precedentes legales y jurisprudenciales que señaló en la sentencia objeto de la presente acción de tutela, pues si bien enuncia los elementos que configuran la responsabilidad por falla en el servicio médico, no los aplicó en la valoración de las pruebas aportadas, y más grave aún manifestó que hubo diligencia en el manejo dado a la paciente, lo cual es inaudito cuando el material probatorio que obra en el expediente demuestra todo lo contrario.

A continuación, realizaré el análisis de las normas y jurisprudencia reciente que demuestran que los argumentos expuestos en el Consejo de Estado para revocar la sentencia de primera instancia se fundamentaron en una indebida motivación y desconocimiento del precedente judicial:

6.1.- DEFECTO POR LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA LEY 23 DE 1981 *"Por la cual se dictan normas en materia de ética médica"*

En el análisis expuesto en la sentencia, el Consejo de Estado aplicó el siguiente artículo:

> ***"CAPÍTULO I.***
> ***DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON EL PACIENTE***
>
> ***ARTÍCULO 13.*** *El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales".* (Subrayado fuera del texto original).

En la citada Ley se consagraron las normas en materia de ética médica, sin embargo, su contenido debe analizarse en conjunto y en armonía con las demás disposiciones que contiene; pues en esta norma también indicó, lo siguiente:

> ***"(…) ARTÍCULO 10.*** *El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico* ***y prescribir la terapéutica correspondiente.***
>
> ***PARÁGRAFO:*** *El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios,* ***ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen****". 32*
>
> ***ARTÍCULO 12.*** *El médico solamente empleará medios diagnósticos o* ***terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.***
>
> ***ARTÍCULO 17. – La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente"*** 33 (Subrayados fuera del texto original).

---

32 *Conc. D. 3380/81. Art. 7°. – "Se entiende por exámenes innecesarios, o* ***tratamientos injustificados****: a. Los prescritos sin un previo examen general.* ***b. Los que no corresponden a la situación clínicopatológica del paciente"***

33 *Conc. D. 3380/81. Art. 15 y 16. D. 3380/81. Art. 15. "****Entiéndese por Junta Médica, la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales tiendo en cuenta las condiciones***

De la lectura del articulado en conjunto, se concluye que es obligación del médico atender y suministrar todos los recursos y tratamientos que requiera el paciente, aun cuando el paciente tenga una enfermedad crónica o incurable y que empleará los medios terapéuticos ordenados "*aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas".*

Para el caso objeto de estudio, se contaba con el diagnóstico y tratamiento quirúrgico ordenando por la clínica SHAIO que como sabemos no se realizó.

A continuación, se adjuntan las siguientes capturas de pantalla con la información publicada en la página web de la clínica SHAIO [34], de acuerdo al estudio realizado por el Dr. Jaime Franco, cardiólogo pediatra de la Clínica Shaio, la cual está avalada por tres (3) artículos fundamentados en publicaciones médico científicas, relacionadas con el diagnóstico, tratamiento y pronóstico de las cardiopatías congénitas en niños: [35]

Enfermedades del corazón más comunes en niños

Febrero 16, 2023

Las cardiopatías congénitas son alteraciones estructurales o anatómicas que puede presentar el corazón de un bebé cuando se está formando. En Colombia de cada de 1000 niños 9 nacen con alguna patología cardíaca, y según el Instituto Nacional de Salud las malformaciones congénitas representaron el 25,2 % de todas las muertes no fetales en menores de 1 año para el año 2021.

¿Cuáles son las cardiopatías congénitas más comunes?

Las más comunes son la **comunicación interauricular, la comunicación interventricular y el ductus arterioso permeable,** estas enfermedades pueden ser leves o graves.

¿En qué se diferencian estas enfermedades?

- **Comunicación interventricular:** es conocida como un agujero en el corazón, una comunicación anormal en la pared que divide las dos principales cavidades cardíacas encargadas de bombear sangre.

- **Comunicación interauricular:** se presenta una abertura anormal en el tabique que separa las aurículas, de manera que una parte de la sangre oxigenada fluye a través del orificio del tabique hacia la aurícula derecha, donde se mezcla con sangre poco oxigenada, lo que aumenta la cantidad total de sangre que ha de fluir hacia los pulmones.

- **Ductus arterioso permeable:** es una comunicación entre la aorta y la arteria pulmonar a través de un conducto arterioso, (normalmente no hay una conexión entre la circulación que va por ambos lados del corazón, ya que no debería existir una comunicación entre ellos).

¿Cómo se diagnostican estas enfermedades?

Una vez que el niño presenta síntomas, fue visto por su pediatra y existe la sospecha de una enfermedad del corazón, se comienza el proceso de diagnóstico por cardiología pediátrica donde se realizan estudios con radiografía de tórax, electrocardiograma y ecocardiograma que permiten identificar cúal es la alteración anatómica que tiene el niño y proceder a tratarla.

¿El tratamiento es el mismo en las cardiopatías congénitas?

El tratamiento puede ser con medicamentos para manejar la falla cardíaca .

Puede ser quirúrgico con el cierre del defecto, o puede ser por hemodinamia a través de la colocación de dispositivos endovasculares para cerrar el defecto. La elección del método de cierre depende del tamaño del defecto, su ubicación y tamaño del paciente .

¿Los niños con cardiopatías congénitas detectadas pueden tener una vida normal?

En el casos de estas tres patologías una vez corregidas pueden tener una capacidad física normal y un desarrollo físico y mental adecuados. Pero se requiere un diagnóstico y tratamiento oportuno para que no queden secuelas

De conformidad con lo expuesto, existe certeza de lo siguiente:

- SI existía y existe tratamiento para las cardiopatías congénitas, que para el caso concreto requería una intervención quirúrgica *"Banding o cerclaje de la arteria pulmonar"*.

---

clínicas patológicas del paciente"

34 ***Este artículo contó con la asesoría del Dr. Jaime Franco, cardiólogo pediatra de la Clínica Shaio.***
https://www.shaio.org/cardiopatias-congenitas

35 **Más información:**
https://www.shaio.org/causas-de-las-cardiopatias-congenitas
https://www.shaio.org/hipertension-pulmonar
https://www.shaio.org/enfermedades-cronicas-pediatricas

- Que una vez corregida la patología, los niños "*pueden tener una capacidad física normal y un desarrollo físico y mental adecuados.* ***Pero se requiere un <u>diagnóstico y tratamiento oportuno</u> para que no queden secuelas".***

- Que el diagnóstico y tratamiento dado a la paciente no fue oportuno, lo cual y ocasionó la muerte de la menor Luisa Fernanda Serna Estrella.

6.2.- NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE CONSAGRAN LOS CUIDADOS PALIATIVOS PARA LOS PACIENTES CON ENFERMEDADES CRÓNICAS O INCURABLES.

Está plenamente demostrado que el "testigo" presentado por el Hospital Universitario del Valle no contaba con las calidades para tal efecto, como se explicó suficientemente en un acápite anterior, lo que trae como consecuencia que el concepto técnico emitido no tiene el valor para determinar el pronóstico negativo de recuperación de la salud de la paciente, pues no fue atendida con los criterios de integralidad, calidad y oportunidad que consagra lex artis.

No obstante lo anterior, en el hipotético caso que la cardiopatía congénita muy compleja que aquejaba a la niña no hubiera tenido cura ni esperanza de vida, como lo afirmó erradamente el Consejo de Estado en su Sentencia, también se hubiera configurado una falla en el servicio a cargo del Estado; pues la paciente debió haber recibido los cuidados paliativos que requería; de conformidad con lo señalado en la **Ley 1733 de 2014:** [36]

> ***"ARTÍCULO 1o. OBJETO.*** *Esta ley reglamenta el derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles,* ***a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología.*** *Además, manifiesta el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica* ***y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.***
>
> ***ARTÍCULO 2o. ENFERMO EN FASE TERMINAL.*** *Se define como enfermo en fase terminal a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto,* ***que demuestre un carácter progresivo e irreversible****, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces. (…)*
>
> ***ARTÍCULO 3o. ENFERMEDAD CRÓNICA, DEGENERATIVA E IRREVERSIBLE DE ALTO IMPACTO EN LA CALIDAD DE VIDA.*** *Se define como enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida aquella que es de larga duración, que ocasione grave pérdida de la calidad de vida, que demuestre un carácter progresivo e irreversible* ***que impida esperar su resolución definitiva o curación y que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto****.*
>
> ***ARTÍCULO 4o. CUIDADOS PALIATIVOS.*** *Son los cuidados apropiados para el paciente con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible* ***donde el control del dolor y otros síntomas, requieren, además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la <u>mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia</u>. <u>La medicina paliativa afirma la vida</u> y considera el morir como un proceso normal****. (…)*
>
> ***ARTÍCULO 5o. DERECHOS DE LOS PACIENTES CON ENFERMEDADES TERMINALES, CRÓNICAS, DEGENERATIVAS E IRREVERSIBLES DE ALTO IMPACTO EN LA CALIDAD DE VIDA.***

---

36 *"Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida*"

Derechos: El paciente que padezca de una enfermedad terminal, crónica irreversible y degenerativa de alto impacto en la calidad de vida tendrá los siguientes derechos, además de los consagrados para todos los pacientes:

1. Derecho al cuidado paliativo: Todo paciente afectado por enfermedad terminal, crónica, degenerativa, irreversible de alto impacto en la calidad de vida ***tiene derecho a solicitar libre y espontáneamente la atención integral del cuidado médico paliativo****. Las actividades y servicios integrales del cuidado paliativo se deberán prestar de acuerdo al Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y las guías de manejo que adopten el Ministerio de Salud y Protección Social y la CRES. (…)*

ARTÍCULO 6o. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (EPS) Y LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD (IPS) PÚBLICAS Y PRIVADAS. *Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) están en* ***la obligación de garantizar a sus afiliados*** *la prestación del servicio de cuidado paliativo en caso de una enfermedad en fase terminal, crónica, degenerativa, irreversible y de alto impacto en la calidad de vida con especial énfasis en* ***cobertura, equidad, accesibilidad y calidad*** *dentro de su red de servicios* ***en todos los niveles de atención por niveles de complejidad****, de acuerdo con la pertinencia médica y los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.*

PARÁGRAFO 1o. *El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará la materia, estableciendo, entre otras, la obligatoriedad de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del Régimen* ***Subsidiado,*** *Contributivo y Régimen Especial y de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS),* ***tanto públicas como privadas****, de tener una red de servicios de salud que incluya* ***la atención integral en cuidados paliativos, de acuerdo al nivel de complejidad, y desarrollará las guías de práctica clínica de atención integral de cuidados paliativos****.* ***También deberá reglamentar la atención en Cuidados Paliativos especializados para la atención de los niños, niñas y adolescentes*** *(…)"* (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

En el mismo sentido, se cita la siguiente Sentencia proferida por la Corte Constitucional [37], en la cual se ratifica que es obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar a los pacientes la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología y en caso de no haber pronóstico favorable de recuperación, los cuidados paliativos necesarios para sobrellevar su enfermedad:

"(…) DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y PROTECCION ESPECIAL FRENTE A LAS ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-*Protección constitucional (…)*

3.5.1. De otro lado, el principio de integralidad se define en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 de la siguiente forma:

*"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir****, paliar o*** *curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.*

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, ***se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada****". (…)*

En síntesis, este principio comprende la ***obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología*** *y* ***para sobrellevar su enfermedad****. (…)*

3.5.2. La Corte ha considerado que es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere ***"(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr superar o sobrellevar el diagnóstico en cuestión; (…)***

3.5.3. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de eventos en

37 Sentencia T-012/20 Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.

*los que **se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional,** como **es el caso de menores de edad**, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas. En estos casos, la Corporación ha reconocido que la atención integral debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, **la Corte ha sostenido que ante la existencia de casos excepcionales en los cuales las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones que los agobian**.*

*3.6. Tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere **a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión**. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que "**son derechos fundamentales de los niños:** la vida, la integridad física, **la salud,** y la seguridad social, […]". El reconocimiento del interés superior del menor, ampliamente considerado por disposiciones de carácter internacional, **exige al Estado el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores**, pues sus derechos fundamentales prevalecen al momento de resolver cuestiones que les afecten.*

*En concordancia, el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015 enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del servicio y reconoce el principio de prevalencia de los derechos, en virtud del cual le compete al Estado "implementar medidas concretas y específicas **para garantizar la atención integral a niñas,** niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años".*

*A su vez, el artículo 11 de la citada Ley, reconoce como sujetos de especial protección a los **niños, niñas y adolescentes**, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, **personas que padecen enfermedades huérfanas** y personas en condición de discapacidad, cuya atención **no podrá ser "limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica".** En estos términos, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en materia de salud.*

*En particular, sobre la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, **en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos**.*

*En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el **trato preferente** que deben tener los **menores de edad** para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud **deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares**. **(…)***

5.2. Exoneración de copagos para personas con enfermedades catastróficas o huérfanas

De conformidad con el anterior acápite, está claro que las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. En este orden, se tiene que la Resolución 3974 de 2009 del Ministerio de la Protección Social establece una lista de las enfermedades consideradas como de alto costo, de la siguiente forma: (…) (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, y aplicando la posición del Consejo de Estado, es obligación del Estado, a través de sus entidades públicas y privadas prestar los servicios paliativos al paciente y a su familia, en los casos en que los pacientes no tengan opción de recuperar su salud, esto con la finalidad de garantizar la dignidad y calidad de vida de los afectados, **lo cual tampoco se hizo.**

En esta misma sentencia, se estableció que el manejo quirúrgico de enfermedades congénitas es considerado de alto costo y goza de especial protección constitucional:

***"(…) ARTÍCULO 129. ALTO COSTO**. Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, entiéndase para efectos del no cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo: A. Alto Costo Régimen Contributivo: 1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea. 2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis. 3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón. 4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central. 5. Reemplazos articulares. 6. Manejo médico quirúrgico del paciente gran quemado. 7. Manejo del trauma mayor. 8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH/SIDA. 9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer. 10. Manejo de*

pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos. ***11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas****".*

En conclusión, la Corte afirmó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, ***adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional*** *y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.* (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

Es por ello, que la enfermedad congénita que padecía la niña Luis Fernanda Serna Estrella y que debía ser atendida con manejo quirúrgico era un procedimiento de alto costo que debió realizarse, con la calidad, integralidad y oportunidad exigidas por la lex artis; sin embargo, como quedó demostrado procesalmente no se hizo, afectado la vida de una niña perteneciente a la población pobre y vulnerable:

Para ratificar lo anterior, se cita la siguiente Providencia de la Corte Constitucional:

"(…) ***El concepto de cuidados paliativos. Desarrollo doctrinal.*** *(…)*

Con posterioridad, en 1990 la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) expuso que los cuidados paliativos hacían relación al "cuidado ***activo total*** *de los pacientes cuya enfermedad no responde ya al tratamiento. Tiene prioridad el control del dolor y de otros síntomas y problemas de orden psicológico, social y espiritual.* ***El objetivo de los cuidados paliativos es proporcionar la mejor calidad de la vida para los pacientes y sus familiares"****. De esta manera, tales cuidados tienen incidencia en múltiples dimensiones de la salud, tanto mental como física, e identifican como objetivo final el mejoramiento de la calidad de vida y la adopción de técnicas multidisciplinarias para garantizar aquella en* ***condiciones dignas.***

A su vez, con ocasión a las campañas de lucha contra el cáncer desarrolladas por la OMS, se expuso que aquellos cuidados no se limitaban, de manera exclusiva, a los últimos días de vida, ***sino a la ejecución progresiva de tratamientos y servicios, para el paciente y su familia****. El concepto objeto de estudio fue enriquecido con posterioridad, hasta llegar a la definición actual, que señala un "enfoque que* ***mejora la calidad de vida de pacientes y familias*** *que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la* ***prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor*** *y otros problemas, físicos, psicológicos y espirituales (…)".* [38]

Se concluye entonces, que ninguna de las entidades médicas demandadas, de acuerdo a sus niveles de atencion (Nivel II, Nivel III y Nivel IV) le brindó a la paciente ni a sus familiares el adecuado manejo paliativo al que tenían derecho, por lo cual también en este hipotético caso se configuró una falla en el servicio médico susceptible de reparación por parte del Estado.

6.3.- DEFECTO POR LA NO APLICACIÓN DE LA LEY 1751 DE 2015 ESTATUTARIA DE LA SALUD.

Esta Ley regula el derecho fundamental a la salud y ratifica que el Estado es responsable de garantizar a la ciudadanía el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Así como de realizar la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas:

"ARTÍCULO 1o. OBJETO. *La presente ley tiene por objeto* ***garantizar el derecho fundamental a la salud,*** *regularlo y establecer sus mecanismos de protección.*

ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. *El derecho fundamental a la salud* ***es autónomo e irrenunciable*** *en lo individual y en lo colectivo.*

Comprende el ***acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.*** *El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de* ***promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas****. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su*

38 Sentencia C-233/14 Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta ***bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado****.*

ARTÍCULO 5o. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental *a la salud; para ello deberá:*

a) ***Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud,*** *de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de* ***realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas****;*

b) ***Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema****; (…)*

e) ***Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control*** *mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;*

f) ***Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud*** *en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población; (…)"* (Negrillas fuera del texto original).

Sorprende que el Consejo de Estado no haya aplicado esta Ley en el análisis efectuado en la Sentencia proferida, lo cual constituye un defecto susceptible de protección constitucional por el Juez de tutela.

6.4.- DEFECTO POR LA NO APLICACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 *"Sistema General de la Seguridad Social Integral"*

la Sentencia de Primera instancia favorable, emitida por el Tribunal Administrativo del Valle fundamentó la decisión con señalado en la Ley 100 de 1993 (Folios 417 y SS), la cual es aplicable al caso concreto; sin embargo, en la sentencia objeto de reparo, proferida por el Consejo de Estado ni siquiera mencionó esta importante norma, que consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 154. INTERVENCIÓN DEL ESTADO. El Estado intervendrá *en el servicio público de* ***Seguridad Social en Salud****, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: (…)*

b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;

c) ***Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud*** *y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud; (…)*

ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.*

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

2. Los afiliados al Sistema mediante el ***régimen subsidiado*** *de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias*, las mujeres cabeza de familia,* ***los niños menores de un año****, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados* ***y demás personas sin capacidad de pago. (…)***

ARTÍCULO 212. CREACIÓN DEL RÉGIMEN. *Créase el régimen subsidiado que tendrá como propósito* ***financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar****. La forma y las condiciones de*

operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Este régimen de subsidios será complementario del sistema de salud definido por la Ley 10 de 1990.

***ARTÍCULO 213. BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN. Será beneficiaria del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable**, en los términos del artículo 157 de la presente ley. (…) ".* (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

7. ANÁLISIS DEL DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, POR LA NO APLICACIÓN DEL ALCANCE CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE LA SALUD EN LOS NIÑOS, RATIFICADO POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

.

***"i. Violación directa de la Constitución.** Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedebilidad 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. (…)"* 39

La citada Providencia Judicial proferida por el Consejo de Estado, estableció los siguientes presupuestos, como hechos probados dentro del proceso de reparación directa, los cuales gozan de protección constitucional, sin embargo, no los aplicó al momento de proferir la sentencia:

1.- Que la menor que Luisa Fernanda Serna Estrella, de cuatro (4) meses se encontraba clasificada dentro de la población pobre y vulnerable en Colombia por parte del SISBEN 40, en el Departamento de Cauca pues para el momento de los lamentables hechos residía con sus padres en Santander de Quilichao (Cauca), lo cual indica que era una niña en situación de vulnerabilidad, razón por la que su salud estaba a cargo del Estado, de conformidad con lo señalado en la Constitución Política de Colombia:

***"ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (Subrayado fuera del texto original).

2.- Que el diagnóstico médico definitivo de la menor Luisa Fernanda Serna Estrella, fue obtenido por sus familiares de manera particular en la Clínica Shaio en Bogotá, a través de la Junta médico quirúrgica del 29 de abril de 2005, emitida por el Dr. Gustavo Carrillo Ángel, cardiólogo pediatra 41, resaltando que se trataba de una familia clasificada como población pobre y vulnerable, que gozaba de protección especial constitucional, como se comentó con anterioridad.

***"ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

---

39 Sentencia C-590/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

40 Sentencia T- 430 de 2008, M.P: Rodrigo Escobar Gil. *"El SISBEN es "el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales y principal instrumento con el que cuentan las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Sirve para seleccionar a los **beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana** que son financiados, principalmente, con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales, así como está contenido en los artículos 356 y 357 de la Carta Política y en el artículo 30 de la Ley 60 de 1993".*

41 Ver folio 16 de cuaderno principal, prueba aportada por la parte demandante.
Ver folio 439 de la Sentencia de 1 Instancia proferida por el TCA Valle.

> *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*
>
> *Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"* (Subrayados fuera del texto original).

3.- Que los familiares de la menor fallecida hicieron todas las gestiones y trámites posibles y necesarios ante el SISBEN y ante el Departamento del Cauca para obtener el acceso a la atención médica que requería la menor, sin éxito, asumiendo una carga que es del Estado, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política:

> ***"ARTICULO 48.*** *La Seguridad Social es un servicio público de carácter* ***obligatorio*** *que se prestará* ***bajo la dirección, coordinación y control del Estado****, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*
>
> *"****ARTICULO 49.*** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*
>
> *Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. (…)*
>
> *Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. (…)".* (Subrayado fuera del texto original).

No obstante, lo anterior, se profirió sentencia revocando la decisión favorable de primera instancia, desconociendo flagrantemente el precedente constitucional aplicable al caso, que, de haberse aplicado, la providencia judicial hubiese sido favorable a las pretensiones de la parte demandante.

A continuación, se cita una de las múltiples providencias emitidas por la Corte Constitucional, en la cual se consagra el derecho a la salud de los niños, con una atención y acceso preferente, en consideración a que son sujetos de especial protección por su temprana edad y su situación de indefensión:

> ***"(…) 3. El derecho a la salud de los niños, su acceso y atención preferente.***
>
> *En el ordenamiento jurídico colombiano los derechos a la seguridad social y a la salud se encuentran consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, donde se señala que los mismos son servicios públicos que deben ser prestados conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*
>
> ***Tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión****. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que "son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, […]"*
>
> *Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño reconoce expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, señala que: "Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (…) b)* ***Asegurar*** *la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud". Así mismo, el artículo 3.1 de la Convención incorpora el principio de interés superior de los niños, al exigir que en "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos,* ***una consideración primordial*** *a que se atenderá será el interés superior del niño."* (Negrillas fuera del texto original).

Mas adelante la Corte Constitucional en su Providencia, reitera que el Estado tiene la obligación de garantizar los cuidados paliativos a los pacientes que lo requieran:

> *"(…) En esta misma línea de protección, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, promulgada el 16 de febrero del año 2015, consagra por un lado, el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. En este sentido, en su artículo 2º dispone que* ***el goce del derecho a la salud comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, para lo cual establece que el***

> ***Estado debe adoptar "políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas".***
>
> *Por otro lado, frente al derecho a la salud de los menores de edad, el artículo 6º de esta ley enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del derecho, dentro de los que se encuentra el principio de prevalencia de derechos, en virtud del cual le compete al Estado "implementar medidas concretas y específicas para* ***garantizar*** *la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años".*
>
> *A su vez, el artículo 11 establece como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención* ***no podrá ser "limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica".*** *En este orden, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes.*
>
> *El artículo 8º de esta misma ley señala que el servicio de salud debe ser suministrado de manera integral, con el fin de prevenir,* ***paliar*** *o curar la enfermedad tratada, sin que se pueda fragmentar la responsabilidad en la prestación de dicho servicio "en desmedro de la salud del usuario". 42* (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Expuesto lo anterior, es claro que con la expedición de la Sentencia objeto de reparo, el accionado Consejo de Estado, violó directamente la Constitución Política, toda vez que no atendió los postulados constitucionales que garantizan los derechos fundamentales a la salud de los niños en Colombia y tampoco dio aplicación a los diferentes tratados Internacionales ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

8.- DE LOS PERJUICIOS MORALES

En las pretensiones de la demanda, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios morales ocasionados a los padres de la menor fallecida por 10.000 SMMLV, teniendo en cuenta que para la fecha de presentación de la demanda (29 de junio de 2007) el Consejo de Estado no habia emitido jurisprudencia de unificación en relacion con los topes para reconocimiento de los perjucuios morales:

> ***"POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES****: Se debe a cada actor, o quien sus derechos representaren al momento del fallo, el equivalente a DIEZ MIL (10.000) Salarios Mínimos Mesuales Legales Vigentes en la fecha de la ejecutoria del fallo"* (Subrayados fuera del texto original).

En la audiencia de declaración del 7 de febrero de 2011 ante el Tribunal Administrativo del Valle, obrante en el expediente, las cuales fueron citadas en la Sentencia de Primera Instancia (folios 438 y 439), los testigos manifestaron el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, por los que pasaron los padres de la víctima, como se verifica a continuación:

Declaración del señor Francisco Javier Jiménez Mármol:

> *PREGUNTADO: Diga la declarante todo lo que sepa y le conste con relación al presente proceso de REPARACIÓN DIRECTA promovido por LEYDI FERNANDA ESTRELLA CAMPO - OTRO en contra del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – OTROS. CONTESTADO: Por la cercanía a la familia me di cuenta del problema cardiaco de la niña, de ahí en adelante se empezó a tener problemas con la niña, y me di cuenta del concepto de la clínica SHAIO de Bogotá porque cuando llegaron de Bogotá la mama y la menor me mostraron el oficio, donde dice que la cirugía requerida por la niña es inaplazable y de carácter urgente, porque la niña nació con ventrículo único lo cual consta en los conceptos médicos, esa comunicación se envió directo a la Dirección Departamental de Salud del Cauca en la cual fui personalmente en repetidas ocasiones y se mostró la negligencia, no obstante la comunicación de la clínica referida,* ***lo más duro de todo era pues ver la tristeza moralmente como estaban ellos dos jóvenes y era su primer hijita eso fue sumamente duro y tocó rodearlos moralmente sicológicamente****, lo único que puedo decir es que fue notoria la negligencia para tomar una determinación en la cual pudiesen haber podido salvar la vida de la niña (…)".* (Negrillas y subrayados fuera del texto original).

---

42 Sentencia T-399/17 Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

En el mismo sentido, se recibió la declaración de la señora Gloria Aceneth Campo, abuela materna, quien manifestó lo siguiente:

> *"(…) En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante. Manifieste al Despacho si sabe cual fue el daño moral ocasionado a la señora Leydi Fernanda Estrella y al señor Luis Fernando Serna con la muerte de su hija Luis Fernanda Estrella. CONTESTADO:* ***Eso fue una cosa muy tremenda, estuvo muy deprimida muy triste y yo que era la abuela hasta hoy siento el dolor de mi hija si haya sido una bebe que no nos acompañó mucho es muy doloroso, Luis Fernando igual sufrió mucho lloró mucho por el dolor de su hija, fue muy duro se luchó mucho por la niña, luché bastante para conseguir dinero, ella era muy joven y no podía hacer lo que yo hacía (…)"*** (Negrillas fuera del texto original).

Como quedó demostrado en el proceso, se probaron los perjuicios morales que sufrieron los padres de la niña fallecida por el solo hecho del parentesco, lo cual fue ratificado a través de las dos (2) declaraciones decepcionadas en la etapa probatoria surtida en el Tribunal Administrativo del Valle:

> ***"PERJUICIOS MORALES - Tasación / PERJUICIOS MORALES - Presunción por parentesco***
>
> *La jurisprudencia frente a la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, ha considerado que, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.* ***Este entendimiento es congruente (…) en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco (…)"***. [43] (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Teniendo en cuenta, que el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en relación con la reparación del daño moral en caso de muerte, para lo cual estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, para lo cual únicamente cito al que corresponde con el caso concreto:

> *"(…) Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (****1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv) (…)."*** [44] (Negrillas fuera del texto original).

Es por ello que dando cumplimiento a la tabla emitida por la Corporación, se verifica que el perjuicio moral reclamado en la demanda y probado en el proceso fue de **200 SMMLV,** discriminado así para cada uno de los actores:

LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO C.C. 1.062.288.906	100 SMMLV (Madre de la menor)
LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO C.C. 1.062.278.514	100 SMMLV (Padre de la menor)

De conformidad con lo expuesto, se solicita el reconocimiento de los perjuicios morales reclamados, que se encuentran plenamente demostrados.

9.- DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O DE CHANCE

Para ratificar lo comentado a través del presente documento, la Procuraduría Cuarta (4) Delegada ante el Consejo de Estado, emitió el **Concepto No. 141-2017 el 31 de agosto de 2017 favorable a las pretensiones de la parte actora**, a través del Procurador Carlos

---

43 Consejo de Estado - Sección Tercera Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón del 14 de marzo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632).

44 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

José Holguín Molina 45, en el sentido de:

> *"***CONFIRMAR el fallo recurrido** */ Gradualidad del monto indemnizatorio del daño por Pérdida de Oportunidad entre los condenados y disminución del monto. / Se configuró la responsabilidad del Departamento del Cauca, Departamento del Cauca, Hospital Universitario San José de Popayán y Hospital Francisco de Paula Santander por la pérdida de oportunidad. / Tardía gestión ante el SISBEN para realizar la operación de alto riesgo***"*
> (Subrayado fuera del texto original).

El análisis realizado por el Ministerio Publico se fundamentó en la jurisprudencia reciente y aplicable del Consejo de Estado, en relación con: 1) La responsabilidad extracontractual del Estado, 2) La falla en el servicio médico; y 3) La pérdida de oportunidad.

Finalmente, el Ministerio Publico, concluyó:

> ***"2.4. Caso concreto.*** *(…)*
>
> **2.4.1 RESPONSABILIDAD DE LOS CONDENADOS**
>
> Con respecto a la responsabilidad de los condenados, es fundamental distinguir la responsabilidad originada en la falla del servicio y la responsabilidad por la pérdida de oportunidad la cual tiene amplio desarrollo jurisprudencial como ha quedado expuesto en el marco teórico. En el primer caso, compartimos totalmente lo expresado por el Tribunal con relación a la atención médica. En torno a la responsabilidad por el daño en la pérdida de oportunidad, consideramos necesario establecer una gradualidad en el monto a pagar por las entidades demandadas, teniendo en cuenta las omisiones de los involucrados y las posibilidades reales que tenía la paciente de salir adelante con la intervención quirúrgica prescrita por los facultativos. En relación con la reparación por el Daño Moral esta Delegada comparte lo fallado por el Tribunal

De conformidad con lo expuesto, en la Providencia Judicial emitida el 4 de julio de 2023 por el Consejo de Estado se presentó una indebida valoración de las pruebas aportadas, desconociendo las pruebas documentales aportadas, principalmente, el diagnóstico y plan del tratamiento emitido por la Junta médica de la Clinica SHAIO, que era un procedimiento de carácter urgente, que no se realizó y que produjo el fallecimiento de la niña Luis Fernana Serna Estrella el 30 de junio de 2005 en la ciudad de Cali.

En cuanto a la distribución del monto de responsabilidad de cada una de las demandadas, deberá realizarse así: 50% para el Departamento del Cauca y 50% para el resto de los demandados: Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E., Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. y el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.

10.- JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento, manifiesto no haber presentado acción de tutela por los mismos hechos y circunstancias, ante jurisdicción alguna.

11.- NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones, se informan al despacho las siguientes:

ACCIONADA: CONSEJO DE ESTADO en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: Calle 12 # 7-65 Palacio de Justicia en Bogotá D.C., teléfono: (601) 350 6700 Ext: 2223 -2234-2235, correo para notificaciones judiciales: ces3secr@consejodeestado.gov.co

ACCIONANTES: Los accionantes **LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO** y **LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO** y la suscrita apoderada judicial: Calle 50 # 99ª-66 Apto 203 Torre 7 CR Bosque Real, correo electrónico: sara.corrales34@gmail.com Móvil: 300 6187716 en la ciudad de Cali (Valle).

11.1.- TERCEROS INTERESADOS.

- **DEPARTAMENTO DEL CAUCA:** Carrera 7 Calle 4 Esquina en la ciudad de Popayán (Cauca), Teléfono: (602) 8320352, correo para notificaciones judiciales: notificaciones@cauca.gov.co

45 Folio 637 del expediente

- **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E.:** Carrera 6 # 10N-142 en la ciudad de Popayán (Cauca), Teléfono: (602) 8234508, correo para notificaciones judiciales: juridica@hospitalsanjose.gov.co

- **HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E.:** Carrera 9 # 2-92 en la ciudad de Santander de Quilichao (Cauca), Teléfono: (602) 8443156, correo para notificaciones judiciales: procesosjudiciales@hfps.gov.co

- **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E.:** Calle 5 # 36-00 en la ciudad de Cali (Valle), Teléfono: (602) 6206275, correo para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@huv.gov.co

12.- SOLICITUD DE TUTELA

En consideración a los fundamentos de hecho y de derecho, de manera comedida, solicito al señor Magistrado del Consejo de Estado, lo siguiente:

1.- Se declare que el **CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A**, vulneró los derechos fundamentales de los demandantes **LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO** y **LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO**, por haber incurrido en los siguientes defectos al proferir la Sentencia de fecha 4 de julio de 2023 notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023: **1)** Defecto fáctico por la indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso de reparación directa, **2)** Defecto material o sustantivo porque la providencia judicial presenta una contradicción entre los fundamentos legales y la decisión, **3)** Desconocimiento del precedente judicial y **4)** Violación directa de la Constitución Política (Derechos fundamentales: Igualdad, debido proceso y salud de los niños); y demás derechos que resulten demostrados.

Lo anterior, dentro del medio de control Acción de Reparación Directa promovido por Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo, contra el Departamento del Cauca – Secretaría Departamental de Salud del Cauca – Hospital Universitario San José de Popayán ESE – Hospital Francisco de Paula Santander ESE – Hospital Universitario Evaristo García ESE – Fundación Valle de Lili – Clínica Rey David (Expediente***:*** 760012331000-2007-00542-01).

2.- Como medida de amparo de los derechos fundamentales vulnerados, solicito se ordene al **CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A** lo siguiente:

2.1- Dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia de fecha 4 de julio de 2023, notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023, mediante el cual el Consejo de Estado – Sección Tercera REVOCÓ la Sentencia del 30 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que había accedido a las pretensiones del medio de control de Reparación Directa promovido contra Accionados: **Departamento del Cauca – Secretaría Departamental de Salud del Cauca** – Hospital Universitario San José de Popayán ESE – Hospital Francisco de Paula Santander ESE – Hospital Universitario Evaristo García ESE – Fundación Valle de Lili – Clínica Rey David (Expediente***:*** 760012331000-2007-00542-01).

2.2.- Dictar una nueva Sentencia, con el cumplimiento de los siguientes requisitos legales y constitucionales:

- La adecuada valoración de las pruebas obrantes en el proceso de reparación directa.

- Coherencia entre los fundamentos legales y la decisión contenida en la Sentencia.

- La aplicación de los precedentes judiciales en los fundamentos de la decisión.

- La aplicación de la Constitución Política y de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Derechos fundamentales: Igualdad, debido proceso y salud de los niños).

2.3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se deberá acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades demandas en la acción de reparación directa (Expediente***:*** 760012331000-2007-00542-01), y en efecto, condenar al reconocimiento y pago de los siguientes perjuicios, en favor de los Demandantes: LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO y LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO:

PERJUICIOS MORALES		
A FAVOR DE	**PARENTESCO**	**CUANTÍA**
LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO	MADRE	100 SMMLV
LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO	PADRE	100 SMMLV
SUBTOTAL		**200 SMMLV**

PERJUICIOS PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD		
A FAVOR DE	**PARENTESCO**	**CUANTÍA**
LEIDY FERNANDA ESTRELLA CAMPO	MADRE	100 SMMLV
LUIS FERNANDO SERNA FAJARDO	PADRE	100 SMMLV
SUBTOTAL		**200 SMMLV**

En cuanto a la distribución del monto de responsabilidad de cada una de las demandadas, deberá realizarse así: 50% para el Departamento del Cauca y 50% para el resto de los demandados: Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E., Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. y el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.

13.- COMPETENCIA

Es competente el Consejo de Estado para conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo consagrado en el Decreto 1983 de 2017, que señala:

> ***ARTÍCULO 1. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.*** *Modificase el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedara así:*
>
> ***"ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela****. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:*
>
> *(…)*
> *7. Las acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto".*
> (Subrayado fuera del texto original).

14.- PRUEBAS

SOLICITUD: Solicito al señor Magistrado que conozca la presente acción de tutela, oficiar al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que remita el expediente físico completo, dentro del proceso de Reparación Directa Radicación: 76001-23-31-000-2007-00542-00, **teniendo en cuenta que se trata de un expediente híbrido y el trámite de primera instancia no se encuentra digitalizado.**

Adjunto con la presente solicitud de amparo se anexan los siguientes documentos, que pueden ser consultados en el siguiente link:

https://drive.google.com/drive/folders/1WFi1Tj_21UNaUrwtTXA0jxNYRTSRIo7c?usp=sharing

1.- Dos (2) Poderes conferidos por los demandantes Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo.

2.- Documentos del trámite procesal en primera instancia:

2.1.- Demanda y anexos

2.2.- Auto admisorio de la demanda.

2.3.- Sentencia de primera instancia favorable, proferida el 30 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, MP Luz Stella Alvarado Orozco.

3.- Documentos del trámite procesal en segunda instancia:

3.1.- Concepto No. 141-2017 del 31 de agosto de 2017 emitido la Procuraduría Cuarta (4) Delegada ante el Consejo de Estado, Procurador Carlos José Holguín Molina, en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia.

3.2.- Sentencia de Segunda Instancia proferida el 4 de julio de 2023 por el Consejo de Estado, MP José Roberto Sáchica Méndez y notificada por medios electrónicos el 21 de julio de 2023, por medio de la cual se revocó la de Primera Instancia.

Cordialmente,

SARA MARIA CORRALES CALLEJAS
C.C. 29.127.172 de Cali
T.P. 126.454 del C.S. de la Judicatura.