



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024).**

**Radicado número:** 11001-03-15-000-2023-07032-00.  
**Accionantes:** Leidy Fernanda Estrella Campo y otro.  
**Accionado:** Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A.  
**Referencia:** Acción de tutela.

**Tema:** tutela contra providencia judicial.

**Subtema 1:** requisitos generales de la acción de tutela contra providencia judicial.

**Subtema 2:** relevancia constitucional. Improcedencia.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela incoada por Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo en contra del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Solicitud de tutela**

Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo por medio de apoderada y en ejercicio de la acción de tutela<sup>1</sup>, solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la salud de los niños que consideraron vulnerados por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, con ocasión de la sentencia del 4 de julio de 2023 que revocó la dictada el 30 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al interior del proceso de reparación directa identificado con radicado 76001-23-32-000-2007-00542-00/01.

**1.2. Hechos probados del proceso ordinario**

De lo narrado por la parte accionante en el escrito de tutela y las pruebas allegadas al expediente, la Sala resume los siguientes:

1.2.1. Los accionantes presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa, en contra del departamento del Cauca, del departamento del Valle del Cauca, del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., del Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E., de la Clínica Rey David y de la Fundación Valle del Lili, orientada a obtener la declaración de responsabilidad administrativa, patrimonial y extracontractual de las demandadas y el reconocimiento de perjuicios morales y materiales por el fallecimiento de su hija menor de edad<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Archivo electrónico ubicado en el índice 2 del expediente digital de tutela visible en el aplicativo SAMAI, identificado con certificado 48CB8D16E9C9CBD6 B46A9E1567467C6F 404EE52BF321FDD2 7419D89E69ACBED6.

<sup>2</sup> Páginas 45 a 51 del archivo electrónico nombrado "2.1. Demanda y anexos", ubicado como anexo del escrito de tutela en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494.



1.2.2. La demanda la conoció como juez de primera instancia el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2014, accedió parcialmente a las pretensiones<sup>3</sup>.

Como fundamento de su decisión estimó que las entidades demandadas ignoraron que la menor se encontraba en una condición vulnerable que la hacía acreedora de una atención médica prioritaria y en ese contexto era obligatorio realizarle la cirugía “cardiovascular” que requería, en cualquier institución médica de carácter privado o público capacitada para atender la patología.

Agregó que si bien, la condición de base no podía catalogarse como constitutiva del daño, ya que estaba acreditado que era una patología de nacimiento, lo cierto era que, en el plenario también quedó probada la responsabilidad de los demandados en tanto resultó comprometida con fundamento en la pérdida de oportunidad, dado que su fallecimiento no hubiera sido consecuente si la atención médica hubiere sido oportuna y diligente acorde con la inmediatez requerida para una menor en esas condiciones.

Concluyó que aun cuando no existe la certeza “acerca de si se hubiese realizado oportunamente a la menor la intervención quirúrgica de *“Cirugía Cardiovascular”*, aquella habría recuperado su salud, lo cierto es que, si se hubiera obrado de esa manera, esto es con la pericia y la rapidez necesarias, no habría perdido la oportunidad de recuperarse”<sup>4</sup>.

De otra parte, aclaró que la Clínica Rey David y el Departamento del Valle no estaban llamadas a responder por los hechos de la demanda por cuanto de su actuación no fue probada ninguna vulneración respecto de su contenido obligatorio en relación con la causa eficiente del daño acaecido.

Así, declaró administrativamente responsables a la Secretaría de Salud – Departamento del Cauca, a la Fundación Valle del Lili, al Hospital Universitario del Valle, al Hospital San Francisco de Paula Santander y al Hospital San José de Popayán por la deficiente e inoportuna atención médico asistencial a la menor, por lo que ordenó el reconocimiento de perjuicios morales y por la pérdida de oportunidad, y de otra parte instó a las llamadas en garantía a reintegrar a favor de las demandadas el valor que corresponda, conforme al porcentaje asegurado.

1.2.3. Inconformes con la decisión de primera instancia, las entidades demandadas<sup>5</sup> interpusieron recursos de apelación en los que manifestaron su inconformidad con la decisión dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca<sup>6</sup>, que en síntesis estuvieron dirigidos a cuestionar el estudio del acervo probatorio allegado al proceso, por lo que solicitaron revocar la decisión y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda.

<sup>3</sup> Páginas 2 a 45 del archivo electrónico nombrado “CUAD 2 200700542” ubicado en el índice 17 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 57112BB17680265F 157B9E1E66F6F91F 74CC02E5748986E9 933AD0810BFD041D. Ver también índice 2 anexos del escrito de tutela.

<sup>4</sup> Página 39 del archivo electrónico nombrado “CUAD 2 200700542” ubicado en el índice 17 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 57112BB17680265F 157B9E1E66F6F91F 74CC02E5748986E9 933AD0810BFD041D. Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

<sup>5</sup> Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., La Previsora S.A., Fundación Valle del Lili, Seguros Colpatria S.A., Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E. y el Departamento del Cauca.

El Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. allegó recurso de apelación extemporáneo. La Fundación Valle del Lili y Seguros Colpatria también presentaron recursos no obstante, llegaron a un acuerdo conciliatorio con la parte actora y en consecuencia fueron excluidas del proceso.

<sup>6</sup> Páginas 137 a 139 y 176 a 177 del archivo electrónico nombrado “CUAD 2 200700542” ubicado en el índice 17 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 57112BB17680265F 157B9E1E66F6F91F 74CC02E5748986E9 933AD0810BFD041D.



1.2.3.2. Los recursos<sup>7</sup> fueron desatados por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, en sentencia del 4 de julio de 2023, revocó la proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar negó las pretensiones de la demanda<sup>8</sup>. Como fundamento de la decisión expuso:

1.2.3.2.1. En primer lugar, que el caso en estudio estaba encaminado “a verificar la configuración de una falla médico asistencial que habría determinado la muerte y/o pérdida de oportunidad de sobrevivir de la menor (...), sin perjuicio de las cuestiones subsidiarias de los recursos relacionadas con la condición *extra petita* del fallo, la injusticia en la tasación de perjuicios y el error del valor asegurable a favor de las demandadas”<sup>9</sup>.

De otra parte, aclaró que, respecto de la Fundación Valle del Lili y AXA Colpatria S.A. con ocasión de la conciliación surtida con la parte demandante y el departamento del Valle del Cauca que no fue condenado ni presentó recurso de alzada, no había lugar a realizar análisis alguno.

1.2.3.2.2. En segundo lugar, explicó que, conforme a las pruebas allegadas al proceso, estaba acreditado que:

La menor estaba afiliada al sistema subsidiario de salud y fue atendida el 16 de abril de 2005 en el servicio de urgencias del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. por un cuadro de gripe y dificultad respiratoria. Luego del manejo médico y asistencial fue diagnosticada con un cuadro de neumonía – infección respiratoria aguda (IRA) y una cardiopatía congénita, por lo que fue necesaria su hospitalización para tratamiento y estabilización de su condición respiratoria.

Luego, el 17 de abril fue remitida por el servicio de pediatría a un ente hospitalario de nivel III, esto es al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. para continuar con el tratamiento de la dificultad respiratoria que no mostraba mejoría. Luego de estabilizar su condición de salud fue remitida nuevamente al Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. con un diagnóstico de cardiopatía congénita e hipertensión pulmonar, además de anemia, para continuar su tratamiento y para valoración por cardiología y pediatría.

Una vez completado su tratamiento con terapias respiratorias y dada su mejoría, el 24 de abril fue dada de alta con instrucciones de tratamiento ambulatorio y consulta externa por especialista.

El 29 de abril de 2005 la menor fue valorada por la junta médico-quirúrgica de la Fundación ABOOD SHAIQ que sugirió solicitar a la Secretaría de Salud del departamento del Cauca el cubrimiento de los gastos para autorizar una “cirugía cardiovascular (banding o cerclaje de la arteria pulmonar) (...)”<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Páginas 252 a 253 y 259 a 261 del archivo electrónico nombrado “CUAD 2 200700542” ubicado en el índice 17 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 57112BB17680265F 157B9E1E66F6F91F 74CC02E5748986E9 933AD0810BFD041D. Recursos interpuestos por el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., La Previsora S.A., el Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E. y el Departamento del Cauca.

<sup>8</sup> Archivo electrónico que contiene el escrito de tutela y sus anexos ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494.

<sup>9</sup> Página 8 del archivo electrónico nombrado “3.2.- Sentencia 2 instancia Consejo de Estado”, como anexo al escrito de tutela ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494. Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

<sup>10</sup> Página 11 del archivo electrónico nombrado “3.2.- Sentencia 2 instancia Consejo de Estado”, como anexo al escrito de tutela ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494. Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.



El 4 de junio de 2005 fue atendida en la unidad de urgencias de la Fundación Clínica Valle del Lili con diagnóstico de “cardiopatía muy compleja hipertensión pulmonar severa”, y una nota en la que quedó registrado “no hay convenio en la institución”<sup>11</sup>. Luego fue dada de alta el mismo día y remitida al Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E. en el que también fue dada de alta con una condición hemodinámica estable y con instrucciones de valoración por cardiólogo pediatra en servicio de consulta externa.

El 7 de junio de 2005 el departamento del Cauca requirió a la Fundación Clínica Valle del Lili para que remitiera documentos a fin de suscribir contrato de prestación de servicios médicos con el objeto de llevar a cabo el procedimiento quirúrgico que requería la menor. Luego, el 23 de junio siguiente, el referido ente departamental solicitó a la mencionada fundación la realización del procedimiento para la menor, al ser esta el único centro médico regional con la capacidad técnica para ejecutarlo, no obstante, la institución médica informó sobre la prestación del servicio bajo la condición de pago por anticipo del 100% del valor del procedimiento.

El 24 de junio la menor tuvo una recaída e inicialmente fue atendida en el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. luego, fue trasladada al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E y finalmente remitida el 29 de junio de 2005 al servicio de UCI Pediátrica de la Clínica Rey David donde falleció.

No obstante, resaltó que en el plenario no había prueba o historia clínica de la atención y tratamiento médico detallado brindado a la menor para esas fechas en las dos instituciones hospitalarias, ya que solo pudo tenerse un registro de seguimiento con base en el resumen general de la historia clínica que fue aportado por la Clínica Rey David y en ese sentido — consideró —, la parte demandante no cumplió con esta carga, por lo que no era posible determinar si el diagnóstico, tratamiento y asistencia médica asistencial que allí se proveyó fue acorde a las necesidades de la paciente y con la capacidad técnica y asistencial de los entes hospitalarios.

1.2.3.2. Indicó que, según la demanda y las inconformidades planteadas en los cargos de apelación, el fundamento de la imputación de responsabilidad giraba en torno a la muerte de la menor por falta de intervención quirúrgica tipo “banding” que, según concepto médico de la Fundación ABOOD SHAIO, resultaba oportuna en el tratamiento de su cardiopatía congénita e hipertensión pulmonar severa.

En este punto, precisó que los entes hospitalarios demandados eran de I y III nivel de complejidad por lo que no fue acreditado que tuvieran la capacidad técnica y logística para ejecutar el tratamiento para las patologías que presentaba la menor, y en ese orden era concordante lo consignado en el oficio del 23 de junio de 2005 en el que la Secretaría de Salud del Departamento adujo que, la única IPS que podía realizar el procedimiento era la Fundación Clínica Valle del Lili, de tal suerte que no podía cuestionárseles a los hospitales, la falta de ejecución de una cirugía que no estaban en capacidad técnica de brindar.

También consideró que no había prueba alguna que llevara al convencimiento de que la intervención tipo “banding” o “cerclaje de la arteria pulmonar” que requería la menor era un acto médico urgente cuya realización debía ejecutarse en el marco de la atención o ingresos registrados en los dos entes hospitalarios demandados. Contrario a esto, si era viable inferir que, pese a la gravedad y complejidad del diagnóstico, la condición de la menor era pasible de manejo y de tratamiento externo.

En ese sentido, expuso que la anterior conclusión fue posible además en concordancia con el concepto rendido por Javier Torres Muñoz como médico pediatra especializado en neonatología consultado ante estrados judiciales — quien

<sup>11</sup> Ibid.



no tuvo participación en los hechos—, que explicó que tal procedimiento quirúrgico es de carácter paliativo, es decir, que no era considerado como un medio de solución sino de tratamiento de los síntomas y que sus efectos y por su alto riesgo, no era una opción recomendable para el momento de la atención de urgencias y la situación de salud en la que se encontraba la menor.

Aunado a lo anterior, indicó que tal consideración era viable en la medida en que la junta médica de la Fundación ABOOD SHAIO, realizada con anterioridad al evento de urgencia, determinó que el “banding o cerclaje de arteria pulmonar” era un procedimiento que tenía un “riesgo muy alto” y por lo mismo “el pronóstico a largo plazo es incierto”.

En ese contexto, explicó que conforme a las pruebas allegadas al expediente no se podía inferir la falla del servicio por un indebido manejo de la crisis de urgencias que presentó la menor o por falta de ejecución de la referida intervención quirúrgica, sumado a que ninguno de los establecimientos hospitalarios tenía la capacidad para llevarla a cabo.

De otra parte, precisó que, de acuerdo a la prueba documental aportada, la Fundación ABOOD SHAIO requirió al departamento del Cauca la financiación del tratamiento quirúrgico que requería la menor y que de cara a este requerimiento, el ente territorial asumió el costo total y solicitó a la Fundación Valle del Lili —como única entidad en la región con la capacidad técnica para ello— que realizara el procedimiento, sin embargo la institución de salud condicionó su ejecución al pago anticipado del 100% del valor del procedimiento, pese a la importancia que revestía la situación y la condición de la menor. No obstante, aclaró que al respecto no era procedente realizar pronunciamiento alguno, en tanto, la parte demandante suscribió un acuerdo conciliatorio con la fundación y la llamada en garantía, respecto de sus pretensiones indemnizatorias.

Así, concluyó que “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, comoquiera que no hay ninguna prueba que demuestre 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.”<sup>12</sup>.

### 1.3. Pretensiones y argumentos de tutela

1.3.1. La parte accionante solicitó<sup>13</sup> al juez constitucional: i) amparar sus derechos fundamentales; ii) dejar sin efectos la sentencia del 4 de julio de 2023 dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado; iii) ordenar a la autoridad cuestionada proferir una nueva decisión acorde con las pruebas, los hechos, el precedente judicial y la Constitución Política que declare la responsabilidad patrimonial de las demandadas y iv) condenar al departamento del Cauca y a las entidades hospitalarias al pago y reconocimiento de perjuicios económicos en cuantía de 400 SMLMV para cada uno de los demandantes.

<sup>12</sup> Página 20 de la sentencia objeto de tutela ubicada en el archivo electrónico que contiene el escrito de tutela y sus anexos radicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494. Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

<sup>13</sup> Páginas 38 a 39 del archivo electrónico que contiene el escrito de tutela y anexos ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494.



1.3.2. Los accionantes mencionaron en primer lugar que la solicitud cumplía los requisitos generales de procedibilidad de relevancia constitucional porque se trataba de la vulneración de sus garantías fundamentales; subsidiariedad en tanto sus cuestionamientos no estaban enmarcados en ninguna causal prevista en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 para acudir el recurso extraordinario de revisión; inmediatez porque radicaron la acción de tutela en un tiempo razonable dado que la sentencia cuestionada fue notificada el 21 de julio de 2023. Agregaron que no se trataba de un asunto relacionado con una irregularidad procesal ni de una solicitud en contra de una sentencia de tutela.

En segundo lugar, afirmaron que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró sus garantías constitucionales porque con la decisión objeto de tutela incurrió en los defectos fáctico, sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la constitución que sustentaron en los siguientes términos:

#### 1.3.2.1. Defecto fáctico

La autoridad cuestionada realizó una indebida valoración de las pruebas, ya que en el proceso reposan varias historias clínicas que fueron aportadas al expediente, además de las manifestaciones de las entidades demandadas en las que aceptaron varios hechos y narraron las atenciones prestadas, lo que en conjunto dejaba claro que se limitaron a atender su condición y no a darle un tratamiento que le permitiera recuperarse.

Al respecto, citaron varios apartes de las historias clínicas remitidas por los hospitales Francisco de Paula Santander (Nivel II), San José E.S.E. (Nivel III) y Universitario del Valle “Evaristo García (Nivel IV), la Clínica Rey David (Nivel III) y la Fundación Valle del Lili (Nivel IV), con el fin de establecer por un lado que las referidas entidades no efectuaron remisiones oportunas, y de otro lado indicar una línea de tiempo para explicar que la menor fue dada de alta en varias oportunidades para tratamiento por consulta externa sin tener en cuenta su grave estado de salud que tuvo como consecuencia un tratamiento sin continuidad que finalmente produjo su fallecimiento.

Indicaron que, desde el 16 de abril hasta el 30 de junio de 2005, fecha en la que ocurrió el fallecimiento de la menor, transcurrieron 75 días sin que se realizara el procedimiento quirúrgico requerido, por lo que tal dilación contribuyó al deterioro de su salud.

En relación con lo anterior, cuestionaron una indebida valoración de las declaraciones rendidas por Francisco Javier Jiménez Mármol y Gloria Aceneth Campo, del oficio dirigido a la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca en el que fue solicitada la autorización para realizar el procedimiento quirúrgico que requería la menor y del acta de junta médico quirúrgica suscrita por los especialistas de la Fundación ABOOD SHAI0 en la que fue dictaminado el diagnóstico y plan de tratamiento, lo que en conjunto, a su juicio, de haber sido debidamente analizadas, demostraban con suficiencia la responsabilidad de las demandadas.

En este punto, cuestionaron la imprecisión manifestada por la Subsección A respecto de las entidades demandadas al no tener en cuenta que el Departamento del Cauca, tenía a su cargo gestionar y entregar oportunamente los recursos a la Secretaría de Salud del Cauca para que fuera realizada la cirugía solicitada para la menor clasificada como población vulnerable adscrita al SISBEN.

De otra parte, respecto al testimonio del médico pediatra neonatólogo del Hospital Universitario del Valle, Javier Torres Muñoz, cuestionaron que no cumplía los requisitos para ser tenido en cuenta como testimonio técnico ya que no tuvo conocimiento directo de los hechos, ni fue médico tratante y tampoco era el



especialista requerido en el caso, por lo que esta prueba carecía de valor en el proceso.

Finalmente, plantearon que del acervo probatorio allegado al expediente era claro que el departamento del Cauca tenía responsabilidad a su cargo, en tanto no gestionó oportunamente los recursos para dar cumplimiento al tratamiento que fue requerido por la junta médica de la Fundación ABOOD SHAIIO y en ese orden se produjo la muerte de la menor.

#### 1.3.2.2. Defecto sustantivo

La autoridad cuestionada aplicó indebidamente la Ley 23 de 1984, que prevé los parámetros en materia de ética médica, en tanto pese a que era conocido el tratamiento que requería la menor, este no fue oportuno ocasionando así su fallecimiento.

Indicaron que no fueron tenidas en cuenta las leyes: i) 1733 de 2014 relativa a los cuidados paliativos establece la obligatoriedad de prestar los servicios en entidades públicas o privadas a los pacientes que así lo requieran, lo que en el caso concreto no ocurrió; ii) 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la salud y establece la responsabilidad del Estado respecto al acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad; y iii) 100 de 1993, respecto de la intervención del Estado para garantizar la correcta prestación del servicio de salud, especialmente a los beneficiarios del régimen subsidiado como población vulnerable.

#### 1.3.2.3. Desconocimiento del precedente judicial

Porque no tuvo en cuenta los precedentes jurisprudenciales sobre el derecho fundamental a la salud de los niños y establecen la responsabilidad por falla en el servicio médico en tanto realizó un estudio indebido de las pruebas aportadas al expediente para concluir erradamente que la atención fue prestada con diligencia dada la patología congénita de la menor.

#### 1.3.2.4. Violación directa de la Constitución

La autoridad cuestionada valoró que la menor estaba clasificada dentro de la población pobre y vulnerable del SISBEN en el departamento del Cauca, por lo que debía garantizar sus derechos fundamentales y en consecuencia, su tratamiento y recuperación estaba a cargo del Estado tal como lo prevé la Constitución Política en sus artículos 2, 44, 48 y 49, así como la Corte Constitucional en varios pronunciamientos de los que citó algunos apartes<sup>14</sup>.

Indicaron que el tratamiento que diagnosticó su enfermedad fue producto de las consultas particulares que recibió en la Clínica SHAIIO a través de la junta médico-quirúrgica del 29 de abril de 2005 suscrita por el especialista en cardiología pediátrica, en la que también quedó registrado que la familia hacía parte de la población pobre y vulnerable que requería protección constitucional especial.

Resaltaron que hicieron todo lo que estuvo a su alcance para gestionar ante el SISBEN y el departamento del Cauca las autorizaciones de los servicios de salud que requería la menor, sin tener éxito, por lo que el desconocimiento de las pretensiones vulnera sus derechos fundamentales.

1.3.2.5. Finalmente manifestaron que dentro del proceso quedaron acreditados los perjuicios morales, por lo que solicitaron su reconocimiento conforme a los topes establecidos en el precedente jurisprudencial y de otra parte, mencionaron que el

<sup>14</sup> Páginas 33 a 34 del archivo electrónico que contiene el escrito de tutela y anexos ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494.



concepto emitido por la Procuraduría deja clara la responsabilidad de las demandadas por falla del servicio y pérdida de oportunidad, en tanto la providencia objeto de tutela fue dictada con sustento en una indebida valoración de las pruebas documentales, especialmente respecto al diagnóstico y al plan de tratamiento emitido por la junta médica de la Clínica SHAIO en la que consta que el procedimiento que requería la menor era urgente, y en ese orden su falta de realización ocasionó su muerte.

#### 1.4. Trámite de tutela e intervenciones

1.4.1. El Despacho del magistrado ponente, con auto del 22 de noviembre de 2023<sup>15</sup>, admitió la acción en contra del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A y vinculó, como terceros con interés, al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y a los demás sujetos y/o entidades que hubieren participado en el medio de control de reparación directa con número de radicado 76001-23-32-000-2007-00542-00/01.

En el mismo proveído solicitó el expediente digital del proceso ordinario, decretó como pruebas los documentos aportados con el escrito de tutela, reconoció personería a la abogada de la parte accionante y suspendió los términos de la acción hasta tanto se diera cumplimiento a lo ordenado.

1.4.2. Enviadas las notificaciones de rigor, recibió respuesta del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A<sup>16</sup> y de La Previsora S.A. Compañía de Seguros<sup>17</sup>. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca remitió el expediente del proceso ordinario sin embargo no se pronunció sobre el asunto concreto<sup>18</sup>.

1.4.2.1. El **Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A**, a través del magistrado ponente de la decisión objeto de tutela, adujo que, al resolver los cuestionamientos planteados en los recursos de apelación, pudo establecer la ausencia del nexo causal que demostrara que la muerte de la menor o la supuesta pérdida de oportunidad de sobrevivir se hubiera producido por acción u omisión de las demandadas.

Para llegar a esa conclusión, tuvo en cuenta que conforme a los conceptos médicos la menor presentaba una condición congénita de alta complejidad y severidad, que requería una intervención que incluso con su realización suponía un “pronóstico a largo plazo incierto”.

Expuso que los centros hospitalarios demandados atendieron oportunamente a la menor cuando lo requirió y en las condiciones en que su infraestructura se los permitió, por lo que no había lugar a considerar estructurado un supuesto de responsabilidad médica, en tanto quedó probado que no contaban con las condiciones para realizar la intervención quirúrgica que le fue prescrita no obstante agotaron todos los elementos, instrumentos y tratamientos necesarios para su cuidado, teniendo en cuenta que en este tipo de eventos la responsabilidad del estado es de medio y no de resultado.

<sup>15</sup> Archivo electrónico ubicado en el índice 5 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado: 191950F3BAFBAFD0 3AEBDF405ADA5CA7 7B8937E4BA355815 11EFCFA0BF0E3BDD.

<sup>16</sup> Archivo electrónico ubicado en el índice 14 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado: B0A6CE7974ACEF81 51338E5454A36ADE 992927DE4C507999 6F03C5B5D912D1F4.

<sup>17</sup> Archivos electrónicos ubicados en los índices 18 y 20 del aplicativo SAMAI, identificados con certificados: F8FFF600757EE125 8C004B376BECB1F0 303BA743892EC0D3 AB6AD78F61EFA599, 2754642417A3A368 9DCF44E8BC38CB69 D8FF53EB99B8D7C2 4B5696E6999EBEC0, C26E68BFE43A3D66 D8543DF18367F9F5 66F0BC13B65E503B EF2B803E7A3BFBC9 y F4909C28B096647B F2724F273B6A11CD 2992CFADB5FF5161 B0AA7EA7145BDF4B.

<sup>18</sup> Archivos electrónicos ubicados en el índice 17 del aplicativo SAMAI, identificados con certificados: D537F613D06CE87B 90AEFF0EC8536B24 494A1BDDDB1529E2A 7A94365FC667D194 y 57112BB17680265F 157B9E1E66F6F91F 74CC02E5748986E9 933AD0810BFD041D. Ver también índice 11 y 12.



Agregó que, pese a que fue probado que la Fundación Valle del Lili era la IPS que podía haber realizado la cirugía requerida y que se negó a prestar el servicio por no contar con el pago de manera anticipada, no podía referirse a este aspecto debido al acuerdo conciliatorio que fue firmado por los demandantes, la referida IPS y la aseguradora que la respaldaba.

Al respecto, aclaró que en ese sentido el departamento del Valle del Cauca no le asistía responsabilidad en la atención de la menor, ya que, respecto a su competencia, estuvo probado que al estar adscrita al régimen subsidiado de salud hacía parte de la población vulnerable y menos favorecida del referido departamento, lo que dio lugar al cubrimiento de su eventual atención de alto nivel y de los costos que esto implicara a cargo del referido ente territorial.

Adujo que la muerte de la menor o la posibilidad de que no perdiera la vida, si se hubiera practicado la cirugía requerida, no provino de la falla en la prestación del servicio prestado por los hospitales demandados, en la medida en que no fue acreditado que el tratamiento quirúrgico podía ser ejecutado por estos en las condiciones de urgencia en que fue atendida la paciente, de tal forma que su actuar hubiera sido omisivo respecto de su capacidad técnica, por lo que no fue debidamente probado que aquellos hubieran dejado de obrar conforme a su capacidad y de forma oportuna.

Indicó que los cuestionamientos de la parte accionante carecen de relevancia constitucional, en la medida en que no fue sustentada ninguna trasgresión de una garantía constitucional, por lo que solicitó declarar improcedente el amparo solicitado.

1.4.2.2. La **Previsora S.A. Compañía de Seguros**, por medio de su apoderado, adujo en primer lugar que la parte accionante formuló varios cuestionamientos que no propuso en el proceso ordinario, en tanto manifestó su inconformidad con la valoración de la prueba testimonial y la calidad en la que asistió el testigo Javier Torres Muñoz lo que pudo controvertir conforme a lo dispuesto en el artículo 211 del C.G.P. En segundo lugar, que la indebida valoración de las pruebas que reclama la parte accionante en ninguna forma cambia o contradice la conclusión del *ad quem* en tanto el procedimiento médico quirúrgico ordenado a la menor no tenía la capacidad de revertir su enfermedad.

Indicó que la sentencia objeto de tutela fue sustentada conforme a la normatividad y al precedente jurisprudencial aplicable al asunto, en tanto analizó la conducta de las demandadas con observancia de la capacidad operativa que tenían para el momento de los hechos. Solicitó declarar improcedente el amparo.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

Esta Sala es competente para decidir la presente acción de tutela, en virtud de lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional y en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

### 2.2. Procedibilidad de la acción

Como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional y particularmente la sistematización realizada en la sentencia C-590 de 2005, en los casos en que la solicitud de amparo se dirige contra una providencia judicial es pertinente realizar, primero, un examen de procedibilidad general<sup>19</sup> para luego, en caso de resultar

<sup>19</sup> Antes que todo es necesario (i) verificar la legitimación en la causa como una exigencia preliminar en cualquier acción de amparo, para, posteriormente, pasar a constatar los demás requisitos



superado dicho estudio, pasar a hacer el pronunciamiento de fondo en el que se resuelva el problema jurídico en los términos de los defectos aducidos por el accionante conforme a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial<sup>20</sup>.

2.2.1. La Sala encuentra acreditada la **legitimación en la causa por activa**, porque los accionantes son los titulares de los derechos que afirman son vulnerados, en su condición de parte demandante dentro del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia objeto de tutela y, por lo tanto, en caso de configurarse los defectos alegados, resultarían afectados en relación con sus garantías al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

También está probada la **legitimación en la causa por pasiva** porque el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A profirió la providencia que, según la parte tutelante, vulneró sus derechos fundamentales.

2.3. El requisito de **inmediatez** también se encuentra satisfecho, porque la parte accionante ejerció el mecanismo de amparo dentro del plazo razonable. La providencia objeto la acción constitucional fue notificada el 24 de julio de 2023<sup>21</sup> y la acción de tutela fue instaurada el 20 de noviembre de 2023<sup>22</sup>.

2.4. Los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991<sup>23</sup> permiten que la acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional, sea presentada con un margen de informalidad, tanto en el escrito de solicitud de amparo como en su despliegue argumentativo, sin embargo, en las acciones de tutela contra providencias judiciales, se exige una carga argumentativa más sólida, pues de prosperar el amparo se afectaría el principio de cosa juzgada de la sentencia o el auto cuya revisión se pretende en sede de tutela.

---

generales de procedibilidad, en los siguientes términos: (ii) que en la solicitud de tutela se expresen de manera clara los hechos y los fundamentos de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial; (iii) que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional; (iv) que previo a la solicitud de tutela se hayan agotado todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (v) que se cumpla con el principio de inmediatez; (vi) que en caso de que se formule una irregularidad procesal, la misma tenga la entidad de afectar la decisión; y de manera general, (vii) no procede presentar una solicitud de amparo contra decisiones proferidas dentro de procesos de tutela.

<sup>20</sup> Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que, si en una decisión judicial se presenta alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional. A saber: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, que ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material de prueba obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el que se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato establecido en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados.

<sup>21</sup> Archivo electrónico que contiene el edicto de notificación ubicado en los índices 42 y 43 del expediente digital de reparación directa de segunda instancia en el aplicativo SAMAI, identificado con radicado **76001-23-31-000-2007-00542-01 (59300)**.

<sup>22</sup> Archivo electrónico que contiene el acta de reparto ubicado en el índice 3 del expediente digital de tutela en el aplicativo SAMAI, identificado con certificado 5777EF9393870121 32F134E9B355CE08 5642D2E147286A7E 73544945DEB29A72.

<sup>23</sup> Artículo 14 íbidem: i) exponer con claridad los hechos y derechos que motiva la acción; ii) identificación del accionante y autoridad demandada; iii) declaración juramentada de no haber impuesto otra acción por los mismos hechos y derechos.



Así, la carga argumentativa implica un ejercicio de concreción que, primeramente, se cumple a partir del requisito de que la parte actora presente con suficiencia y claridad el cuestionamiento que endilga a la providencia que considera vulneradora de sus derechos fundamentales. Luego, este debe tener la suficiente *relevancia constitucional* para trascender de la discusión litigiosa propia del proceso ordinario, a un asunto que, por referirse a una posible amenaza o vulneración de un derecho fundamental, haga procedente la intervención del juez de tutela. Intervención que debe ser subsidiaria<sup>24</sup> y excepcional, pues, en todo caso, las providencias son proferidas en un proceso judicial que cuenta con los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, y que, una vez en firme, goza de presunción de constitucionalidad y de legalidad.

En ese contexto, el requisito de relevancia constitucional exige que los argumentos de la solicitud de amparo estén dirigidos a exponer las razones por las que el cuestionamiento a una providencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada trasciende de la controversia litigiosa propia de la causa ordinaria<sup>25</sup>, a una cuestión con **relevancia constitucional**, en términos de los defectos definidos por la jurisprudencia como únicas causales que habilitan el control constitucional concreto<sup>26</sup>. Así, son improcedentes los argumentos destinados a proponer fórmulas que habrían podido ser tenidas en cuenta en el proceso ordinario, o reiterar las ya expuestas en este, toda vez que, como lo ha establecido la Corte Constitucional, “la función del juez de tutela no es la de fungir como una instancia adicional del procedimiento judicial que se cuestiona, pues ello desconocería la competencia y finalidad de administración de justicia por parte de los jueces naturales, así como su autonomía funcional”<sup>27</sup>.

En suma, el requisito de relevancia constitucional persigue tres fines: (i) preservar la competencia y la independencia de los falladores ordinarios y, así, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad<sup>28</sup>; (ii) restringir el

<sup>24</sup> El artículo 86 de la Constitución establece:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

[...]

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

<sup>25</sup> Por supuesto, el fallador de tutela requiere examinar que, de esos asuntos legales, no se desprendan violaciones a los derechos y deberes constitucionales, pues, de ser así, adquieren relevancia constitucional inmediata. Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2001, citada por la Corte Constitucional en las sentencias T-114 de 2002 y T-136 de 2015.

<sup>26</sup> Sentencia C-590 de 2005. Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que, si en una decisión judicial se presenta alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional. A saber: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, que ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material de prueba obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el que se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados.

<sup>27</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-066 de 2019, que, a su vez reitera la T-336 de 2004.

<sup>28</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-335 de 2000, T-1044 de 2007, T-658 de 2008, T-505 de 2009, T-610 de 2009, T-896 de 2010, T-040 de 2011, T-338 de 2012, T-512 de 2012, T-543 de 2012, T-1061 de 2012, T-931 de 2013, T-182 de 2014 y T-406 de 2014, citadas en la sentencia T-422 de 2018.



ejercicio del amparo a cuestiones que afecten los derechos fundamentales de las personas, e (iii) impedir que la tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones judiciales<sup>29</sup>.

La Sala revisará a continuación los argumentos expuestos en el escrito de tutela, a partir de los parámetros constitucionales fijados y de conformidad con el requisito de relevancia constitucional. Solo en caso de encontrarlos satisfechos, continuará con el estudio de las demás exigencias de procedibilidad, y si hay lugar a ello, a emitir un pronunciamiento de fondo en lo que corresponda.

2.4.1. La parte accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la salud de los niños, pues como quedó expuesto en el numeral 1.3.2. de esta providencia, consideró que la autoridad cuestionada en la sentencia objeto de tutela, incurrió en varios defectos que sustentó en los siguientes términos:

(i) **Fáctico**, por la valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio y por no tener en cuenta las historias clínicas, ni el concepto de la Junta Médica suscrita por los profesionales de la Clínica SHAI0, así como las declaraciones de los señores Francisco Javier Jiménez Mármol y de Gloria Aceneth Campo.

De otra parte, cuestionó la calidad del testigo Javier Torres Muñoz porque, a su juicio, no debía tenerse en cuenta su testimonio en la medida que, no era un testigo calificado para dar un concepto en el asunto, por no haber sido médico tratante de la menor.

(ii) **Sustantivo**, al aplicar indebidamente la Ley 23 de 1981 de ética médica, la Ley 1733 de 2014 respecto de los cuidados paliativos y la inobservancia de las Leyes 1751 y 100 de 1993, que regulan la intervención del Estado para garantizar el derecho a la salud.

(iii) **Desconocimiento del precedente**, porque no tuvo en cuenta la jurisprudencia relacionada con la protección del derecho a la salud de los niños y en especial respecto de las enfermedades catastróficas o ruinosas, además del concepto de cuidados paliativos.

(iv) **Violación directa de la Constitución**, ya que, la decisión dictada desconoció lo establecido en los artículos 2, 44, 48 y 49 superiores y el principio de interpretación, dado que las consideraciones expuestas en la sentencia objeto de tutela fueron planteadas con base en una valoración indebida del acervo probatorio allegado al proceso, sin tener en cuenta la falla del servicio y la pérdida de oportunidad que resultó en el fallecimiento de la paciente.

En este punto, respecto del último cargo enunciado por la parte accionante, la Sala considera que los cuestionamientos así planteados se subsumen en la posible configuración de un **defecto fáctico** en la medida en que, se refieren a una indebida valoración probatoria del concepto médico que daba cuenta de la necesidad del procedimiento quirúrgico ordenado a la paciente y cuya inobservancia, dio lugar a la decisión objeto de tutela, vulnerando así el derecho a la salud.

2.4.1.1. Para el asunto bajo estudio, la Sala considera pertinente precisar que la pretensión principal de la demanda era la reparación del daño causado por la muerte de la menor y no la pérdida de oportunidad y, que bajo este marco debía girar la decisión en cada una de las instancias ordinarias.

<sup>29</sup> “[T]eniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental” Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 2018.



Ahora bien, de la lectura de la sentencia censurada y el expediente ordinario allegado como prueba a esta sede de tutela, la Sala pudo verificar en primer lugar, que el asunto que le correspondió en instancia a la autoridad cuestionada obedeció a los recursos de alzada presentados por el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., el Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E., el departamento del Cauca y La Previsora S.A. en calidad de garante.

En segundo lugar, que la Subsección A precisó como objeto de estudio: “verificar la configuración de una falla médico asistencial que habría determinado la muerte y/o pérdida de oportunidad de sobrevivir de la menor (...), sin perjuicio de las cuestiones subsidiarias de los recursos relacionadas con la condición *extra petita* del fallo, la injusticia en la tasación de perjuicios y el error del valor asegurable a favor de las demandadas.”<sup>30</sup>.

En ese contexto, para dar solución a los cuestionamientos planteados por los recurrentes, realizó un estudio del acervo probatorio allegado al expediente del que pudo establecer de un lado, que no fue aportada prueba alguna que permitiera inferir que los entes hospitalarios tenían la capacidad técnica y logística para ejecutar el tratamiento quirúrgico recomendado a la menor y de otro lado, que según el oficio del 23 de junio de 2005, la Secretaría de Salud del departamento del Cauca estableció que, dada la complejidad del procedimiento, la única IPS que podía realizarlo, era la Fundación Clínica Valle del Lili. Aunado a ello, indicó que tampoco fue allegado concepto médico que permitiera el convencimiento claro de que la intervención quirúrgica indicada como “cerclaje de la arteria pulmonar” que requería la paciente, era un acto médico urgente cuya realización debía ser ejecutada en el marco de la atención médica de urgencia que le fue prestada en los entes hospitalarios demandados, y que en contraste, el concepto expuesto en estrados judiciales por el pediatra neonatólogo Javier Torres Muñoz permitía concluir con claridad, que el referido procedimiento era de carácter paliativo y no estaba previsto como un medio de solución de la patología, además de presentar un alto riesgo, por lo que, no era recomendable ejecutarlo en ese momento, dada su condición respiratoria.

Expuso que, las declaraciones guardaban sustento lógico con las pruebas documentales aportadas, especialmente con el concepto de la junta médica de la Fundación ABOOD SHAI0 en el que consta que el procedimiento “representaba un “riesgo muy alto” y, por lo mismo, “el pronóstico a largo plazo es incierto”<sup>31</sup><sup>32</sup>. Por tanto, concluyó que no era posible efectuar ningún cuestionamiento o reproche a la atención brindada por los hospitales demandados, en tanto prestaron los servicios médicos asistenciales en la medida de sus capacidades humanas y técnicas.

En concordancia con lo anterior, explicó que, del análisis del acervo probatorio, también estaba claro que la menor estuvo adscrita al régimen subsidiado en salud como población vulnerable y menos favorecida, que la Fundación ABOOD SHAI0 requirió al departamento del Cauca el financiamiento del tratamiento quirúrgico de alto riesgo que fue solicitado por parte de su junta médica y que el ente territorial solicitó a la Fundación Valle del Lili que brindara la atención médico quirúrgica a la paciente, con cargo de todos los costos al referido ente.

<sup>30</sup> Archivo electrónico que contiene el escrito de tutela y sus anexos ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494. Página 8 del archivo nombrado “3.2. Sentencia 2 instancia Consejo de Estado”. Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

<sup>31</sup> Cita original: “Ídem.”

<sup>32</sup> Archivo electrónico que contiene el escrito de tutela y sus anexos ubicado en el índice 2 del aplicativo SAMAI, identificado con certificado 94530839AFB1CE17 6093C3D20B8908C8 018DC4E4A0D88BBA 3606D3733D39B494. Página 17 del archivo nombrado “3.2. Sentencia 2 instancia Consejo de Estado”. Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.



En ese escenario, también quedó probado que la Fundación Valle del Lili remitió la documentación para contratar con el ente territorial, pero supeditó la ejecución de la cirugía al pago del 100% de su costo como anticipo, circunstancia que — aclaró —, no le asistía competencia para emitir pronunciamiento de fondo, en tanto la parte actora decidió conciliar las pretensiones indemnizatorias con esta IPS y con el tercero en garantía.

En suma, tales consideraciones le permitieron concluir a la Subsección A que el daño cuyo resarcimiento demandaba la parte aquí accionante no provino de la supuesta falla en la prestación del servicio médico ofrecido por los hospitales demandados, comoquiera que no fue allegada ninguna prueba de la cual inferir que el tratamiento quirúrgico debía practicarse en las condiciones de urgencia respiratoria que presentó la menor en las fechas en que fue atendida, como tampoco que los entes hospitalarios demandados, tuvieran la capacidad técnica y asistencial para llevarlo a cabo, por lo que era viable concluir que la causa de la muerte de la menor no tuvo relación o nexo alguno con la prestación del servicio médico.

En torno a lo expuesto, para esta Sala es claro que la autoridad cuestionada efectuó el análisis de cada una de las pruebas aportadas al trámite ordinario y concluyó que, si bien el daño estaba probado, no ocurrió lo mismo con la responsabilidad de los entes hospitalarios demandados. Así, lo que pretende la parte accionante es que el juez de tutela haga una lectura alternativa del caso concreto y dirima una aparente controversia fundada en un defecto fáctico por una indebida valoración probatoria, de tal forma que la conclusión a la que llegó la Subsección A sea desestimada y en su lugar, se ordene proferir una decisión que acceda a declarar la responsabilidad de la administración con las consecuencias económicas que tal situación genera para la parte aquí accionante y demandante en el proceso ordinario de reparación directa. Por lo tanto, este cargo no supera el requisito de relevancia constitucional, comoquiera que, los argumentos no exponen un estudio caprichoso o irracional del material probatorio y en ese orden la solicitud, se torna improcedente.

De otro lado, en relación con la inconformidad en torno a la validez del testimonio rendido por Javier Torres Muñoz como médico pediatra Neonatólogo del Hospital Universitario del Valle, en tanto, a juicio de la parte accionante este no cumplía los requisitos de un testimonio técnico, tal cuestionamiento no es de recibo en esta instancia constitucional, en la medida en que, la referida prueba hizo parte del acervo probatorio que fue decretado y a su turno valorado por el juez natural de la causa en cada instancia del proceso ordinario<sup>33</sup> y en ese orden, los demandantes podían cuestionarlo y tacharlo en las oportunidades procesales correspondientes, y no esperar una decisión de fondo, para hacerlo a través de este mecanismo de tutela.

Respecto de la posible configuración de un defecto sustantivo, la Sala considera que la parte accionante se limitó a manifestar sus consideraciones en relación con normas que debieron tenerse en cuenta para dictar la sentencia objeto de tutela, sin que sus argumentos trascendieran de la controversia propia de la causa ordinaria a una cuestión *iusfundamental* en los términos del defecto planteado, de tal forma que sea posible determinar que la decisión judicial cuestionada fue proferida con fundamento en una disposición legal que no era aplicable, o que pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto no estuviera dentro del margen de interpretación razonable de forma claramente perjudicial para los intereses legítimos de los intervinientes.

En esa misma línea, en relación con el cargo que aduce la configuración del defecto por desconocimiento del precedente, es preciso indicar que tal consideración exige que la parte accionante vincule la falta de aplicación de una regla jurisprudencial con la violación de una garantía fundamental o, en otros términos, que explique con

<sup>33</sup> Al momento de recibir la declaración, con posterioridad a su recepción, en los alegatos de conclusión, o, ante el juez de segunda instancia.



suficiencia el por qué el precedente con identidad fáctica y jurídica era aplicable en su caso y de qué forma la inobservancia de tales consideraciones o reglas jurisprudenciales afectaron sus garantías fundamentales.

Así, los cuestionamientos de la parte accionante se tornan insuficientes para sustentar el cargo, en la medida en que la sola mención de las sentencias que, a su juicio, fueron desconocidas, tienen similitud o son aplicables a su caso, sin que se demuestre que tal inobservancia tuvo como consecuencia una afectación desproporcionada de una garantía fundamental, no es suficiente para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Planteados así los argumentos, es claro que se refieren a un desacuerdo con las conclusiones a las que llegó el juez de segunda instancia del proceso ordinario y, en consecuencia, no es posible asumir el estudio de fondo propuesto por la parte actora, pues de hacerlo se estaría invadiendo la órbita de competencia del juez natural y desconociendo la autonomía judicial.

La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de carácter excepcional, para evitar la amenaza o vulneración de un derecho constitucional fundamental y entre sus características se cuentan su naturaleza residual y subsidiaria, por lo que su procedencia está limitada a determinar la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante respecto de una posible agresión proveniente de una autoridad judicial a partir de una decisión proferida por esta, sin que ello implique, como lo pretenden los aquí accionantes, un nuevo estudio del caso como si fuera una instancia adicional a las ya surtidas. El juicio que realiza el juez en sede de tutela es de validez y no de corrección de la decisión cuestionada<sup>34</sup>, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho, que se resolvieron en el curso del proceso ordinario<sup>35</sup>.

Así las cosas, la Sala declarará la improcedencia de la acción de tutela promovida por Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo por incumplimiento del presupuesto general de relevancia constitucional.

### III.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de amparo presentada por Leidy Fernanda Estrella Campo y Luis Fernando Serna Fajardo en contra del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, por los motivos expuestos en las consideraciones de esta providencia

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

**TERCERO: REMITIR** la presente providencia, si no fuere impugnada, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia T-310 del 30 de abril de 2009.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia T-384 del 20 de septiembre de 2018.



**Notifíquese y Cúmplase**

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente de Sala

**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**  
Magistrado

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado

DSR