

ACCIÓN DE TUTELA - Ampara el derecho al debido proceso / DEFECTO FÁCTICO - Se configura por indebida valoración del dictamen pericial / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No se configura ya que la parte actora incumplió con la carga argumentativa requerida, al no sustentar las razones por las cuales las reglas o subreglas contenidas en las providencias citadas, fueron desconocidas

[S]e concluye que la valoración del dictamen no fue razonada, ya que el juez natural no apreció de forma completa e íntegra todos los puntos resueltos por el perito, sino que sustentó su decisión únicamente en la parte en que el experto citó la historia clínica donde se adujo que la muerte del bebé se originó por asfixia debido a la falta de colaboración de la madre, pero pasó por alto las demás circunstancias anotadas referentes a la situación física de la madre, su edad, enfermedades previas como el virus del papiloma humano, la necesidad de remisión a un centro de mayor complejidad, la necesidad de práctica de una cesárea, entre otros factores que, en opinión del médico hubieran brindado una mayor probabilidad de éxito. Por consiguiente, la Sala encuentra configurado el defecto fáctico por indebida valoración del dictamen pericial mencionado en precedencia, por lo que dejará sin valor y efecto la providencia cuestionada, con el objeto de que el Tribunal Administrativo del Tolima adopte una decisión de reemplazo, en la que aprecie en su integridad el medio probatorio de que se trata. (...). [P]ara que prospere el defecto por desconocimiento del precedente, éste debe acreditarse con un pronunciamiento –o varios- que sirvan de referencia al juez de la causa, respecto de un determinado asunto, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos. (...). Lo anterior evidencia que la parte actora más allá de citar y transcribir apartes de las providencias que considera fueron desatendidas por la autoridad demandada, no cumplió con la carga argumentativa requerida, cuando se trata de tutela contra providencia judicial, pues no sustentó las razones por las cuales las reglas o subreglas contenidas en las providencias citadas, fueron desconocidas. Para que el juez de tutela pueda realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia citada por la parte actora en la demanda de tutela, les resultaba indispensable que explicara al menos las reglas bajo el título de imputación que consideraba debía responder el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., por la muerte del nasciturus y las razones por las cuales el Tribunal demandado se apartó de los precedentes indicados. Así las cosas, la Sala encontró configurado el defecto fáctico alegado por la tutelante, razón por la cual dejará sin valor y efecto el fallo tutelado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / DECRETO 2591 DE 1991 / DECRETO 1069 DE 2015 / LEY 91 DE 1989 / LEY 33 DE 1985 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 36

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando se vulneran derechos fundamentales, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), C.P. María Elizabeth García González. Acerca de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela, ver: Corte Constitucional, sentencia del 16 de octubre de 2003, exp. T-949, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, sentencia del 13 de agosto de 2004, exp. 774, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y sentencia de 8 de junio de 2005, exp. C-590, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En relación al defecto sustantivo, ver: Corte Constitucional, sentencia de 12 de junio de 2015, exp. T - 360, M.P. Mauricio González Cuervo. Respecto al defecto fáctico, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, exp. 11001-03-15-000-2015-01471-01, C.P. Lucy Jeannette

Bermúdez Bermúdez y sentencia 2 de junio de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-00076-01, C.P. Rocío Araújo Oñate.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03315-00(AC)

Actor: ERIKA ALEJANDRA AMARILES MORALES y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TOLIMA

Procede la Sala a decidir la solicitud formulada por los señores Erika Alejandra Amariles Morales, Cecilia Ávila Buitrago, Amparo Ávila, Argemiro Ávila y Edison Rodolfo Ávila Buitrago, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, desarrollada por el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1. Petición de amparo constitucional

Mediante escrito radicado el 5 de diciembre de 2017 en la Secretaría General del Consejo de Estado¹, los señores Erika Alejandra Amariles Morales, Cecilia Ávila Buitrago, Amparo Ávila, Argemiro Ávila y Edison Rodolfo Ávila Buitrago, a través de apoderada judicial, instauraron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

Sostuvieron que tales derechos les fueron vulnerados con la expedición de la sentencia de 2 de junio de 2017, proferida por la mencionada autoridad judicial dentro de la acción de reparación directa 73001-33-31-701-2011-00053-01, iniciada contra el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E. y el Municipio Ambalema - Tolima.

En concreto, formularon las siguientes pretensiones:

“(...)^{1º}.- Que se deje sin efecto la providencia proferida por el Tribunal

¹ Memorial con acta individual de reparto del 5 de noviembre de 2017 y recibido en el despacho del 6 del mismo mes y año

*Administrativo del Tolima, de fecha dos de junio de 2017, que decidió “PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué, el treinta de noviembre de dos mil quince y en su lugar negar las pretensiones de la demanda”, dentro de la demanda de REPARACIÓN DIRECTA con radicación 73001-33-31-701-2011-00053-01, para que se amparen los siguientes derechos fundamentales de que han sido objeto mis poderdantes con la actuación irregular de dichos funcionarios: **DEBIDO PROCESO (Art. 29 Constitución Política), VÍA DE HECHO, DEFECTO FÁCTICO MATERIAL O SUSTANTIVO, ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS PRUEBAS E INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS ADJETIVAS Y SUSTANTIVAS CITADAS COMO VIOLADAS EN ESTA DEMANDA TUTELAR Y LIBRE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.** (...).”*

2. Hechos

Señalaron que el día 28 de octubre de 2009, a las 9:30 am, en las instalaciones del Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., falleció en forma intrauterina el hijo que esperaban los señores Erika Alejandra Amariles Morales y Edison Rodolfo Ávila Buitrago, por un “*SHOCK ASFICTICO SECUNDARIO A ASFIXIA PERINATAL SECUNDARIO A EXPULSIVO PROLONGADO*” ocasionado por una falla en la prestación del servicio médico.

Indicaron que instauraron demanda de reparación directa contra el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E. y el Municipio de Ambalema – Tolima, con el fin de que se les declarara administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsables, por los perjuicios morales, materiales y daño a la vida en relación, generados con el procedimiento médico practicado a la señora Erika Alejandra Amariles Moreno que condujo al fallecimiento intrauterino de su hijo (expediente 73001-33-31-701-2011-00053-00).

Informaron que dicha demanda fue tramitada por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué, despacho que el 30 de octubre de 2015 profirió sentencia de primera instancia en el sentido de acceder parcialmente a las pretensiones.

Narraron que esa decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a través de la sentencia de 2 de junio de 2017, tras considerar que el daño que originó la acción fue culpa exclusiva de la víctima, quien no colaboró en el transcurso del trabajo de parto.

3. Sustento de la petición

Destacaron que el fallo objeto de controversia incurre en defectos material o sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial.

En lo que tiene que ver con el defecto material o sustantivo, la parte actora adujo que el Tribunal accionado no determinó con certeza la existencia del daño antijurídico y su imputación a la administración, elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Respecto del defecto fáctico indicaron que el *ad quem* no apreció el material probatorio allegado al expediente, además efectuó una valoración defectuosa de la historia clínica de la señora Erika Alejandra Amariles Morales, sus anexos, y del dictamen médico legal rendido por un perito médico cirujano y forense, documentos que, a su juicio, evidenciaban que la entidad demandada no prestó una atención adecuada a la paciente, quien debió ser atendida en un hospital de nivel II o III, en razón a que en el inicio del embarazo fue calificado “*como de alto riesgo*”.

En cuanto al desconocimiento del precedente jurisprudencial, se limitaron a relacionar diez (10) sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de acciones de reparación directa; y siete (7) dictadas por la Corte Constitucional.

Concluyeron que la acción de tutela debe concederse ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable consistente en la imposibilidad de reclamar la indemnización de los perjuicios derivados por la muerte de su hijo, nieto y sobrino.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Por auto de 15 de diciembre de 2017, se admitió la solicitud de tutela, se ordenó la notificación de los magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Tolima, en calidad de demandados, y se les otorgó el término de tres (3) días para contestar la demanda.

Igualmente, se vinculó al alcalde de Ambalema, al gerente del Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E. y al juez Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué², como terceros interesados, para que dentro del término de tres (3) días contestaran la demanda, notificaciones que se surtieron frente a cada uno de los vinculados³.

5. Argumentos de defensa

5.1. Tribunal Administrativo del Tolima

Mediante correo electrónico recibido en esta Corporación el 17 de enero de 2018, el Magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva, integrante del mencionado Tribunal, contestó la demanda bajo los siguientes términos:

² El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué asumió el conocimiento del proceso ordinario cuestionado en sede de tutela por la eliminación de las medidas de descongestión judicial por parte del Consejo Superior de la Judicatura,

³ Folio 51.

Luego de referirse a los hechos que motivaron la acción de reparación directa, solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional con fundamento en la inobservancia de configuración de alguna de las causales de procedibilidad de la tutela para revisar la providencia judicial cuestionada ni la ocurrencia de transgresión o amenaza de los derechos fundamentales invocados como violados⁴.

5.2. Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E.

En memorial radicado el 24 de enero de 2018, la apoderada judicial de la entidad vinculada respondió que la tutela es improcedente porque no cumple el requisito de la inmediatez, debido a que entre la fecha de notificación de la providencia que se cuestiona y la presentación del mecanismo de amparo transcurrieron más de siete (7) meses.

5.3. Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué y Municipio de Ambalema

No contestaron la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer en primera instancia la presente acción de tutela, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

2. Problema jurídico

CONSLU

Para tal efecto, se analizará si el amparo cumple con los requisitos de procedencia adjetiva de la acción de tutela contra providencias judiciales y, superado ello, si la accionada incurrió en los defectos material o sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁵, se **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción

⁴ Folio 59.

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

de tutela contra providencias judiciales⁶, bajo los siguientes términos:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”⁷.

La Corporación ha modificado su criterio en relación al tema y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **“...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”**. En efecto:

Es claro que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En tales condiciones, se verificará en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez y **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

⁷ Ídem.

⁸ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

improcedente el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la acción cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra sentencia de tutela, pues la decisión censurada fue proferida dentro del proceso de reparación directa 73001-33-31-701-2011-00053-01 iniciado por los señores Erika Alejandra Amariles Morales, Cecilia Ávila Buitrago, Amparo Ávila, Argemiro Ávila y Edison Rodolfo Ávila Buitrago, contra el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E. y el Municipio Ambalema – Tolima.

También se cumple con el requisito de inmediatez⁹, toda vez que el fallo de segunda instancia objeto de tutela fue emitido el 2 de junio de 2017¹⁰, se notificó por edicto que permaneció fijado tres días que transcurrieron entre el 12 y 14 de junio del mismo año y cobró ejecutoria el 20 de junio de 2017, por lo que al haberse radicado la acción de la referencia el 5 de diciembre de 2017 se considera que fue ejercida en un plazo razonable¹¹.

Además se cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que en lo referente a

⁹ El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

¹⁰ Folios 281 a 284 del expediente ordinario.

¹¹ Sobre este presupuesto, la Sala Plena de esta Corporación acogió el plazo de seis (6) meses “para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.” Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de agosto cinco (05) de dos mil catorce (2014) Radicación número: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la decisión judicial que en concepto de la parte actora vulnera sus derechos fundamentales, se observa que el fallo objeto de la solicitud de amparo fue proferido en segunda instancia, por lo que no procedía recurso alguno contra este.

En consecuencia, la parte demandante no cuenta con otro medio de defensa, en tanto los recursos extraordinarios de revisión y unificación, taxativamente contemplados en el ordenamiento contencioso administrativo, no tienen cabida en el *sub examine*, ya sea por cuantía o por el objeto.

En tal sentido, se entienden superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial y se procede a analizar de fondo los reparos de la parte tutelante.

5. Caso concreto

Con el ejercicio de la presente acción, la parte actora controvierte la sentencia de 2 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de la acción de reparación directa 73001-33-31-701-2011-00053-01, iniciada por los señores Erika Alejandra Amariles Morales, Cecilia Ávila Buitrago, Amparo Ávila, Argemiro Ávila y Edison Rodolfo Ávila Buitrago, contra el Hospital de San Antonio de Ambalema E.S.E. y el Municipio de Ambalema – Tolima, en cuanto revocó la decisión del *a quo* y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

Adujeron la existencia del defecto material o sustantivo por infracción del artículo 90 de la Constitución Política, con sustento en que el fallo cuestionado no determinó con certeza la existencia de la responsabilidad por la prestación del servicio de salud ni la falla probada del servicio.

Alegaron, también, la ocurrencia del defecto fáctico, con sustento en que el fallo cuestionado omitió valorar en debida forma la historia clínica de la señora Erika Alejandra Amariles Moreno, sus anexos y el dictamen médico legal rendido por un perito médico cirujano y forense, valoración que, a su juicio, se efectuó de manera errónea porque de ella se concluye que el hecho que originó el daño era culpa exclusivo de la víctima.

Invocaron, por último, el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, sin embargo no sustentaron las razones por cuáles consideran que las sentencias relacionadas les son aplicables a su caso concreto.

Conforme al problema jurídico planteado por la parte actora, la Sala pasa a analizar los dos defectos traídos a colación.

5.1. Defecto sustantivo

En relación con el defecto sustantivo, la Corte Constitucional ha analizado su alcance y configuración, bajo los siguientes términos¹²:

¹² Sentencia T-360 de 2015.

“(...) Esta Corporación ha reconocido que se configura un defecto sustantivo cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o que claramente son inaplicables al caso concreto. Cabe recordar que la autonomía e independencia de las autoridades judiciales no es absoluta, puesto que la tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas, se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de las partes en el proceso y por lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones de la Constitución o de la ley” [18].

6.1.2. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto sustantivo se estructura cuando “una decisión judicial desborda el ámbito de actuación que la Constitución y la ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, por lo siguiente: (i) derogación o declaración de inexequibilidad; (ii) inconstitucionalidad manifiesta y omisión de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, (iii) inconstitucionalidad de su aplicación al caso concreto, (iv) inadecuación de la norma a la circunstancia fáctica a la cual se aplica; (v) reconocimiento de efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. (...).”

Conforme a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que para analizar si en cada caso se configura el defecto sustantivo, debe evaluarse lo siguiente:

- a). Si la norma aplicada es inexistente por haber sido derogada.
- b). Si ésta es manifiestamente inconstitucional, o hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto.
- c). Si la norma no se adecúa al caso.
- d). Si se le están reconociendo efectos distintos a la voluntad del Legislador.

En el presente caso la parte actora invoca la posible configuración de este defecto por infracción del artículo 90 de la Constitución Política, que establece:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Según la argumentación de los tutelantes, la autoridad judicial demandada

desconoció el precitado artículo, pues entendió que la muerte del bebé de la señora Erika Alejandra Amariles Morales no ocurrió por falla en la prestación del servicio de salud por parte del Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., sino por culpa exclusiva de la víctima, a quien señaló de no colaborar en el trabajo de parto.

Dicha decisión fue adoptada con base en el análisis de las acciones que el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., desplegó para atender a la señora Erika Alejandra Amariles Morales, en conexión con el daño antijurídico sufrido por la paciente, examen del que concluyó que no se evidencia la imputación alegada.

En efecto, el Tribunal Administrativo del Tolima, en la sentencia de 2 de junio de 2017, señaló:

“(...) de conformidad con lo que consta en la Historia Clínica, se demostró por el ente demandado, haber prestado una atención inmediata al hospitalizarla y estabilizarla, formular y suministrar los medicamentos indicados ante la enfermedad (...).

*Del mismo modo, el Hospital demandado, acreditó que de conformidad con sus recursos, brindó la atención de manera oportuna, y su personal actuó en consecuencia ante la reticencia en colaborar con el trabajo de parte, realizando maniobras buscando extraer el feto con vida, todo lo cual se corresponde en estricto sentido con la Lex Artis.
(...)*

Siendo ello así, y como quiera que a juicio de la Sala no se acreditó que se hubiera generado ninguna falla en el servicio médico asistencia a la que pueda imputarse a ningún título la responsabilidad en la muerte del bebé, como tampoco ninguna acción u omisión imputable al hospital demandado hubiera generado siguiera la pérdida de la oportunidad de sobrevivencia del bebé (...).¹³

De lo anterior, se destaca que el fallador accionado para determinar la existencia o no de la falla en la prestación del servicio médico, tuvo en cuenta los elementos de la responsabilidad estatal como lo son la ocurrencia del daño antijurídico, la imputación y el nexo causal.

Quiere decir lo anterior, que alrededor del desarrollo teórico de la responsabilidad estatal, el Tribunal demandado consideró que los demandantes no demostraron el daño antijurídico alegado, la falla en el servicio imputable a la actividad médica desarrollada por el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., ni el nexo causal con el fallecimiento del nasciturus, lo que implica que interpretó de forma razonada el artículo 90 de la Constitución Política.

5.2. Defecto fáctico

¹³ Folios 283 y 284 del expediente ordinario.

En relación con el defecto fáctico esta Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades, para precisar que éste se configura siempre que se advierta cualquiera de los siguientes supuestos: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso¹⁴.

Sobre el particular, la Sección ha considerado que dicho defecto procede en ese sentido cuando «...a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado»¹⁵.

Para el efecto se requiere que¹⁶:

- a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez.
- b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.

El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, de ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.

- c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado.

En el presente caso, la parte actora considera que el tribunal demandado incurrió en defecto fáctico por valoración indebida y caprichosa de la historia clínica y del dictamen médico legal, normas practicadas en el expediente de reparación directa, con fundamento en que despachó de forma negativa la existencia de falla en el servicio como causa de la muerte del bebé que esperaba la tutelante, al entender que ello se generó por su negligencia en las labores de parto.

Conforme a ello, sustentó que el daño sí se encontró demostrado, en tanto:

- La edad de la paciente embarazada era de 16 años, lo que la ponía en condiciones de incapacidad de responder en debida forma al parto, por lo que el tribunal debió concluir que la falla en el servicio se originó, ya que el hospital que la atendió debió remitirla a un hospital de tercer nivel, o debió acelerar el parto por medio de la implementación de *fórceps* para evitar la

¹⁴ Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁵ Radicación No. 11001-03-15-000-2016-00076-01, Accionante: Luz Amanda Moreno Barrera; Accionado: Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala 10 de Descongestión. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate.

¹⁶ *Ibíd.*

asfixia del feto.

- Se debió considerar que, dados los antecedentes de inmadurez por edad y enfermedad de transmisión sexual adquirida por la paciente, se requería un mayor cuidado y su remisión a un hospital que contara con profesionales expertos para atender el parto, según sus particularidades.

Para resolver el caso concreto, encuentra la Sala que el Tribunal Administrativo del Tolima, en la sentencia del 2 de junio de 2017 hizo referencia a la historia clínica de la señora Erika Alejandra Amariles Morales y al dictamen pericial rendido por un médico cirujano y forense, como pruebas relevantes para analizar la presunta responsabilidad estatal alegada.

Al respecto, se advierte que la autoridad judicial demandada, para determinar la existencia de responsabilidad por parte del Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., en la muerte del bebé de la accionante, consignó lo siguiente:

“En relación con estos elementos de juicio, en primer término corresponde señalar, que no obstante el dictamen pericial describe y analiza la historia clínica, y resulta convenientemente ilustrativo para efectos de determinar los antecedentes de la paciente, en esta providencia se hará referencia concretamente a las notas correspondientes a la fecha de atención del parto, en tanto es a la atención del mismo o a la no remisión de la que se deduce la muerte del bebé en gestación.

En este orden de ideas, se tiene acreditado que la paciente ingresó a urgencias a las 3:44, con contracciones fuertes, borramiento del 70% y posición cefálica.

A las 5:00 horas se valora nuevamente, se ordena pasar a sala de parto, se detecta un 100% de borramiento, dilatación de 7 cms y se consignan contracciones leves y se verifica la existencia de condilomas en bastante cantidad (de lo cual se deja anotación) y tres contracciones cada 10 minutos, con intensidad regular.

A las 8:00 se ordena iniciar inducción con oxitocina, con FCF 160 y a las 8:34 el monitoreo fetal es de FCF 162 de lo cual se informa al médico.

(...)

En sendas notas dejadas en la historia clínica, se advierte con absoluta claridad que la paciente de diez y seis (sic) años no colaboró con el trabajo de parto y sin duda alguna por ello se presentó el sufrimiento fetal y la asfixia del bebé que estaba por nacer.

(...).

En este sentido, si bien resulta respetable el dictamen médico rendido, el mismo carece de fuerza de convicción en la medida en que no se corresponde en estricto sentido con el asunto a decidir (...).” (Destacado fuera del texto).

Bajo el anterior contexto, se observa que en la sentencia cuestionada se sostuvo que no había responsabilidad estatal del hospital demandado, toda vez que la asfixia que originó la muerte del hijo que esperaba la tutelante se dio por su falta de colaboración con las labores de parto, hecho que dedujo de la historia clínica y del dictamen pericial que, a su turno, fue emitido con base en el precitado documento.

Al analizar la historia clínica de la señora Erika Alejandra Amariles Morales, la Corporación judicial demandada adujo que el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E. prestó a la paciente una atención adecuada por parte del personal médico y de enfermería, ya que fue valorada durante su trabajo de parto y se le suministraron medicamentos propicios a la patología de la paciente, quien presentó contracciones de intensidad regular y posición cefálica adecuada, motivo por el cual fue remitida a Sala de Parto en donde se le dio un medicamento para inducir el parto.

Revisado el dictamen pericial, prueba que, en sentir de la actora fue indebidamente valorada, se observa que el perito procedió a realizar un recuento sobre las circunstancias que rodearon el parto, según lo consignado en la historia clínica de la tutelante, y, luego de ello, dio respuesta a los interrogantes formulados por los demandantes en el proceso de reparación directa, los cuales se resumen así:

a). Si el hospital de San Antonio de Ambalema, el cual es de primer nivel, podía atender el parto de una mujer de 16 años, a lo que el perito respondió que ello genera el riesgo intrínseco de la falta de madurez física y mental, pero es necesario contemplar condiciones físicas de la embarazada, así como de madurez mental que permitan considerar la conveniencia de efectuar el parto en un primer nivel o la necesidad de remitirla a un centro especializado.

b). Si la tutelante podía ser atendida en el hospital en mención, a lo que respondió que no está contraindicado *per se* por el simple hecho de tener 16 años, pues debían valorarse los factores físicos y psicológicos, los cuales, en este caso, se indicó en un primer evento que ella tenía unas condiciones óptimas, **pero en otras anotaciones se adujo que tenía contraindicación por riesgo de contaminación fetal, lo que daba lugar a que se considerara la posibilidad de remitir a la paciente a un hospital de mayor complejidad.**

c). Si de acuerdo a la historia clínica, la gestante no colaboró pujando en el trabajo de parto, ¿cuál era el procedimiento médico a seguir, teniendo en cuenta que el hospital que la atendió es de primer nivel? a lo que se respondió que la decisión de instrumentar el parto previa episiotomía, como se hizo en este caso, es una oportuna y precisa decisión.

d) ¿Cuál hubiera sido el resultado del parto, de haberse realizado una cesárea?, a lo que se respondió que de haber estado en un segundo nivel con servicio de obstetricia, hubieran existido más posibilidades de sobrevivencia de la criatura.

e). Se explique la falla médica de obstetricia en que incurrió el hospital, al atender el parto de la demandante, a lo que respondió que:

“(...) No se encontró en la historia que se hubiera colocado oxitócicos sino para la inducción del parto, ni suministro de oxígeno (sic) o cualquier incremento de la hidratación en notas médicas, es allí donde se percibe una debilidad en la atención del parto. Pero no es aplicable al personal de salud las condiciones propias maternas sino la atención de las mismas, y finalmente el momento de la decisión de aplicación de los fórceps que se hace cuando no se ausculta la fetocardia, aspecto este que técnicamente tiene sus indicaciones y operación misma de los elementos para saber si son altos de desprendimiento lo cual se menciona en la historia y por tanto no puedo pronunciarme sobre ello. Algo que si era claro es que al detectar la presencia de condilomatosis debió comentarse el caso a ginecólogo de II nivel para recibir instrucciones que tal vez hubieran indicado la remisión a II nivel para cesárea (...)”. (Destaca la Sala).

f). ¿Cuál debió ser el manejo esperado en el caso de la actora, según las circunstancias que rodearon el parto?, a lo que respondió el perito de forma ambigua en el sentido de citar el protocolo de atención en esos casos, sin hacer referencia expresa al caso de la actora.

Del recuento realizado en precedencia, es fácil concluir que según la interpretación del perito, la remisión de la tutelante a un centro médico de mayor complejidad pudo haber brindado una mejor oportunidad de éxito en el parto; además, cuestionó la maniobra de *kristeller*, la cual, según informó, *“(...) el propio H. Consejo de Estado no acepta (...) y que consiste en efectuar presión por personal de salud en fondo uterino para ayudar a empujar a la embarazada parturienta por el riesgo de ruptura uterino (...)”*, circunstancias que no fueron apreciadas por el Tribunal de instancia.

Tampoco se valoró la cita realizada por el perito, cuando afirma que existían algunas contraindicaciones para atender el parto en el hospital de primer nivel dado el riesgo de contaminación fetal, ni que la práctica de la cesárea hubiera dado lugar a mayor probabilidad de éxito en el nacimiento del bebé, situación que si se hubieran tenido en cuenta pudo haber incidido notoriamente en el sentido del fallo.

Es de destacar, que no resulta válida ni razonable la afirmación que usó el tribunal para desechar como prueba gran parte del dictamen con fundamento en que *“(...) el mismo carece de fuerza de convicción en la medida en que no se corresponde*

en estricto sentido con el asunto a decidir, por cuanto si bien podría eventualmente recomendarse que sólo los centros de mayor complejidad atiendan partos de menores de edad, en la mayoría de los casos no existe disponibilidad de camas, los pacientes no pueden remitirse por falta de medios de transporte, e incluso los que no se remiten no logran sobrevivir (...)”, toda vez que fácilmente se puede ver que dicha prueba sí está relacionada con los hechos objeto de demanda y, en ese sentido, el juez natural debió valorarla en su integridad.

Se agrega a lo anterior, que la actora precisamente reprocha el hecho de que el tribunal haya declarado la culpa exclusiva de la víctima, cuando conforme a las pruebas visibles en el expediente se lograba constatar que hubo falla médica al atender el parto de la tutelante, lo que conlleva a esta Colegiatura a determinar, que como efectivamente no fue valorado en su totalidad el dictamen pericial decretado en el expediente ordinario objeto de tutela, el tribunal accionado no podía trasladar la carga de la prueba a la actora sobre la causal eximente de responsabilidad estatal invocada en el fallo controvertido.

Ello, por cuanto al afirmar que la actora *“(...) no colaboró eficientemente en la expulsión, situación que generó no sólo su inercia sino el sufrimiento y posterior ahogamiento del feto, de tal suerte que al ejecutar las maniobras para extraerlo, las mismas fueron infructuosas para obtener un feto vivo, lo cual resulta exclusivamente imputable a la víctima, en este caso a la gestante (...)”*, sentó una posición restrictiva en la valoración de la prueba al tomar en cuenta únicamente la parte de la historia clínica y el dictamen sobre la causa de muerte del feto, sin apreciar las demás circunstancias expuestas en dichas pruebas que eventualmente hubieran dado lugar a encontrar probados otros hechos que fueron obviados.

Así las cosas, **se concluye que la valoración del dictamen no fue razonada, ya que el juez natural no apreció de forma completa e íntegra todos los puntos resueltos por el perito, sino que sustentó su decisión únicamente en la parte en que el experto citó la historia clínica donde se adujo que la muerte del bebé se originó por “asfixia debido a la falta de colaboración de la madre”, pero pasó por alto las demás circunstancias anotadas referentes a la situación física de la madre, su edad, enfermedades previas como el virus del papiloma humano, la necesidad de remisión a un centro de mayor complejidad, la necesidad de práctica de una cesárea, entre otros factores que, en opinión del médico hubieran brindado una mayor probabilidad de éxito.**

Por consiguiente, la Sala encuentra configurado el defecto fáctico por indebida valoración del dictamen pericial mencionado en precedencia, por lo que dejará sin valor y efecto la providencia cuestionada, con el objeto de que el Tribunal Administrativo del Tolima adopte una decisión de reemplazo, en la que aprecie en su integridad el medio probatorio de que se trata.

5.3. Desconocimiento del precedente

En relación con este defecto, para determinar si una decisión se constituye como

precedente, la Corte Constitucional, en sentencia T-292 de 2006, precisó lo siguiente:

“(...) (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.

Conforme a lo anterior, al momento de analizar si se desconoció el precedente, deben tenerse en cuenta estos elementos:

- (i) Que exista una regla contenida en la *ratio decidendi*.
- (ii) Que ésta sea aplicable al caso bajo estudio.
- (iii) Que el problema jurídico sea semejante al presente.
- (iv) Que los hechos y normas invocadas sean similares.
- (v) Que se plantee un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.

La posición que ha sostenido esta Sala frente a un presunto defecto por desconocimiento de precedente, corresponde al siguiente:

«...es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirven de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla... que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido»¹⁷, y que el desconocimiento de éste se materializa ‘...cuando el fallador -Alta Corporación-, sin motivación -omite referirse a un caso anterior- o sin una motivación suficiente y razonable, decide separarse o modificar la subregla de derecho expuesta por él en un caso anterior, o cuando el juez de inferior jerarquía no lo aplica pese a estar obligado a ello»¹⁸.

Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional se ha referido al precedente de la siguiente manera:

¹⁷Sentencia del 19 de febrero de 2015, Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2013-02690-01.

¹⁸ *Ibidem*.

«La Corte Constitucional se ha referido a la figura del precedente como el conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, el cual debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia, teniendo en cuenta su pertinencia para la resolución de un problema jurídico. El precedente debe ser anterior a la decisión en la que se pretende aplicar y, además, **debe presentarse una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos.**»¹⁹ (negrita fuera del texto).

De modo que, para que prospere el defecto por desconocimiento del precedente, éste debe acreditarse con un pronunciamiento –o varios- que sirvan de referencia al juez de la causa, respecto de un determinado asunto, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos.

En el caso que nos ocupa, la parte actora, adujo que la sentencia de 2 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, inaplicó sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Al efecto, relacionó lo siguiente:

- “1. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, M.P. Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ, Sentencia del 8 de junio de 2006 – Rad. No. 08001-23310001998-05057-01.
2. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000 – Exp. 11878.
3. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2004 – Exp. 14.767.
4. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2005 – Exp. 15.276.
5. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, M.P. Dra. MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR - Sentencia del 11 de febrero de 2009 – Rad. 54001-2331000199308025-01.
6. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, M.P. Dra. MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR - Sentencia del 8 de julio de 2009 – Rad. 630012331000199503691-01.
7. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, M.P. Dra. RUTH STELLA CORREA – Rad. 660012331000199603480.
8. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sentencia 6 de septiembre de 2001 – Exp. 13232 -1546.
9. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sentencia 28 de agosto de 2014, Exp. 63001-2331000200100731-01. C.P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
10. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, M.P. Dr. ENRIQUE GIL BOTERO - Rad. 05001-2325000199301584-01., Sentencia de 28 de marzo de 2012.
11. Corte Constitucional – Sentencias T-1168/00; T-483/01; T-909/02; T-1014/12-T-931/03; T-1073/03; T-271/04.”²⁰

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T - 762 de 2011.

²⁰ Folios 46 y 47.

Lo anterior evidencia que la parte actora más allá de citar y transcribir apartes de las providencias que considera fueron desatendidas por la autoridad demandada, no cumplió con la carga argumentativa requerida, cuando se trata de tutela contra providencia judicial, pues no sustentó las razones por las cuales las reglas o subreglas contenidas en las providencias citadas, fueron desconocidas.

Para que el juez de tutela pueda realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia citada por la parte actora en la demanda de tutela, les resultaba indispensable que explicara al menos las reglas bajo el título de imputación que consideraba debía responder el Hospital San Antonio de Ambalema E.S.E., por la muerte del nasciturus y las razones por las cuales el Tribunal demandado se apartó de los precedentes indicados.

Así las cosas, la Sala encontró configurado el defecto fáctico alegado por la tutelante, razón por la cual dejará sin valor y efecto el fallo tutelado.

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

FALLA:

PRIMERO.- Ampárase el derecho al debido proceso de los señores Erika Alejandra Amariles Morales, Cecilia Ávila Buitrago, Amparo Ávila, Argemiro Ávila y Edison Rodolfo Ávila Buitrago, por las razones analizadas en precedencia.

SEGUNDO.- Déjase sin valor y efecto la sentencia de dos (2) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de reparación directa 73001-33-31-701-2011-00053-01.

TERCERO.- Ordénase al Tribunal Administrativo del Tolima que, dentro del término de quince (15) días, emita una decisión de reemplazo dentro del medio de control antes señalado, que atienda los parámetros analizados en la parte motiva de este proveído.

CUARTO.- Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Si en el término de tres (3) días siguientes a su notificación no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

SEXTO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente 73001-33-31-701-2011-00053-01, allegado en calidad de préstamo por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, según oficio 00032 de 17 de enero de 2018, visible a folio 60.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero