



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 080012331000201200360 01 (61.475)
Actor: Félix Miguel Santos Pérez y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Protección Social y otros
Referencia: Reparación directa

Temas: INOPERANCIA DEL FUERO DE ATRACCIÓN – La controversia se originó en la falla médica de una clínica de naturaleza privada – CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - se demandó luego expirar el término legal establecido.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante la cual declaró la caducidad de la acción.

Se pretende la reparación de los daños causados por una falla del servicio médico asistencial que produjo la muerte de una persona, luego de que se le dejara un cuerpo extraño en su cavidad abdominal durante una cirugía de cesárea.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la sentencia proferida el 19 de enero de 2018, mediante la cual decidió la demanda de reparación directa presentada el 2 de mayo de 2012¹ por los señores Félix Miguel Santos Pérez (padre), Emerlindes Isabel Pacheco Núñez (madre), Ronald Caballero Santos (hijo), Ronald Jhon Caballero Carrillo (compañero permanente), Félix Alberto, Oscar Javier, Viviana Patricia, Ferney Darío, Ingrid Paola y Aida Luz Santos Pacheco (hermanos), en contra de la Nación – Ministerio de la Protección Social, departamento del Atlántico -Secretaría Departamental de Salud-, y la IPS DISAMA MEDIC & CIA S. en C. Clínica La Misericordia, con el fin de que se les declare solidaria y patrimonialmente responsables por los perjuicios irrogados por una falla del servicio médico asistencial que le ocasionó la muerte de la señora Orlenis Santos Pacheco el 8 de febrero de 2010.

2. Como consecuencia, solicitaron una indemnización por concepto de perjuicios morales, daño a la vida de relación y perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente².

¹ Folios 1-20 C. 1.

² Por tales perjuicios inmateriales deprecaron una suma equivalente a 1000 SMLMV para cada uno de los actores y por los perjuicios materiales se deprecó la suma que resultara probada en el proceso con aplicación de las fórmulas utilizadas reiteradamente por el Consejo de Estado.

3. Como fundamento fáctico de la demanda, se narró que el 8 de enero de 2010 la señora Orlenis Santos Pacheco ingresó al servicio de urgencias del Hospital de Malambo, Santa Marta, por presentar un embarazo de 39.6 semanas, ruptura de membranas y síntomas de preeclampsia, pero que debido a la complejidad de su cuadro clínico, fue remitida de forma inmediata a la clínica La Misericordia de Barranquilla, donde fue ingresada a observación.

4. Indicó que al día siguiente -9 de enero de 2010-, le fue practicada una cesárea y fue dada de alta un día después para ser atendida por consulta externa posterior; no obstante, al momento de acudir para que se le retirara la sutura -19 de enero-, presentaba un cuadro febril y dolor abdominal, por lo cual fue remitida al Hospital Santa María de Malambo y al día siguiente -20 de enero- fue enviada de nuevo a la Clínica La Misericordia, donde estuvo hospitalizada hasta el 23 de enero siguiente y fue dada de alta nuevamente, pero que el 4 de febrero de 2010, debió reingresar a la clínica La Misericordia ante su grave deterioro de salud.

5. El 5 de febrero le fueron practicados exámenes de ecografía y RX de tejidos blandos de pared abdominal, los cuales mostraron que la paciente tenía en su cuerpo un cuerpo extraño de densidad metálica no absorbible, el cual había sido olvidado durante la cesárea, motivo por el cual fue programada una intervención quirúrgica para el día siguiente, pero la paciente presentó una peritonitis y una sepsis generalizada, dado que el cuerpo extraño había perforado uno de sus intestinos, todo lo cual produjo su óbito el 8 de febrero de 2010.

La defensa

6. La clínica La Misericordia contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, para ese efecto señaló que no incurrió en ninguna “mala *praxis*” en la atención brindada a la señora Orlenis Santos Pacheco, dado que lo que fue hallado en el cuerpo de la paciente no fue un elemento metálico, sino un material que se denomina “*gealfoun*” el cual es utilizado en cirugías para generar hemostasia o contener hemorragias y que es absorbible por el organismo; además, según el informe de Medicina Legal, la causa de la muerte se debió a una peritonitis y septicemia, afecciones ajenas por completo a la cesárea practicada en esa institución y frente a las cuales se brindó la atención necesaria, motivo por el cual propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al tiempo que formuló la excepción de falta de jurisdicción dada la naturaleza privada de esa institución médica³.

7. A su turno, tanto el departamento del Atlántico -Secretaría de Salud Departamental- como el Ministerio de Protección Social se opusieron a las pretensiones de la demanda, para cuyo efecto propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que dentro de sus competencias no estaba la prestación directa de los servicios de salud⁴.

8. La compañía de seguros La Previsora S.A. -llamada en garantía por la clínica La Misericordia- manifestó que su asegurada no incurrió en ninguna falla del servicio

³ Folios 97 a 111 C. 1.

⁴ Folios 113 a 119 C. 1.

que le fuera imputable; subsidiariamente, propuso la excepción de límite de valor asegurado⁵.

9. Surtida la etapa probatoria, la parte demandante reiteró los argumentos planteados en la demanda en relación con una supuesta falla del servicio médico en que habría incurrido la clínica La Misericordia, dado que durante la cesárea que le fue practicada a la paciente dejaron un cuerpo extraño que posteriormente le perforó uno de sus intestinos, hecho que revelaba la falla del servicio médico⁶.

10. El Ministerio de Salud y el departamento del Atlántico reiteraron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva⁷, mientras que la clínica La Misericordia y la Previsora S.A. insistieron que se brindó la atención médica requerida por la paciente de forma idónea y oportuna⁸.

11. El Ministerio Público guardó silencio⁹.

La sentencia de primera instancia

12. Al resolver el conflicto, el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró probada la excepción de la caducidad de la acción, toda vez que el daño por cuya indemnización se demandó, esto es, la muerte de la señora Orlenis Santos Pacheco, acaeció el 8 de febrero de 2010, por manera que la demanda debía ser presentada a más tardar el 9 de febrero de 2012; sin embargo, cuando faltaban 6 días para el vencimiento de ese término, la parte actora formuló una solicitud de conciliación -3 de febrero de 2012-, la cual fue declarada fallida el 17 de abril de ese mismo año, por lo que el término de caducidad se extendió hasta el 23 de abril siguiente, pero como la demanda fue radicada el 2 de mayo de esa misma anualidad, la conclusión no podía ser otra sino que se demandó cuando el término legal ya había fenecido¹⁰.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Sustentación del recurso de apelación

13. En su apelación, la parte actora partió de afirmar que, habida cuenta de que uno de los demandantes era un menor de edad, debía aplicarse una excepción al término legal de la caducidad para proteger sus derechos fundamentales. Adicionalmente, manifestó que se desconoció el hecho de que la parte actora había formulado varias solicitudes a la clínica demandada respecto de la entrega de documentos para efectos de poder formular la demanda y que ante su renuencia se retrasó su interposición, por lo que se debía considerar dichas circunstancias y revocar el fallo apelado y acceder a las pretensiones¹¹.

⁵ Folios 827 a 840 C. 1.

⁶ Folios 841 a 848 C. 1.

⁷ Folios 849 a 851 y 818 a 826 C. 1.

⁸ Folios 852 a 856 C. 1.

⁹ Folios 276 a 279 C. 1.

¹⁰ Folios 860 a 864 C. Ppal.

¹¹ Folios 867 a 872 C. Ppal.

14. Al alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos planteados durante el trámite de la presente acción, mientras que el Ministerio Público guardó silencio¹².

III. CONSIDERACIONES

15. Sin que se observe causal de nulidad o vicio que impida dictar sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación.

Inoperancia del fuero de atracción en el presente caso

16. Conforme a la demanda, sus pretensiones y los hechos que la respaldan, la Sala estima que debe verificar si esta jurisdicción se encuentra habilitada para conocer de las referidas pretensiones, incluidas las formuladas en contra de Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia (donde se prestó la atención médica cuestionada). Para este efecto, partirá de precisar el alcance del fuero de atracción y su configuración en el *sub lite*, dado que es en virtud de tal institución que esta jurisdicción ha venido conociendo del caso.

17. En virtud del fuero de atracción¹³, esta jurisdicción tiene competencia para fallar las pretensiones formuladas frente a los sujetos de derecho privado cuando se les demande de manera conjunta con una entidad pública, siempre que los hechos en los que se sustenten las imputaciones formuladas en contra de la entidad y el particular sean los mismos¹⁴ y que tengan la misma fuente, puesto que se parte de la existencia, bien sea de un litisconsorcio necesario por pasiva¹⁵ o de una concausalidad¹⁶, en virtud de la cual los dos sujetos eventualmente contribuyeron con su conducta a generar el daño y, por ende, son responsables de los perjuicios causados¹⁷; de lo contrario, lo procedente será declarar probada la falta de jurisdicción frente al asunto de carácter particular, competencia que no se agota en el curso del trámite procesal, pues es un supuesto para dictar la sentencia.

18. De este modo, el fuero de atracción no se activa con la sola mención de que a la pasiva concurren sujetos de naturaleza pública; menos aún, de que se activa una

¹² Folio 924 C. Ppal.

¹³ “El factor de conexión implica que cuando se demanda a una entidad pública (...) en conjunto con otras entidades o **incluso con particulares** (...), por aplicación del ‘factor de conexión’, el juez de lo contencioso administrativo adquiere competencia para conocer del asunto (...).

Un buen ejemplo de aplicación del factor de conexión en la jurisdicción contenciosa administrativa es el llamado **fuero de atracción**. En virtud de dicha figura, al demandarse de forma concurrente a una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a esta jurisdicción y a otra entidad privada, cuya competencia le correspondería a la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera –Jurisdicción Contenciosa Administrativa–, la cual tiene competencia, entonces, para fallar acerca de la responsabilidad de las dos demandadas.

“Para que se pueda aplicar el fuero de atracción, se requiere de **un fundamento jurídico y fáctico sólido**” (se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 18 de junio de 2015, expediente 51.714, M.P. Hernán Andrade Rincón; además: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 1º de marzo de 2018, expediente 43.269, y del 28 de agosto de 2019, expediente 52603.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 1º de junio de 2020, expediente 25000-23-26-000-2010-00966-01(52337).

¹⁵ Esta Subsección, en sentencia del 20 de noviembre de 2020, precisó que tal supuesto no se configura cuando al Estado y al particular demandado se le imputan pretensiones de distinta naturaleza: extracontractual a las entidades y contractual al privado, razonamiento con fundamento en el cual se concluyó que en el caso analizado en esa oportunidad no resultaba aplicable el fuero de atracción y, por ende, lo procedente era declarar probada la excepción de falta de jurisdicción frente al asunto contractual de carácter particular. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 19 de mayo de 2005, radicado 25000-23-27-000-2002-90106-01.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del: i) 22 de marzo de 2017, expediente 38.958; ii) 11 de abril de 2019, expediente 45205; iii) 25 de julio de 2019, expediente 51.687; iv) 28 de agosto de 2019, expediente 52.603; v) 12 de diciembre del 2019, expediente 45.978, M.P. María Adriana Marín.

¹⁷ El criterio del fuero de atracción ha sido establecido de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Entre las providencias en las que inicialmente se delimitó su alcance y se analizó la concausalidad se encuentran las proferidas el 10 de septiembre de 1993, el 12 y el 28 de octubre de 1993, expedientes 8549, 8148 y 8043, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta y Carlos Betancur Jaramillo

determinada acción judicial de las consagradas en la ley procesal contencioso administrativa, pues se requiere que el juez determine la naturaleza y la fuente de la responsabilidad imputada a cada sujeto, de manera tal que se evite alterar por solicitud de parte, las reglas, objeto y principios que gobiernan y definen las pautas de asignación de los asuntos entre las diferentes jurisdicciones, consagradas en normas de orden público, no derogables por voluntad de las partes y, por lo mismo, de obligatorio acatamiento.

19. En suma, en virtud de la garantía del juez natural y del derecho a que un asunto sea definido de acuerdo con la normativa procesal y sustantiva previamente definida por el legislador, así como del carácter de orden público de las normas que rigen la jurisdicción, la aplicación del fuero de atracción debe ser estricta y excepcional, en tanto la modificación de la competencia de las autoridades facultadas para conocer de una controversia no pueden quedar al arbitrio de las partes, máxime cuando cada una de las jurisdicciones conocen de acciones, pretensiones y procesos soportados en la especialidad y la naturaleza sustantiva fijada por el legislador a partir de concretos y precisos mandatos constitucionales.

20. Con este derrotero, y atendiendo a las particularidades del caso que concita la atención de la Sala, se debe determinar si en el *sub lite* están presentes los supuestos para conocer de las pretensiones formuladas en contra de Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia en conjunción con las que se imputa a los sujetos de derecho público, a la luz de las acusaciones que en su contra se introdujeron en la demanda.

21. De la lectura del libelo introductorio, los hechos y pretensiones formuladas en contra de la clínica antes referida, tienen como fuente una falla en la atención médica de la señora Orlenis Santos Pacheco, habida cuenta que el 9 de enero de 2010 le fue practicada una cesárea en la clínica la Misericordia, donde supuestamente le habrían dejado un objeto metálico en su vientre que produjo una perforación de sus vísceras y posteriormente su óbito por debido a una sepsis generalizada. Al respecto, en la demanda se manifestó lo siguiente:

“Hubo falla en la prestación del servicio médico prestado a Orlenis Santos Pacheco en la IPS Diamac Medic & Cía. S. en C. Clínica La Misericordia – Secretaría de Salud departamental del Atlántico, tanto en la intervención quirúrgica de cesárea como en el diagnóstico y tratamiento aplicado por el doctor Eduardo Flórez Larrota, por el olvido del cuerpo extraño metálico en la cavidad abdominal de la paciente durante la aludida intervención quirúrgica y causar una lesión en el yeyuno de la misma u órgano diferente al comprometido en cirugía, no ordenar de manera oportuna la práctica de los estudios ecográficos necesarios y no brindar un tratamiento adecuado.

“(…).

La indemnización de perjuicios debe correr a cargo de la Nación – Ministerio de protección Social - Secretaría de Salud departamental del Atlántico y la IPS Diamac Medic & Cía. S. En C. Clínica La Misericordia, en el ámbito del servicio público de la seguridad social dada la concurrencia de fallas médico quirúrgicas, y errores en la práctica de procedimientos de ginecoobstetricia consistentes en la inobservancia del deber de cuidado debido en la realización de cirugías por el olvido de materiales en el interior del paciente, quebrantándose con ello una obligación que está a cargo del Estado desprendida del artículo 365 de la Constitución Nacional, en la medida en que se asigna al Estado la prestación de los servicios públicos y mantener la regulación, el control y vigilancia de los mismos”.

22. De la lectura de las imputaciones realizadas en la demanda, se infiere que la fuente de la responsabilidad imputada deviene de la mala praxis en la cirugía de cesárea practicada a la señora Orlenis Santos Pacheco, mientras que la responsabilidad de las personas jurídicas del derecho público deviene de una supuesta omisión en la vigilancia de la prestación del servicio público de salud.

23. Así, si bien en las pretensiones de la demanda se hace referencia a la supuesta omisión de vigilancia sobre la prestación de los servicios de salud por parte de los entes públicos, lo cierto es que la causa petendi gravita sobre el cuestionamiento que se hace al haber dejado un objeto metálico en la cavidad abdominal de la paciente, asunto que no guardan ninguna relación de conexidad con el primer indicado.

24. Consecuente con esto último, la actividad probatoria se dirigió a acreditar la falla médica en que incurrió la clínica La Misericordia, sin que interesara a los actores acreditar una acción o omisión a cargo de los entes públicos demandados o del cual se pudiera inferir su incidencia en la muerte de la paciente, por manera que ambas acusaciones carecen de conexión, revelando que la vinculación procesal deviene de una afirmación genérica, carente de contenido específico.

25. Ahora, si bien está en cabeza del Estado garantizar la prestación del servicio de salud, esto no significa que siempre que los prestadores causen un daño con motivo del acto médico se comprometa la responsabilidad del Estado, pues, para ello, es necesario fijar una conexión directa e inmediata entre el obrar del particular y la omisión del Estado, aspecto que va más allá de su enunciado, pues debe estar acompañado de la premisa fáctica y jurídica que así lo acredite, so pena de revelar una completa desconexión entre ambas acusaciones como sucede en el presente caso.

26. Por lo tanto, en atención a que de la lectura integral de la demanda se puede determinar con claridad que la, causa petendi, gravita sobre las supuestas fallas en que incurrió Dismac Meidc & cía. S. en C. clínica La Misericordia, se concluye que es competencia de la jurisdicción ordinaria asumir el conocimiento de los hechos que aquí se discuten, al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: *“Sin perjuicio de la competencia que se asigne a los jueces de familia, los jueces de circuito conocen en primera instancia de los siguientes procesos: 1. De los procesos contenciosos que sean de mayor cuantía, salvo los que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

27. En ese orden de ideas, y ante la falta de conexión o concurrencia de una misma fuente que permita activar el fuero de atracción, y ante la presencia de normas de orden público que no son derogables, la Sala declarará la falta de jurisdicción¹⁸ para conocer de la responsabilidad reclamada por la parte actora en contra de Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia.

¹⁸ En este punto se reitera el criterio adoptado recientemente por la Subsección: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de noviembre de 2020, expediente 50.433, M.P.

28. En cuanto a los efectos de tal determinación, en virtud del numeral 1 del artículo 140 del C.P.C., se genera nulidad *“cuando el proceso corresponda a distinta jurisdicción (...)”* y, de conformidad con el artículo 146 ejusdem, *“La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla. El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse, y condenará en costa a la parte que dio lugar a ella”*.

29. En suma, la falta de jurisdicción no afecta el trámite surtido, pero sí la validez del fallo dictado en el respectivo proceso, razón por la cual la Sala anulará la sentencia dictada el 19 de enero de 2018 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en lo relacionado con las decisiones adoptadas frente a Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia, dado que su responsabilidad está llamada a ser definida por la jurisdicción ordinaria de conformidad con las normas del Código Civil. En ese sentido, las diligencias se remitirán a los Jueces Civiles del Circuito de Barranquilla *–reparto–*, de conformidad con lo previsto en los artículos 16 y 23 del C.P.C

30. Finalmente, se advierte que, a fin de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, para los efectos de la caducidad o prescripción, se deberá tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 2 de mayo de 2012, ello en concordancia con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 143 del CCA¹⁹.

De la caducidad respecto de las pretensiones contra las entidades públicas demandadas

31. Precisado lo anterior, la sala aborda el estudio de las pretensiones por las que se ha llamado a responder a las entidades pública ya referidas.

32. La institución de la caducidad de la acción judicial establece un límite temporal o plazo perentorio de orden público para su ejercicio. La caducidad, como fenómeno procesal, no admite renuncia ni suspensión del término -salvo cuando se presenta solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, suspensión que, en todo caso, debe atenderse según los parámetros fijados en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001-, el cual transcurre de manera inexorable, y debe ser declarada por el juez oficiosamente cuando se configure.

33. Al tenor de lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los 2 años siguientes al acaecimiento del hecho, la omisión, la operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por trabajos públicos o por cualquier otra causa.

34. En el presente asunto, como la parte demandante solicitó una indemnización de perjuicios por la muerte de la señora Orlenis Santos Pacheco ocurrida el 8 de

¹⁹ Inciso 3 del artículo 144 del CCA: *“(...) En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”*.

febrero de 2010, no hay duda de que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe iniciar su cómputo desde ese momento.

35. De modo que, en principio, la parte actora tenía hasta el 9 de febrero de 2012 para instaurar la demanda, pero cuando restaban 7 días para finalizar ese término, la parte actora presentó una solicitud de conciliación prejudicial el 3 de febrero de ese mismo año, la cual fue declarada fallida el 17 de abril de 2012²⁰, por lo cual el término se extendió hasta el 24 de abril de ese mismo año; sin embargo, la demanda se formuló el 2 de mayo siguiente, por lo cual se impone concluir que la demanda se presentó cuando el término legal se hallaba fenecido, tal como lo concluyó el *a quo*.

36. Ahora bien, se advierte que en el recurso de alzada se manifestó, por un lado, que la parte actora había presentado varias solicitudes a la clínica La Misericordia para obtener el suministro de información sin que -dicho sea de paso- hubiera aportado ningún elemento de convicción que acompañe esa última afirmación. En todo caso, debe precisarse que la circunstancia alegada por la parte actora no tendría la virtualidad de alterar el conteo del término de la caducidad, toda vez que, de acuerdo con el artículo 136 del CCA la acción de reparación directa debe formularse dentro de los dos años siguientes al daño o al conocimiento de éste por los afectados.

37. Y, si bien no se demostró que los demandantes hubieran necesitado de algún certificado, documento o incluso, la historia clínica de la paciente para efectos de poder acudir ante la jurisdicción para formular la presente acción de reparación directa, lo cierto es que hubiera bastado con formular dicha solicitud probatoria en la demanda como prueba documental a través de oficio.

38. Así las cosas, el cómputo de la caducidad de la acción debe iniciar desde la fecha de la muerte de la señora Santos Pacheco, momento desde el cual la parte actora estaba en condiciones de acudir a la administración de justicia, sin que se hubiera acreditado ninguna excepción para empezar el cómputo de la caducidad desde otra fecha, puesto que la parte demandante ya era consciente de la existencia del referido daño alegado, lo que ocurrió el 8 de febrero de 2010, cuando la referida señora falleció.

39. Finalmente, en relación con el argumento respecto del cual por encontrarse un menor como demandante debía aplicarse la excepción del término legal, la Sala advierte que de acuerdo con la jurisprudencia unificada de la Sección²¹ respecto del término de caducidad, el término de caducidad de la pretensión de reparación directa no resulta exigible en los eventos en los que se afectan de manera ostensible los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia²², por la

²⁰ El artículo 21 de la Ley 640 del 2001, prevé: *"La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en los que éste trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable"*. Acta obrante a folios 13 a 15 del cuaderno 1.

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2020, Exp. 61.033. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²² *"Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado"*.

configuración de circunstancias que obstaculizan materialmente el ejercicio del derecho de acción y, por ende, impiden agotar las actuaciones necesarias para la presentación de la demanda, dentro de las cuales se encuentra la constitución de apoderado. En ese sentido, el juez de lo contencioso administrativo debe, excepcionalmente, inaplicar el término de caducidad de la pretensión de reparación directa cuando advierta que la no comparecencia ante la administración de justicia se encuentra justificada por razones materiales, pues el paso del tiempo no puede empezar a correr contra quien no goza del acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual, se insiste, depende de las circunstancias especiales de cada sujeto, por manera que en tales condiciones acreditadas en el proceso, el plazo para demandar no se computará mientras subsistan dichas situaciones especiales y, una vez superadas, empezará a correr el término de ley.

40. Ahora, si bien el constituyente estableció la excepción de inconstitucionalidad para efectos de inaplicar cualquier disposición legal para dar prevalencia a los mandatos constitucionales y resolver el asunto con referencia a estos, en el caso que se analiza no se advierte tal vulneración como consecuencia de la exigencia que se impone por vía general para imponer un término de tiempo para activar el aparato jurisdiccional so pena de que se configure la caducidad de la acción. Ciertamente, la sola circunstancia de que dentro de los demandantes se encuentre como actor un menor de edad, no constituye un criterio que permita por sí solo inferir que se impida el acceso a la administración de justicia, habida cuenta que el menor Ronald Caballero Santos (hijo de la víctima directa) estuvo representado por su padre, el señor Ronald Jhon Caballero Carrillo, quien otorgó un mandato judicial y, en tal virtud, se interpuso la presente demanda luego de haber vencido el término legal, sin que se hubiera acreditado adicionalmente ninguna circunstancia excepcional que hubiera impedido a los actores, incluyendo el referido menor de edad, acudir a la administración de justicia.

41. En las condiciones descritas, la Subsección confirmará la sentencia apelada, en cuanto declaró probada la excepción de caducidad.

Costas

42. Como no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas (artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de jurisdicción en relación con las pretensiones formuladas en el *sub lite* por la parte actora frente a Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia.

Radicación:
Actor:
Demandado:
Referencia:

080012331000201200360 00 (61.475)
Félix Miguel Santos Pérez y otros
Ministerio de Protección Social y otros
Reparación directa

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la sentencia dictada el 19 de enero de 2018 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en lo relacionado con las pretensiones formuladas por la parte actora en contra de Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia.

TERCERO: REMITIR las diligencias a los **JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA** -reparto-, por ser los competentes para conocerlas, a quienes se les **ENVIARÁ**, a través de la Secretaría de la Sección Tercera, copia digital íntegra del expediente de la referencia.

CUARTO: SEÑALAR que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, 2 de mayo de 2012.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la parte resolutive de la sentencia proferida el 19 de enero de 2018, en cuanto declaró la caducidad de la acción.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Salva voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A

Expediente: 08001-23-31-000-2012-00360 01 (61475)
Demandante: Félix Miguel Santos Pérez y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y otros
Referencia: Reparación directa
Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

1.1. Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, manifiesto que si bien comparto la decisión frente a la caducidad de la acción, no acompaño la determinación de declarar la nulidad de la sentencia *“dictada el 19 de enero de 2018 por el Tribunal Administrativo del Atlántica, en lo relacionado con las pretensiones formuladas por la parte actora en contra de Dismac Medic & Cía. S. en C. clínica La Misericordia”*, por falta de jurisdicción.

1.2. Para adoptar esta última determinación, la Subsección A estimó que en el presente asunto no operaba el fuero de atracción, pues *“si bien en las pretensiones de la demanda se hace referencia a la supuesta omisión de vigilancia sobre la prestación de los servicios de salud por parte de los entes públicos, lo cierto es que la causa petendi gravita sobre el cuestionamiento que se le hace [a la Clínica La Misericordia -entidad de naturaleza privada-] por haber dejado un objeto metálico en la cavidad abdominal de la paciente, asuntos que no guardan ninguna relación de conexidad con el primer indicado”*.

1.3. En sentencia del 29 de agosto de 2007¹, la Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resultaba procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, se pudiera inferir que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la *litis* resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15526 y recientemente en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 38958, sentencia del 22 de marzo de 2017.

Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo a adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones deprecadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, inclusive, en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la *litis* determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.

Luego, en sentencia de 30 de septiembre de 2007², la Sección precisó que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute un daño contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que esta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público accionado.

En providencia del 1 de octubre de 2008³, la Sección reiteró que, cuando se formula una demanda, de manera concurrente, contra una entidad estatal y contra un sujeto de derecho privado, por un asunto que en principio debería ser decidido ante la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante esta jurisdicción, que adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

Tales reglas jurisprudenciales fueron incluidas en los artículos 140 y 165 de la Ley 1437 de 2011, así:

Artículo 140. Reparación directa. (...) En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño (...).

Artículo 165. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

(...) Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

De todo lo anterior se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 15635.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 2005-02076-01(AG).

de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo.

Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, que conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida. Se resalta, además, que para que opere el fuero de atracción es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos.

1.4. En el caso bajo estudio, se demandó con el fin de que se declarara a la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, departamento del Atlántico-Secretaría Departamental de Salud por la muerte de la paciente, pues, en criterio de los demandantes, incurrieron en una omisión de vigilancia sobre la prestación de los servicios de salud. Significa que contra estas entidades públicas se efectuó una imputación fáctica y jurídica concreta y, si bien, resulta ser diferente a la responsabilidad atribuida a la clínica privada, a quien se demandó por una mala praxis en la cirugía de cesárea practicada a la señora Orlenis Santos Pacheco, lo cierto es que para los actores esta omisión también determinó la muerte de la paciente, de ahí que esta jurisdicción se encuentre habilitada para conocer ambas atribuciones.

Lo anterior, permite concluir que los hechos por los cuales los actores demandaron a las entidades públicas y a la IPS privada tienen un mismo origen, esto es, la muerte de la paciente, y si bien se trató de imputaciones diferentes, las circunstancias particulares del caso y la forma como se planteó la demanda evidencian que lo que se pretende es la reparación de los perjuicios derivados de un mismo daño, planteamiento que debe ser resuelto en un mismo proceso, en virtud del fuero de atracción.

Es decir que los demandantes, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, imputaron un daño contra varios sujetos, dos de los cuales debían ser juzgados por esta jurisdicción y, por tanto, era posible asumir la competencia frente a las pretensiones dirigidas en contra de Dismac Medic & Cía. S. en C. Clínica La Misericordia, al margen de que la sentencia finalmente absolviera a las autoridades estatales.

Una interpretación en tal sentido garantiza, a mi juicio, no solo el principio de economía procesal, por cuanto ahorra al demandante y a la Rama Judicial un doble proceso para pretender la misma reparación ante dos jurisdicciones, sino que también protege el patrimonio público y evita un enriquecimiento sin causa, el cual podría producirse en el evento de que el afectado obtenga sentencia que en ambas jurisdicciones ordene la indemnización de los perjuicios que sufrió.

En los términos anteriores, dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Firmado electrónicamente

MARIA ADRIANA MARÍN

Consejera de Estado