

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Modifica fallo

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Por falla en el servicio médico asistencial / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO POR ERROR DE DIAGNÓSTICO / DAÑO POR DEMORA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Inexistente

SÍNTESIS DEL CASO: El señor Fabio Hernando Valderrama Hernández se encontraba afiliado al sistema de salud del magisterio y consultó los primeros días de abril de 2008 en la IPS Emcosalud porque presentaba síntomas de inflamación en el estómago e intolerancia a algunos alimentos, motivo por el cual se le diagnosticó inflamación del colon. Ante la persistencia de sus síntomas, se dirigió a la clínica Ibanasca, prestadora del servicio de salud a Emcosalud, lugar en el que se le valoró y fue hospitalizado; sin embargo, ante la demora en la práctica de los exámenes ordenados y el error en el diagnóstico, la enfermedad del paciente progresó hasta el punto de causar su muerte.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Resuelve recursos de apelación contra sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En razón a la cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto citado en referencia, toda vez que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No operó. La demanda se presentó de forma oportuna

En el presente caso, la demanda se originó en los perjuicios que habrían sufrido los accionantes como consecuencia de la mala praxis al no emplear los medios ordinarios y actuar con impericia, negligencia e imprudencia en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad padecida por el señor Fabio Hernando Valderrama Hernández, que tuvo como resultado su muerte el 26 de abril de 2008. El apoderado de los actores presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 163 Judicial Administrativa de Ibagué, el 17 de febrero de 2010, la cual se celebró el 18 de marzo de ese mismo año y la demanda fue presentada el 20 de abril de 2010; por lo que se hizo dentro del término previsto, de conformidad con lo normado en el ordinal 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136.8

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO - Surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL - Es necesaria para obtener una decisión favorable frente a los intereses dentro del proceso

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria

para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA MATERIAL DE COMPAÑERA PERMANENTE - No acreditada

En cuanto a la legitimación material, la Sala estima que, de conformidad con las pruebas que reposa en el expediente, se encuentran legitimados para actuar Fabio Hernando, Daniel Felipe y María Jimena Valderrama Ríos, en su calidad de hijos del señor Fabio Hernando Valderrama Hernández y, para acreditar su condición, allegaron la copia auténtica de los registros civiles de nacimiento. En relación con la señora Eulalia Ríos Buriticá, de quien se dijo acudía en su condición de compañera permanente del señor Fabio Hernando Valderrama Hernández, para lo cual allegó una declaración extra juicio; sin embargo, esta no fue ratificada, con la citación de la parte contraria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil y, por lo mismo, no cuenta con eficacia probatoria; además, no se allegó otra prueba que permita acreditar la calidad que dijo tener o incluso como tercera damnificada; por tanto, se modificará la legitimación en la causa por activa reconocida por el Tribunal.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE HECHO - Procedencia

Por su parte, a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A., el Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A. – Clínica Ibanasca y la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud se les ha endilgado responsabilidad por la mala praxis al no emplear los medios ordinarios y actuar con impericia, negligencia e imprudencia en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad padecida por el señor Fabio Hernando Valderrama Hernández, que tuvo como resultado su muerte el 26 de abril de 2008. En ese sentido, se observa que respecto de estas se ha efectuado una imputación fáctica y jurídica concreta y por tanto, les asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho. La legitimación material se analizará al examinar el fondo de la controversia.

FUERO DE ATRACCIÓN - Procedencia / EVENTOS EN LOS QUE PROCEDE EL FUERO DE ATRACCIÓN - Pronunciamiento jurisprudencial

[L]a Sala de Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse 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. Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso 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. En sentencia de 30 de septiembre de 2007, 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 acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin

que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público. **NOTA DE RELATORÍA:** Respecto a los eventos en los cuales procede el fuero de atracción, consultar sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15526, y sentencia del 30 de septiembre de 2007, exp. 15635.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA - Régimen de imputación aplicable / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Elementos que la configuran / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO - Revisado actualmente bajo el régimen de falla probada del servicio

Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados como consecuencia de las actividades médico-sanitarias, la Subsección ha afirmado que, en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, como causa del daño reclamado, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. (...) En este punto conviene recordar que, por un tiempo, aceptó la jurisprudencia Contencioso Administrativa que el título de imputación jurídica en torno a los eventos en los que se debatía la responsabilidad médica fuese el de la “falla presunta”, según la cual la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración. Pese a lo anterior, se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada, por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación (...). **NOTA DE RELATORÍA:** Respecto a la responsabilidad del Estado por falla médica, consultar sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 27434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19101, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL CENTRO INTEGRAL MÉDICO QUIRÚRGICO DEL TOLIMA SION S.A. - Inexistente. No se demostraron los elementos constitutivos de falla probada del servicio / FALLA PROBADA DEL SERVICIO - No procede su reconocimiento al no acreditarse la falla y el nexo causal

La Sala pudo advertir que la demora en la atención brindada, especialmente respecto de la revisión por parte de un especialista en gastroenterología, quien a su vez debía ordenar los exámenes pertinentes para efectos de un diagnóstico y posible remisión del paciente a un centro asistencial de nivel superior de atención, no le es imputable al personal de la Clínica Ibanasca, por cuanto esta revisión se encontraba a cargo de la red médica de Emcosalud, de acuerdo con lo establecido en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes. (...) Adicionalmente, la Sala quiere resaltar que la impresión diagnóstica de cáncer fue advertida por los médicos especialistas que, se insiste, pertenecían a la red médica de Emcosalud; además, se hace necesario indicar que se trató de una impresión diagnóstica, es decir, que no tenía por objeto determinar el diagnóstico concreto y definitivo, sino que es un medio para encauzar las pruebas diagnósticas posteriores, a realizar por el correspondiente especialista, con el objetivo de llegar a un diagnóstico definitivo, que podía confirmarse o ser distinto a la impresión diagnóstica. (...) Además, no se allegó un dictamen pericial o testimonios rendidos por especialistas en el tema, que indicaran que el lapso

transcurrido entre la orden de los exámenes por parte de los médicos especialistas y la práctica o remisión por parte de la Clínica Ibanasca, para que estos fueran realizados en otra institución, causara la complicación de la enfermedad o la muerte del señor Valderrama Hernández. Ante la ausencia de una prueba que contradiga que la Clínica Ibanasca no cumplió con sus obligaciones, de conformidad con lo establecido en el contrato de prestación de servicios suscritos con Emcosalud, para la Sala, la parte actora no acreditó la falla en la cual dijo que incurrió la Clínica Ibanasca, hoy Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., ni el nexo causal que permita concluir que, de haberse realizado los exámenes y procedimientos ordenados en lapsos más cortos, se habría podido detectar a tiempo la enfermedad y evitar la muerte del paciente.

ARANCEL JUDICIAL - Pronunciamiento oficioso / ARANCEL JUDICIAL - La norma que lo reguló no estaba vigente a la fecha de presentación de demanda / ARANCEL JUDICIAL - Improcedente. El proceso no se encontraba incluido dentro del supuesto legal

La Sala se pronunciará de manera oficiosa frente a esta situación y revocará la sentencia en lo relacionado con el arancel judicial, porque la Ley 1394 de 2010 no resultaba aplicable al presente asunto, dado que, de un lado, entró en vigencia con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y, del otro, el proceso de la referencia no se encuentra dentro los hechos generadores definidos por el artículo 3 ejusdem, contrario sensu, se advierte que corresponde a los excluidos expresamente por el artículo 4 de la norma en mención, que dispone que “no podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter (...) declarativo, ni en los conflictos de la seguridad social, así como tampoco procederá en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales” (se resalta). Adicionalmente, no sobra mencionar que el pago del arancel judicial impuesto por el Tribunal Administrativo del Tolima se efectuó cuando la Ley 1394 de 2010 se encontraba vigente; sin embargo, en el tiempo transcurrido entre la fecha en que se expidió la sentencia apelada y la presente providencia, aquella fue derogada por la Ley 1653 de 2013, norma que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-169 de 2014. La anterior precisión, con el objeto de señalar que aun si el Tribunal Administrativo a quo hubiere acertado al imponer a los demandantes el pago del arancel judicial, sería del caso revocar la decisión proferida en tal sentido, en la medida en que la fuente legal actualmente carece de soporte jurídico, pues desapareció del ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: LEY 1394 DE 2010 - ARTÍCULO 3 / LEY 1394 DE 2010 - ARTÍCULO 4 / LEY 1653 DE 2013

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE - No fue objeto de apelación. Se actualiza condena de primera instancia

Teniendo en cuenta que este punto no fue objeto de cuestionamiento alguno por las partes, la Sala se limitará a actualizar el rubro por lucro cesante concedido, sin que ello implique en modo alguno la afectación de la garantía de la no reformatio in pejus.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00241-01(45205)

Actor: EULALIA RÍOS BURITICÁ Y OTROS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

*Temas: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** - Falla del servicio médico asistencial / **FALLA PROBADA DEL SERVICIO** - Régimen de responsabilidad aplicable a las entidades públicas. Inexistente al no acreditarse la falla ni el nexo causal / **FUERO DE ATRACCIÓN** – Esta jurisdicción tiene competencia aun cuando al momento del análisis probatorio se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos.*

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., Clínica Ibanasca, contra la sentencia del 26 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“PRIMERO: declarar no probada la falta de legitimación por pasiva. Formulada por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora.

“SEGUNDO: declarar solidariamente responsables por la falla en la prestación del servicio médico asistencial al señor Fabio Hernando Valderrama Hernández (Q.P.D.), a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD, Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., Clínica Ibanasca.

“TERCERO: condenar a pagar solidariamente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,

Unión Temporal EMCOSALUD Huila, conformada por la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD y Sociedad Clínica EMCOSALUD S.A., Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., Clínica Ibanasca a favor de Fabio Hernando, Daniel Felipe y María Jimena Valderrama Ríos, en su calidad de hijos, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales vigentes, para cada uno, y a favor de la señora Eulalia Ríos Buriticá, en su calidad de compañera permanente, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales vigentes por concepto de perjuicios morales.

“CUARTO: condenar a pagar solidariamente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Unión Temporal EMCOSALUD Huila, conformada por la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD y Sociedad Clínica EMCOSALUD S.A., Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., Clínica Ibanasca, por perjuicios de orden material, a título de indemnización por lucro cesante, y a favor de Eulalia Ríos Buriticá: \$117'767.657, a favor de María Jimena Valderrama Ríos: \$71'157.490; a favor de Fabio Hernando Valderrama Ríos: \$22'843.542; a favor de Daniel Felipe Valderrama Ríos: \$33'853.530, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

“QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

“SEXTO: ORDENAR el pago del arancel judicial, a cargo del demandante, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en cuantía del 2% de valor de la presente condena, pago del arancel que deberá ajustarse por la parte demandante a la fecha en que se efectúe el pago efectivo de la condena, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, 7, y 8 de la Ley 1394 de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia”.

I.- SÍNTESIS DEL CASO

El señor Fabio Hernando Valderrama Hernández se encontraba afiliado al sistema de salud del magisterio y consultó los primeros días de abril de 2008 en la IPS Emcosalud porque presentaba síntomas de inflamación en el estómago e intolerancia a algunos alimentos, motivo por el cual se le diagnosticó inflamación del colon. Ante la persistencia de sus síntomas, se dirigió a la clínica Ibanasca, prestadora del servicio de salud a Emcosalud, lugar en el que se le valoró y fue hospitalizado; sin embargo, ante la demora en la práctica de los exámenes ordenados y el error en el diagnóstico, la enfermedad del paciente progresó hasta el punto de causar su muerte.

II.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

En escrito presentado el 20 de abril de 2010¹, la señora Eulalia Ríos Buriticá, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Fabio Hernando, Daniel Felipe y María Jimena Valderrama Ríos, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A., el Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A. – Clínica Ibanasca y la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud, con el fin de que se les declare administrativamente responsables por la muerte del señor Fabio Hernando Valderrama Hernández.

Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicio moral, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno; por concepto de perjuicios materiales, la suma de \$350'000.000 para los actores y, por lo que denominaron “*daño a la vida de relación*”, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

2.- Fundamentos fácticos de la demanda

Se narró que el señor Fabio Hernando Valderrama Hernández consultó en Emcosalud desde el 2008, en la Clínica Ibanasca, lugar en el que se determinó que los síntomas que presentaba de inflamación en el estómago e intolerancia a algunos alimentos eran producto de la inflamación del colon, razón por la cual se le formuló ciprofloxacina y betametasona cloruro.

Manifestó la parte actora que los síntomas persistieron, motivo por el cual ingresó nuevamente por urgencias de la Clínica Ibanasca, prestadora del servicio de salud a Emcosalud, en la que fue diagnosticado y remitido a su casa con tratamiento para hepatitis A.

¹ De conformidad con el sello de recibido de la oficina judicial obrante a folio 158 del cuaderno principal.

Afirmó que, ante la persistencia de los síntomas, fue hospitalizado en la Clínica Ibanasca y remitido a observación por deshidratación; además, para tomarle muestras para exámenes de laboratorio.

El paciente fue trasladado a una habitación con órdenes de practicarle varios exámenes que arrojaron como resultado un cálculo en el colédoco que le hacía obstrucción, motivo por el cual fue remitido con gastroenterología y al cirujano para programar el tratamiento; sin embargo, esta atención se demoró porque el especialista estaba ocupado y porque le estaban realizando exámenes de diagnóstico de alta complejidad.

Afirmaron que con esas demoras se pudo ver la desidia y omisión en la atención de las entidades, porque no solo se dejaron de practicar valoraciones médicas especializadas de manera oportuna, sino que se le negó a la familia la posibilidad de adelantar trámites propios en búsqueda de acceder a los servicios médicos requeridos por el señor Valderrama Hernández.

Al paciente se le ordenó la práctica de una colangio retrógrada ante la posibilidad de que se tratara de un cáncer de hígado; sin embargo, esta solo se realizó cuatro días después y con los resultados se ordenó un nuevo examen que debía practicarse en Bogotá, porque en Ibagué no había los recursos; pero uno de los médicos ordenó su regreso inmediato, a pesar de que la familia planteó la posibilidad de remitirlo para continuar allí su tratamiento.

Manifestaron que uno de los médicos diagnosticó el cáncer de hígado y ordenó la remisión del paciente al Instituto Nacional de Cancerología, lugar en el que se determinó que no padecía cáncer sino una colangitis, por lo que se procedió a la cirugía, en la cual se encontró una infección muy grande y encapsulada que se complicó, lo que finalmente le causó la muerte.

Sostuvieron que, de haber intervenido oportunamente en Ibagué al señor Valderrama Hernández, se hubiera evitado la peritonitis con la sepsis derivada de la misma; sin embargo, no solo no se le realizó cirugía, sino que, por la impericia al realizarle una colangiografía endoscópica retrógrada, le causaron un daño adicional, como fue la perforación de la vía biliar, que sumado a su patología de cálculos e infección, condujo al desenlace fatal.

3.- Trámite procesal

La demanda se admitió por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto del 28 de julio de 2010², decisión que se notificó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A., el Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A. – Clínica Ibanasca, la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud y al Ministerio Público en debida forma³.

4.- La contestación de la demanda

El apoderado del **Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A.**, anteriormente Clínica Ibanasca, oportunamente, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que, en virtud del contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre la entidad y la Cooperativa de Servicios de Salud S.A. Emcosalud, la clínica cumplió con las obligaciones en él establecidas.

Agregó que lo anterior tenía respaldo en las notas de enfermería consignadas en la historia clínica del paciente, en las cuales, de manera detallada, se describieron las instrucciones del médico especialista o tratante.

Como pruebas, solicitó tener el certificado suscrito por el revisor fiscal del Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., anteriormente Clínica Ibanasca, según el cual, ninguno de los médicos especialistas que allí aparecen perteneció a la nómina de personal de la entidad.

Finalmente, solicitó oficiar a la E.P.S. Emcosalud para que presentara el cuadro de especialistas que para la fecha y bajo la autorización de esa empresa estaba autorizado para trabajar en las instalaciones de la I.P.S. Clínica Ibanasca⁴.

La apoderada de la **Fiduciaria La Previsora S.A.** contestó oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones, dado que se trataba de una entidad de servicios financieros cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por

² Fls. 166 y 167 del cuaderno principal.

³ Fls. 167 vto., 170 a 194 del cuaderno principal.

⁴ Fls. 212 a 217 del cuaderno principal.

tanto, no prestaba servicios médicos, los cuales recaían en cabeza de la Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud⁵.

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, a través de su apoderada, se opuso a la totalidad de las pretensiones e indicó que el Fondo tenía como objetivo garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, mediante la contratación con entidades de acuerdo con las disposiciones de la Ley 91 de 1989.

Además, sostuvo que, por tratarse de una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, carecía de legitimación en la causa por pasiva para actuar y la responsabilidad, en este tipo de demandas, recaía exclusivamente en cabeza del contratista Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud⁶.

A pesar de que **Emcosalud** fue debidamente notificado, no contestó la demanda.

5.- La etapa probatoria y los alegatos de conclusión

A través de providencia del 28 de febrero de 2011⁷, el tribunal *a quo* decretó las pruebas solicitadas y, una vez vencido el período probatorio, por auto del 20 de febrero de 2012⁸, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo, oportunidad en la que el apoderado del Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., antes Clínica Ibanasca, se pronunció para reiterar los argumentos expuestos a lo largo del proceso y sostener que la entidad que representaba, como I.P.S., tenía unas obligaciones que se encontraban contenidas en el contrato de prestación de servicios de salud celebrado con Emcosalud.

Como consecuencia, indicó que la entidad cumplió con cada una de las cláusulas contenidas en dicho documento; además, reiteró que los médicos especialistas que atendieron al señor Valderrama Hernández fueron suministrados por Emcosalud, de acuerdo con el contrato y las notas de enfermería consignadas en la historia clínica.

⁵ Fls. 223 a 233 del cuaderno principal.

⁶ Fls. 238 a 247 del cuaderno principal.

⁷ Fls. 255 a 257 del cuaderno principal.

⁸ Fl. 290 del cuaderno principal.

Sostuvo que allegó al proceso constancia suscrita por el revisor fiscal de la entidad a la que representa, en la cual se advierte que los médicos que atendieron al paciente no laboraron con la Clínica Ibanasca y que, de acuerdo con la cláusula décimo novena del contrato de prestación de servicios de salud, este no constituye vínculo de trabajo entre el contratista (Clínica Ibanasca) y el contratante (Emcosalud), por tanto, para la fecha de los hechos, todos hacían parte de Emcosalud⁹.

El apoderado de la parte actora indicó que dentro del proceso no se advirtió una justificación de la actuación de las entidades demandadas que causó la muerte del señor Valderrama Hernández.

Reiteró que las entidades actuaron de manera inoportuna, negligente y con impericia, lo que estructuró la falla en la prestación del servicio por parte de las demandadas, así como la relación causal entre la muerte del señor Valderrama Hernández y las omisiones en las cuales incurrieron las entidades.

Las demás entidades y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

6. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 26 de abril de 2012, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que habían sido probados los elementos de la responsabilidad del Estado.

El Tribunal Administrativo de primera instancia señaló que, de la valoración conjunta de las pruebas aportadas al proceso, en especial de la historia clínica, existió una falla en el servicio médico que se advirtió en la demora en la remisión del paciente para efectos de realizar el tratamiento quirúrgico, que, si bien fue realizado, no se hizo oportunamente; además, la existencia de un error en el diagnóstico. Así se indicó (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“La valoración conjunta de todas las pruebas aportadas al plenario, permite señalar que si bien el paciente tuvo atención médica, y que se le realizaron algunos exámenes, los mismos no fueron ni oportunos ni eficientes en cuanto, como ya se dijo, se erró en el diagnóstico a punto de diagnosticarle cáncer e informar de ello a sus parientes, y no haber

⁹ Fls. 291 a 295 del cuaderno principal.

realizado el tratamiento que de manera inmediata hubiera permitido conjurar la situación de enfermedad”¹⁰.

Como consecuencia, condenó de manera solidaria a todas las entidades demandadas y reconoció una indemnización por perjuicios morales y materiales, en la modalidad de lucro cesante, a la compañera permanente y a los hijos de la víctima directa del daño.

7.- El recurso de apelación

El Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., antes Clínica Ibanasca, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia¹¹.

Sostuvo que en la sentencia de primera instancia se omitió tener en cuenta y analizar la prueba a cargo, dado que de esta, especialmente de la historia clínica, se pudo establecer que desde el mismo momento en que el señor Valderrama Hernández ingresó en la Clínica Ibanasca, lo hizo bajo la observación, recomendación y vigilancia de los médicos de la contratante Empresa Cooperativa de Servicios de Salud, Colombiana de Salud S.A. Emcosalud, quienes determinaban el destino de cada paciente, de acuerdo con el diagnóstico que estos definían.

Afirmó que la subordinación en el tratamiento médico del paciente quedó evidenciada en la práctica y en lo expuesto en el contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre la clínica y Emcosalud, en el que de manera detallada quedaron consignadas las obligaciones de las partes y las condiciones para la atención de los usuarios.

Reiteró que la red de médicos que atendió al señor Valderrama Hernández pertenecía a Emcosalud e hizo énfasis en que dicha entidad, faltando a los principios de buena fe y lealtad procesal, ocultó la realidad objetiva sustrayéndose de su compromiso de informar al juez sobre la nómina de médicos a su servicio, encargados de la atención de la víctima directa del daño, en las instalaciones de la Clínica Ibanasca.

Por lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia para que, en su lugar, fueran negadas las pretensiones de la demanda en relación con la entidad¹².

¹⁰ Fl. 327 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Fls. 353 a 33 del cuaderno del Consejo de Estado.

La Fiduciaria La Previsora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentaron recurso de apelación; sin embargo, como los apoderados no se presentaron a la audiencia de conciliación, sus recursos fueron declarados desiertos¹³.

8.- Trámite en segunda instancia

El recurso interpuesto fue concedido en la audiencia de conciliación celebrada el 21 de noviembre de 2012¹⁴ y admitido por esta Corporación el 18 de enero de 2013¹⁵. Posteriormente, por auto del 6 de diciembre de ese mismo año¹⁶, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria La Previsora S.A. reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en la cual sostuvo que la obligación de prestar el servicio de salud recaía en cabeza de Emcosalud y no de las entidades a las cuales representa¹⁷.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 26 de abril de 2012, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso *sub examine*

1.1- Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto citado en referencia, toda vez que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia¹⁸ por el Tribunal Administrativo del Tolima.

¹² Fls. 353 a 363 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Fl. 403 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁴ Fl. 403 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Fls. 407 a 411 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Fl. 437 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ Fls. 438 a 443 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁸ La cuantía del proceso supera la exigida en vigencia de la Ley 446 de 1998, para que esta Sala conozca de la acción de reparación directa en segunda instancia, pues, por concepto de perjuicios

1.2.- El ejercicio oportuno de la acción

En el presente caso, la demanda se originó en los perjuicios que habrían sufrido los accionantes como consecuencia de la *mala praxis* al no emplear los medios ordinarios y actuar con impericia, negligencia e imprudencia en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad padecida por el señor Fabio Hernando Valderrama Hernández, que tuvo como resultado su muerte el 26 de abril de 2008.

El apoderado de los actores presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 163 Judicial Administrativa de Ibagué, el 17 de febrero de 2010, la cual se celebró el 18 de marzo de ese mismo año¹⁹ y la demanda fue presentada el 20 de abril de 2010²⁰; por lo que se hizo dentro del término previsto, de conformidad con lo normado en el ordinal 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. Legitimación en la causa de hecho por pasiva

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

morales se solicitó \$350'000.000 para los demandantes, monto que resulta superior a los 500 SMLMV para la fecha de presentación de la demanda, esto es, \$257'000.000.

¹⁹ Fls. 6 y 7 del cuaderno principal.

²⁰ Fl. 158 del cuaderno principal.

1.3.1.- La legitimación en la causa de los demandantes

En el presente asunto se tiene que Eulalia Ríos Buriticá, en nombre propio y el de sus hijos menores Fabio Hernando, Daniel Felipe y María Jimena Valderrama Ríos fueron las personas que promovieron el proceso de la referencia, de ahí que se encuentre probada su legitimación en la causa de hecho.

En cuanto a la legitimación material, la Sala estima que, de conformidad con las pruebas que reposa en el expediente, se encuentran legitimados para actuar Fabio Hernando, Daniel Felipe y María Jimena Valderrama Ríos, en su calidad de hijos del señor Fabio Hernando Valderrama Hernández y, para acreditar su condición, allegaron la copia auténtica de los registros civiles de nacimiento²¹.

En relación con la señora Eulalia Ríos Buriticá, de quien se dijo acudía en su condición de compañera permanente del señor Fabio Hernando Valderrama Hernández, para lo cual allegó una declaración extra juicio; sin embargo, esta no fue ratificada, con la citación de la parte contraria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil y, por lo mismo, no cuenta con eficacia probatoria; además, no se allegó otra prueba que permita acreditar la calidad que dijo tener o incluso como tercera damnificada; por tanto, se modificará la legitimación en la causa por activa reconocida por el Tribunal²².

1.3.2.- Legitimación en la causa de las entidades demandadas

Por su parte, a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A., el Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A. – Clínica Ibanasca y la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud se les ha endilgado responsabilidad por la *mala praxis* al no emplear los medios ordinarios y actuar con impericia, negligencia e imprudencia en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad padecida por el señor Fabio Hernando Valderrama Hernández, que tuvo como resultado su muerte el 26 de abril de 2008. En ese sentido, se observa que respecto de estas se ha efectuado una imputación fáctica y jurídica concreta y por tanto, les asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho. La legitimación material se analizará al examinar el fondo de la controversia.

²¹ Fls. 35 a 37 del cuaderno principal.

²² Fl. 340 del cuaderno del Consejo de Estado.

1.4. Cuestión previa. El fuero de atracción

En sentencia del 29 de agosto de 2007²³, la Sala de Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse 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.

Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso 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.

En sentencia de 30 de septiembre de 2007²⁴, 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 acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público.

Además, en providencia de 1 de octubre de 2008²⁵, 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.

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

²³ 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.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 15635.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 2005-02076-01(AG).

fuero 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, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.

Se resalta que, para que opere el fuero de atracción, es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos²⁶, postura que ha sido reiterada por la Sala en pronunciamientos más recientes²⁷ que le permiten compartir la decisión del *a quo* de fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, la Clínica Ibanasca.

2. Lo probado en el proceso

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tienen debidamente demostrados en este proceso los siguientes hechos:

El señor Valderrama Hernández consultó el 11 de abril de 2008 en la Clínica Ibanasca por ocho días de malestar general, escleras ictericas, dolor abdominal y emesis, motivo por el cual recibió la siguiente atención y fue remitido al Instituto de cancerología en Bogota, el 25 de abril de ese mismo año, de conformidad con las siguientes anotaciones realizadas en su historia clínica (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“Consulta por 8 días de malestar general, escleras ictericas, dolor abdominal y emesis. Antecedentes: manejo en casa de cuadro de hepatitis?, sin otros de importancia. Ingres afebril, deshidratado, ictericia escleras, cardiopulmonar sin alteraciones, abdomen: dolor en mesogastrio con hígado aumentado de tamaño, astenia adinamia. Se inicia hidratación IV y manejo medio bajo. IDX: hepatitis, valoración mediana interna quien indica manejo hospitalario. Paraclínicos:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Julio César Uribe Acosta., expediente No. 10.007 y 9480 del 4 de agosto de 1994.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, sentencia del 22 de marzo de 2017, exp. 38.958.

hemograma sin leucocitosis, hiperbilirrubinemia. Anticuerpos IGM hepatitis A NO REACTIVO, Ag. Hepatitis B NO REACTIVO, hepatitis C NO REACTIVO. Fiebre controlada y tolerando vía oral. Se solicita leptospira serología. Ecografía (abdominal) hepatobiliar, reporta cálculo a nivel de cuello vesícula, se inicia antibiótico IV, valorado cirugía general quien evalúa coletiasis sin dilatación de la vía biliar con aumento de fosfatasa alcalina y transaminasas, probable proceso perenquimatoso hepático. Se continúa estudios de ictericia, HIV (-), mejoría de color abdominal, sin picos febriles, valorado por gastroenterología, solicita paraclínicos (...) se descarta hepatitis autoinmune. Se indica realización CPR + papilotomía, procedimiento en el que se evidencia imagen quística en colédoco con dilatación de vía biliar: estenosis de conducto biliar y colocan 2 stent. Se realiza remisión para continuar manejo oncología, aceptado en cancerológico Bogotá. Se presenta descompensación al trasladarse para remisión aérea, se estabiliza y se inicia dopamina IV, se decide traslado en ambulancia medicalizada en la que se envía a Bogotá”²⁸.

Como anexos de la historia clínica se allegaron las notas de enfermería en las que se dejó constancia de los exámenes ordenados y la atención recibida por el paciente, de las que se destacan las siguientes (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“14-04-008 llegan reportes de laboratorio son valorados por el Dr. Ríos médico internista quien manifiesta que se tome ecografía (...).

“14-04-08 la jefe Ángela llama a IDIME y le manifiesta que se toma la ecografía a las 14:30, se confirma ambulancia de promover la cual lo trasladada a las 5:00.

“14-04-08 15:20 llega paciente de toma de ecografía, llega consciente, orientado trae reporte.

“18:00 es valorado con reporte por el Dr. Ríos que ordena valoración por gastroenterología y por CX general. Se toman laboratorios (...).

“20:15 se llama al Dr. Pablo Ramírez se le informa de la valoración del paciente dice que hoy no está de turno que llamar al Dr. Morales. Se llama al Dr. Fabio Morales se le comenta de la valoración del paciente dice que viene más tarde cuando se desocupe. Se llama a la Dra. Parra gastroenteróloga y pasa a buzón en el celular (...).

“23+30: el paciente es valorado por el cirujano quien recomienda valoración de gastroenterología o prioridad y poder explicar con exámenes los niveles altos de las bilirrubinas (...).

“16-04-08 (...) se toma muestra de sangre para laboratorios. P. reporte, P. reporte de leptospira que lo entregan el jueves 24 abril, P. valoración por gastro, P. AC (...).

²⁸ Fl. 5 y vto. del cuaderno de pruebas N° 2.

“17-04-08 Se llamó a las 12+00 al Dr. Huertas gastroenterólogo para recordarle valoración pendiente del paciente, el Dr. Huertas refiere que no le fue posible venir el día de ayer y que hoy se encuentra ocupado realizando procedimientos en el hospital, solicita que se llame al Dr. Ayala ya que él es el gastroenterólogo de turno por emcosalud y se le solicite la valoración y que si el Dr. Ayala no puede asistir el vendrá en la noche. Se llama al Dr. Ayala, se comenta la necesidad de su valoración y lo hablado con el Dr. Huertas, además se le cuenta que el paciente tiene solicitud de valoración por gastroenterología desde el 14 de abril del 2008 y no se ha realizado (...).

17-04-08 18+30 (...) Nota: paciente valorado por el Dr. Ayala el cual deja órdenes para toma de laboratorio (...).

“22-04-08 17+45 sale paciente de la unidad tranquilo, consciente, orientado con adapter para tratamiento, en camilla en compañía de auxiliar, con familiares, con sus respectivos documentos para IDIME (Bogotá) para la resonancia magnética, sale sin ninguna complicación y con pertenencias (...).

“23-04-08 19:40 se llama al Dr. León, se comenta que el pcte tiene orden por el Dr. Ayala de remisión para el hospital cancerológico y se pregunta si se necesita alguna autorización de emcosalud. Dr. León refiere que los trámites se deben realizar mañana 24-04-08 en horas de la mañana ya que en la noche es muy difícil que sea aceptado (...).

“24-04-08 13:30 recibo paciente en calma, alerta, despierto, consciente con adapter para tratamiento con ictericia generalizada –ca a estudio (...). 17+30 se llama a promover ambulancia se solicita el servicio de ambulancia, traslado sencillo clínica Ibanasca – aeropuerto autoriza (...).

“25-04-08 7+00 AM (...) pte sale de la unidad estable, tuvo 2 episodios de emesis, se observa icterico, va remitido para Bogotá, se le entregan órdenes, el Dr. Triana lo valora antes de salir, va en ambulancia medicalizada, acompañado de familiar”²⁹ (resaltos de la Sala).

El 14 de abril de 2008, en el Instituto de Diagnóstico Médico – IDIME-, se le practicó la ecografía de hígado, páncreas y vesícula al señor Valderrama Hernández, la cual arrojó las siguientes conclusiones (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“(...) vesícula con presencia de imagen hiperecoica de densidad cálcica a nivel del cuello, que no se desplaza con los cambios de posición, que proyectan sombras acústica posterior, que mide 12 mm de diámetro.

²⁹ Fls. 48 a 55 del cuaderno de pruebas N° 2.

“El páncreas se visualiza en forma satisfactoria y muestra morfología y ecogenicidad normales.

“Riñón derecho normal.

“Opinión: litiasis vesicular”³⁰.

El 21 de abril de 2008, el médico gastroenterólogo de la Clínica Calambeo le practicó al señor Valderrama Hernández una colangiografía endoscópica retrograda en la cual concluyó: *“dilatación de la vía biliar intrahepática. Quiste de colédoco o vesicular interpuesta. Enfermedad de Caroli. Papilotomía”³¹.*

También se acreditó que el paciente fue atendido el 22 de abril de 2008 en ese mismo instituto, con el fin de practicarle *“colangiografía por resonancia magnética”*, la cual arrojó el siguiente resultado³² (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“(…) Opinión: dilatación de vía biliar intra y extrahepática con área focal de estenosis en el conducto biliar común intrapancreático, localizado aproximadamente 29 mm cefálica con respecto a la ampolla de váter sugestiva de lesión neoplásica primaria a correlacionar con exámenes complementarios.

“Colelitiasis, acompañada con cambios compatibles con colecistitis crónica”.

Se acreditó que la Clínica Ibanasca realizó los trámites pertinentes, el 23 de abril de 2008, con el fin de remitir al paciente al instituto de cancerología y en el documento remisorio se indicó como motivo *“ID tumor de vía biliar, colecistitis, colelitiasis”* y se indicó que se remitía, el 25 de abril de 2008, para *“valoración y respectivo tratamiento derivativo de las vías biliares”³³.*

La Unión Temporal Surcolombiana, de la cual hace parte Emcosalud, emitió la certificación de incapacidad para el señor Valderrama Hernández, en la cual indicó que el motivo de esta era una enfermedad general con el diagnóstico de *“otros*

³⁰ Fl. 74 del cuaderno de pruebas N° 2.

³¹ Fl. 79 del cuaderno de pruebas N° 2.

³² Fls. 367 a 369 del cuaderno principal.

³³ Fl. 91 del cuaderno principal.

carcinomas especificados del hígado” y se dejó constancia de que la entidad médica contratista era la Clínica Ibanasca³⁴.

El 27 de abril de 2008, la Clínica Calambeo emitió el informe correspondiente a los resultados de la colangiografía practicada al señor Valderrama Hernández, en el que se indicó que se advertía *“importante dilatación del extremoproximal colédoco y la vía biliar sin evidencia de defectos de llenado*³⁵.

A través de la copia de la historia clínica del Instituto Nacional de Cancerología se acreditó que el señor Valderrama Hernández fue atendido allí entre el 25 y 26 de abril de 2008, remitido de Ibagué por ictericia y con la siguiente impresión diagnóstica³⁶ (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

*“Paciente de 49 años que refiere cuadro clínico de 1 de evolución consistente en dolor abdominal de predominio en HCD asociado a coluria y posterior ictericia con episodios de acolia, refiere también pérdida de peso marcada, durante el último mes, escalofríos ocasionales, trae reportes de colangiografía retrograda endoscópica donde encuentran estenosis del colédoco distal, con dilatación de la vía biliar intra y extra hepática, TAC abdominal y colangiografía con similares hallazgos radiológicos, además se evidencia vesícula biliar con cálculos actualmente se encuentra con cuadro icterico, son dolor abdominal sin signos de colangitis con paraclínicos que evidencian cuadro obstructivo, paraclínicos que se revisan y se evidencia colelitiasis con imágenes sugestivas de coledocolitiasis **con ID de CA de vesícula** (...), ante la sospecha de colangitis es llevado a cirugía el día de hoy encontrándose colecistocoliatisis, pus franca en vesícula biliar y en colédoco, en colangiografía por tubo en TSE evidencia defectos de llenado intrapancreático en subdivisiones de hepático derecho con DX diferenciales de cálculos VS quistes y en ramas de hepático izquierdo imagen quística que interroga enf. de caroli, (...) el paciente durante la cirugía se encuentra en marcada inestabilidad requiriendo soporte (...) pasa a la UCI en el POP inmediato, llega paciente en pésimas condiciones generales, icterico, diaforético, mala perfusión distal, no se palpan pulsos, no se encuentra PA, con tubo ortotrqueal (...) DX: 1- choque séptico, 2- sepsis de origen abdominal, 3- colangitis, 4- POP de laparotomía exploratoria, colecistectomía y exploración de vía”* (resaltos de la Sala).

En las anotaciones relativas a la evolución del paciente, el 25 de abril de 2008, se indicó³⁷ (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

³⁴ Fl. 134 del cuaderno principal.

³⁵ Fl. 372 del cuaderno principal.

³⁶ Fl. 38 del cuaderno principal

³⁷ Fl. 40 del cuaderno principal

“Subjetiva: CX gastrointestinal paciente con IDX de SDX biliar obstructivo como primera posibilidad antes de pensar en colangiocarcinoma por la historia clínica e imágenes piensa en coledocolitiasis por lo cual se cortegiran tiempos de coagulación profilaxis y vigilancia para colangitis con inicio de antibiótico y hospitalizar para realizar CPRE el día lunes”.

Finalmente, el paciente falleció el 26 de abril de 2008, a las 11:35 de la noche, luego de presentar progresivamente bradicardia³⁸.

A través del contrato N° CLIN 210-2008 de prestación de servicios de salud, suscrito el 1 de febrero de 2008 entre Emcosalud (contratante) y la Clínica Ibanasca (contratista) se acreditó la relación contractual que entre estas existía, y las obligaciones que fueron contraídas entre ellas en los siguientes términos: (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“(…) Objeto: en virtud del presente contrato, el contratista se obliga para con el contratante a prestar los servicios médicos asistenciales de urgencias, hospitalización, cirugía, de atención descritos en el formato N° 6 y demás servicios que se encuentren debidamente habilitados conforme a la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (...). Los anteriores servicios serán prestados por captación y evento de acuerdo a la capacidad instalada descrita en el formato N° 6 que hace parte integral de este contrato (...). Descripción de los servicios (...): A) consulta médica prioritaria en horario de 7 de la mañana a 10 de la noche que incluye: medicamentos, ayudas diagnósticas y toda actividad, procedimiento o intervención derivada de ella, urgencias: 24 horas de lunes a domingo que incluye medicamentos, laboratorios, ayudas diagnósticas, imagenología, procedimientos, atención de parto normal. Observación hasta por 12 horas y/o hasta que lo valore el especialista, lavado de oídos, lavado de ojos, inyectología, micronebulizaciones, suministro de medicamentos hasta el día hábil siguiente y todo lo derivado de la atención de urgencias, incluido el traslado de ambulancia en caso de que se requiera por no contar con algún servicio que se encuentre que se encuentre contratado bajo la modalidad de capitación (...) B) servicios quirúrgicos (...) de baja y mediana complejidad, C) hospitalarios bajo la modalidad de evento (...) de baja y mediana complejidad, D) apoyo diagnóstico bajo la modalidad de evento: laboratorio clínico, radiología e imágenes diagnósticas, transfusión sanguínea y los demás inscritos y habilitados, E) complementarios terapéuticos bajo la modalidad de evento: servicios farmacéuticos suministro de medicamentos, que sean necesarios para la atención de los usuarios de acuerdo al vademécum

³⁸ Fl. 42 del cuaderno principal. De conformidad con la literatura médica, se trata de un trastorno de la frecuencia cardíaca (pulso) o del ritmo cardíaco. El corazón puede latir demasiado rápido (taquicardia), demasiado lento (bradicardia) o de manera irregular. Consultado en <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001101.htm> el 03/04/2019 a las 9:00 A.M.

establecido en los servicios de urgencias, hospitalización y cirugía (...)"³⁹.

En relación con la forma en la que se debía prestar el servicio, en el contrato se establecieron las siguientes condiciones (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

"(...) b) en caso de requerirse hospitalización, esta debe ser ordenada por el médico especialista de la red de Unión Temporal Surcolombiana con firma en la historia clínica de urgencias en tiempo real, después de comunicar al Coordinador médico de la Unión Temporal Surcolombiana o en su defecto a los auditores médicos de la UT, para su autorización inicial, en caso de requerirse una estancia mayor a la autorizada inicialmente debe ser justificada por el médico especialista tratante y avalada por auditoría médica de la UT (...) CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA. OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE: (...) **garantizar la red médica especializada de manera oportuna**, f) enviar las hojas de vida de los médicos especialistas a la oficina de recursos humanos del contratista, g) copia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual de cada uno de los especialistas de la red de servicios (...)"⁴⁰ (resaltos de la Sala).

El formato N° 6 del contrato de prestación de servicios fue allegado al proceso como prueba, en él se dejó constancia del tipo de servicios que prestaría la Clínica Ibanasca y la capacidad instalada, de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“

<i>Tipo de Servicio</i>	<i>Nivel de complejidad</i>	<i>No. De consultorios</i>	<i>Capacidad instalada</i>
<i>Hospitalario</i>			
<i>General adulto</i>	<i>mediana</i>		<i>15 camas</i>
<i>General pediátrica</i>			
<i>Obstetricia</i>	<i>baja</i>		<i>1</i>
<i>Quirúrgico</i>			
<i>Cirugía general</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>
<i>Cirugía ginecológica</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>
<i>Cirugía ortopedia</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>
<i>Cirugía oftalmológica</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>
<i>Cirugía</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>

³⁹ Fl. 203 del cuaderno principal.

⁴⁰ Fl. 206 del cuaderno principal.

<i>pediátrica</i>			
<i>Otras cirugías</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>
<i>Transporte especial de pacientes</i>			
<i>Transporte asistencial básico</i>	<i>medicalizado</i>		<i>2</i>
<i>Apoyo diagnóstico y complementación terapéutica</i>			
<i>Laboratorio clínico</i>	<i>mediana</i>		<i>1</i>
<i>Radiología e imágenes diagnósticas</i>	<i>baja</i>		<i>1</i>
<i>Transfusión de sangres</i>	<i>baja</i>		<i>1</i>
<i>Servicio farmacéutico</i>	<i>baja</i>		<i>1</i>

La Unión Temporal Magisterio Sur – Emcosalud- remitió con destino a este proceso la respuesta al oficio CAMR 1086 en la cual indicó que, para la prestación de Magisterio Tolima de enero a octubre de 2008, los servicios los prestaba la Unión Temporal Surcolombiana, en la que Emcosalud también era socio y señaló que una de las clínicas de la red era la Clínica Ibanasca; sin embargo, manifestó que no tenía cuadros de turnos correspondientes al mes de abril de los especialistas de Emcosalud pero relacionó a todos los que laboraron para ese mes, de la siguiente manera (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

“(...) medicina interna: Roberto Moreno, Carlos Enrique Ríos y José Alejandro Toro.

“Cirugía general: Pablo Francisco Ramírez y Fabio Morales.

“(...).

“Gastroenterología: Unidad de Endoscopia del Tolima”⁴¹.

Finalmente, el representante legal del Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima, antes Clínica Ibanasca, fue escuchado en interrogatorio de parte; sin embargo, como no era especialista en temas médicos, se limitó a indicar afirmativamente que los médicos especialistas de Emcosalud *“laboraron en el año*

⁴¹ Fl. 288 y 289 del cuaderno principal.

2008, más exactamente en la atención del señor Fabio Hernando Valderrama, en las instalaciones de la Clínica Ibanasca”⁴²

3. Del régimen de imputación aplicable

Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados como consecuencia de las actividades médico-sanitarias, la Subsección ha afirmado que⁴³, en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, como causa del daño reclamado, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la teoría clásica de la falla probada; esta Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro; en este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como

⁴² Fl. 274 del cuaderno principal.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como ‘anormalmente deficiente’⁴⁴.

En este punto conviene recordar que, por un tiempo, aceptó la jurisprudencia Contencioso Administrativa que el título de imputación jurídica en torno a los eventos en los que se debatía la responsabilidad médica fuese el de la “*falla presunta*”, según la cual la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración.

Pese a lo anterior, se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada⁴⁵, por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación, cuando consideró que:

“Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño.”⁴⁶ (énfasis añadido).

Se concluye, entonces, que la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por el régimen de responsabilidad objetiva.

4. El caso concreto

El recurso de apelación está orientado a demostrar la falta de responsabilidad de la Clínica Ibanasca, toda vez que la atención prestada al paciente se limitó a lo establecido en el contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre esta y Emcosalud, en el que de manera detallada quedaron consignadas las obligaciones de las partes y las condiciones para la atención de los usuarios.

Del material probatorio recaudado, especialmente de las anotaciones de la historia clínica por parte del personal de enfermería de la Clínica Ibanasca y de lo establecido en el contrato de prestación de servicios suscrito entre esta y Emcosalud, la Sala advierte que la atención brindada al señor Valderrama Hernández por parte del personal de la Clínica Ibanasca se limitó a lo contratado, sin que se evidencie la supuesta falla del servicio, como consecuencia de la demora en la remisión del paciente para efectos de realizar el tratamiento quirúrgico y la existencia de un error en el diagnóstico, por lo fue condenada en primera instancia.

Así lo confirman las anotaciones realizadas por el personal de enfermería, encargado de indicar la evolución del paciente y los procedimientos y atenciones que recibió durante su estadía en la Clínica Ibanasca, en las que se destacan la insistencia del personal de la clínica para que el paciente fuera revisado por parte del personal médico especialista en gastroenterología y cirugía que, de conformidad con lo pactado en el contrato de prestación de servicios, sería brindada por médicos especialistas, los cuales, según la cláusula décimo segunda de dicho contrato, estaría a cargo de una red médica especializada, que debía ser suministrada de manera oportuna por parte del contratante, esto es, Emcosalud.

La Sala pudo advertir que la demora en la atención brindada, especialmente respecto de la revisión por parte de un especialista en gastroenterología, quien a su vez debía ordenar los exámenes pertinentes para efectos de un diagnóstico y

posible remisión del paciente a un centro asistencial de nivel superior de atención, no le es imputable al personal de la Clínica Ibanasca, por cuanto esta revisión se encontraba a cargo de la red médica de Emcosalud, de acuerdo con lo establecido en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes.

Además, de conformidad con la relación de especialistas remitida por Emcosalud, de manera expresa, se indicó que el servicio se encontraba a cargo de la Unidad de Endoscopia del Tolima⁴⁷, por tanto, la Clínica Ibanasca no incumplió con sus obligaciones.

Por el contrario, se pudo advertir que, de conformidad con el anexo N° 6 del contrato de prestación de servicios, el personal de la Clínica Ibanasca ordenó oportunamente la prestación de servicios, como las ayudas diagnósticas, el suministro de medicamentos, incluso el traslado del paciente vía aérea y a través de ambulancia medicalizada; si bien el transporte aéreo del paciente no se logró, ello obedeció a condiciones de la salud del señor Valderrama Hernández y no a una causa imputable a la Clínica Ibanasca.

Adicionalmente, la Sala quiere resaltar que la impresión diagnóstica de cáncer fue advertida por los médicos especialistas que, se insiste, pertenecían a la red médica de Emcosalud; además, se hace necesario indicar que se trató de una impresión diagnóstica, es decir, que no tenía por objeto determinar el diagnóstico concreto y definitivo, sino que es un medio para encauzar las pruebas diagnósticas posteriores, a realizar por el correspondiente especialista, con el objetivo de llegar a un diagnóstico definitivo, que podía confirmarse o ser distinto a la impresión diagnóstica⁴⁸.

La Sala no puede afirmar que la actuación del personal de la Clínica Ibanasca fuera la causa eficiente de la demora en la remisión del paciente o del diagnóstico de cáncer con el cual fue remitido al Instituto de Cancerología, puesto que, de las anotaciones en la historia clínica, única prueba aportada con el fin de acreditar la supuesta falla en la que incurrió en la entidad, solo pudo advertirse que se remitió al paciente a la práctica de exámenes una vez estos eran ordenados por quien tenía la competencia, esto es, los médicos de la red de especialistas de Emcosalud.

⁴⁷ Fl. 289 del cuaderno principal.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 5 de mayo de 2005, exp. 14563.

Además, no se allegó un dictamen pericial o testimonios rendidos por especialistas en el tema, que indicaran que el lapso transcurrido entre la orden de los exámenes por parte de los médicos especialistas y la práctica o remisión por parte de la Clínica Ibanasca, para que estos fueran realizados en otra institución, causara la complicación de la enfermedad o la muerte del señor Valderrama Hernández.

Ante la ausencia de una prueba que contradiga que la Clínica Ibanasca no cumplió con sus obligaciones, de conformidad con lo establecido en el contrato de prestación de servicios suscritos con Emcosalud, para la Sala, la parte actora no acreditó la falla en la cual dijo que incurrió la Clínica Ibanasca, hoy Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A., ni el nexo causal que permita concluir que, de haberse realizado los exámenes y procedimientos ordenados en lapsos más cortos, se habría podido detectar a tiempo la enfermedad y evitar la muerte del paciente.

Por tanto, procede un fallo adverso a las pretensiones de los actores, en relación con la Clínica Ibanasca, hoy Centro Integral Médico Quirúrgico del Tolima SION S.A, única apelante, por lo que deberá ser modificada en ese sentido la decisión emitida en primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 26 de abril de 2012.

Vale señalar que, ante la calidad de apelante único y la argumentación presentada en el recurso por la mencionada entidad, no le es dable a la Sala abordar el estudio de responsabilidad que fue declarada en primera instancia respecto de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD, por lo que la condena solidaria establecida por el *a quo* frente a dichos demandados queda incólume.

5. Otra determinación -respecto del arancel judicial fijado en primera instancia-

El Tribunal de primera instancia fijó a cargo de los actores el equivalente al 2% del valor de la condena por concepto de arancel judicial, tomando como fundamento de la decisión las disposiciones contenidas en la Ley 1394 de 2010.

La Sala se pronunciará de manera oficiosa frente a esta situación y revocará la sentencia en lo relacionado con el arancel judicial, porque la Ley 1394 de 2010⁴⁹ no resultaba aplicable al presente asunto, dado que, de un lado, entró en vigencia con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda⁵⁰ y, del otro, el proceso de la referencia no se encuentra dentro los hechos generadores definidos por el artículo 3 *ejusdem, contrario sensu*, se advierte que corresponde a los excluidos expresamente por el artículo 4 de la norma en mención, que dispone que “*no podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter (...) **declarativo**, ni en los conflictos de la seguridad social, así como tampoco procederá en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales*” (se resalta).

Adicionalmente, no sobra mencionar que el pago del arancel judicial impuesto por el Tribunal Administrativo del Tolima se efectuó cuando la Ley 1394 de 2010 se encontraba vigente; sin embargo, en el tiempo transcurrido entre la fecha en que se expidió la sentencia apelada y la presente providencia, aquella fue derogada por la Ley 1653 de 2013, norma que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-169 de 2014.

La anterior precisión, con el objeto de señalar que aun si el Tribunal Administrativo *a quo* hubiere acertado al imponer a los demandantes el pago del arancel judicial, sería del caso revocar la decisión proferida en tal sentido, en la medida en que la fuente legal actualmente carece de soporte jurídico, pues desapareció del ordenamiento jurídico.

6. Actualización de la condena por concepto de lucro cesante en favor de María Jimena Valderrama Ríos, Fabio Hernando Valderrama Ríos y Daniel Felipe Valderrama Ríos

Teniendo en cuenta que este punto no fue objeto de cuestionamiento alguno por las partes, la Sala se limitará a actualizar el rubro por lucro cesante concedido, sin que ello implique en modo alguno la afectación de la garantía de la *no reformatio in pejus*. Entonces, la fórmula aplicable es la siguiente:

- Lucro cesante en favor de María Jimena Valderrama Ríos:

⁴⁹ “*Por la cual se regula un arancel judicial*”.

⁵⁰ La demanda se presentó el 20 de abril de 2010 y la Ley 1394 de 2010 entró en vigencia el 13 de julio de 2010, de ahí que resultara aplicable a los procesos judiciales promovidos a partir de tal fecha.

$$\text{Ra} = \$71'157.490 \frac{\text{Índice final – febrero 2019 (101,17)}^{51}}{\text{Índice inicial – abril 2012 (77,42)}^{52}} = \$92'986.351$$

- Lucro cesante en favor de Fabio Hernando Valderrama Ríos:

$$\text{Ra} = \$22'843.542 \frac{\text{Índice final – febrero 2019 (101,17)}^{53}}{\text{Índice inicial – abril 2012 (77,42)}^{54}} = \$29'851.216$$

- Lucro cesante en favor de Daniel Felipe Valderrama Ríos:

$$\text{Ra} = \$33'853.530 \frac{\text{Índice final – febrero 2019 (101,17)}^{55}}{\text{Índice inicial – abril 2012 (77,42)}^{56}} = \$44'238.719$$

7. Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A:

⁵¹ IPC vigente a la fecha de la presente sentencia (abril de 2019). Se hace la precisión de que se toma el IPC de febrero, por cuanto a la fecha no se ha publicado el IPC de marzo, habida cuenta de que tales cifras se publican una vez termine el mes, es decir, por mes vencido.

⁵² IPC vigente a la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia, esto es, 26 de abril de 2012.

⁵³ IPC vigente a la fecha de la presente sentencia (abril de 2019). Se hace la precisión de que se toma el IPC de febrero, por cuanto a la fecha no se ha publicado el IPC de marzo, habida cuenta de que tales cifras se publican una vez termine el mes, es decir, por mes vencido.

⁵⁴ IPC vigente a la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia, esto es, 26 de abril de 2012.

⁵⁵ IPC vigente a la fecha de la presente sentencia (abril de 2019). Se hace la precisión de que se toma el IPC de febrero, por cuanto a la fecha no se ha publicado el IPC de marzo, habida cuenta de que tales cifras se publican una vez termine el mes, es decir, por mes vencido.

⁵⁶ IPC vigente a la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia, esto es, 26 de abril de 2012.

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, proferida el 26 de abril de 2012, por el Tribunal Administrativo del Tolima, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR no probada la falta de legitimación por pasiva formulada por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora.

SEGUNDO: DECLARAR probada la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Eulalia Ríos Buriticá, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR solidariamente responsables por la falla en la prestación del servicio médico asistencial al señor Fabio Hernando Valderrama Hernández (Q.P.D.), a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD.

CUARTO: CONDENAR a pagar solidariamente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Unión Temporal EMCOSALUD Huila, conformada por la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD y Sociedad Clínica EMCOSALUD S.A., a favor de Fabio Hernando, Daniel Felipe y María Jimena Valderrama Ríos, en su calidad de hijos, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales vigentes, para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

QUINTO: CONDENAR a pagar solidariamente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Unión Temporal EMCOSALUD Huila, conformada por la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD y Sociedad Clínica EMCOSALUD S.A., por perjuicios de orden material, a título de indemnización por lucro cesante, a favor de María Jimena Valderrama Ríos: \$92'986.351; a favor de Fabio Hernando Valderrama Ríos: \$29'851.216; a favor de Daniel Felipe Valderrama Ríos: \$44'238.719, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: LIQUIDAR por Secretaría los gastos ordinarios del proceso y si hubiera remanente devuélvase al accionante.

OCTAVO: Para el cumplimiento de esta sentencia, una vez en firme, expedí copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del CPC y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

NOVENO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA