

LINEA JURISPRUDENCIAL
LA CARGA DE LA PRUEBA, EN LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO
MÉDICO ASISTENCIAL

YOHANA ISABEL MONCAYO TOBAR

UNIVERSIDAD NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2013

LINEA JURISPRUDENCIAL
LA CARGA DE LA PRUEBA, EN LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO
MÉDICO ASISTENCIAL

YOHANA ISABEL MONCAYO TOBAR

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:
Especialista en derecho administrativo

UNIVERSIDAD NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2013

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1^o del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de Aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma jurado

Firma jurado

San Juan de Pasto, Abril de 2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
JUSTIFICACION	10
ANTECEDENTES	11
RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISNTENCIAL:	16
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD	18
<i>Actuación De La Administracion:</i>	18
<i>Daño o perjuicio:</i>	19
<i>Nexo causal:</i>	20
EVOLUCION JURISPRUDENCIAL	21
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFIA	87

RESUMEN

Pero sin duda alguna, esta línea nos permite evidenciar que el Consejo de Estado, por más de dos décadas ha tratado de consolidar una postura uniforme y proporcional con las condiciones de las partes, pero sus repentinos cambios, son sinónimos de inseguridad jurídica que contextualizados bajo el nuevo Código Contencioso Administrativo, conllevan a replantear y a ser más juiciosos en sus providencias, pues las mismas se convierten de ahora en adelante en precedentes vinculantes que busquen resolver estos conflictos bajo un principio de equidad y razonabilidad, en consecuencia, se deberá hacer un estudio de las providencias abordadas en este trabajo, pues las mismas serán las bases de la consolidación de una postura definitiva, permanente y jurídicamente viable, pues de esta depende la resolución de conflictos bajo una misma línea, ya sea la falla probada, la falla presunta o las cargas dinámicas de la prueba.

ABSTRACT

But without a doubt, this line allows us to demonstrate that the Council of State, for more than two decades has tried to consolidate a unified position, proportional to the terms of the parties, but their sudden changes are synonymous with low contextualized legal uncertainty the new Administrative Code, leading to rethink and be more judicious in their decisions, as the same become henceforth in binding precedents that seek to resolve these conflicts on a principle of fairness and reasonableness, therefore, you should do a study of the measures addressed in this work, as they will be the basis for the consolidation of a final position, permanent and legally viable, as this determines the resolution of conflicts on the same line, the fault either proven or alleged failure dynamic load testing.

GLOSARIO

ACREDITACIÓN - procedimiento de evaluación de los establecimientos de salud, voluntario, periódico y reservado, que tiende a garantizar la calidad de la asistencia integral a través de padrones previamente aceptados. Acreditación presupone evaluación de la estructura, de los procesos y resultados, y el establecimiento será acreditado cuando la disposición y organización de los recursos y actividades conforman un proceso cuyo resultado final es una asistencia a la salud de calidad.

ASISTENCIA MÉDICA - modalidad de actuación realizada por el médico en la promoción y prevención de la salud y en la recuperación y rehabilitación de los enfermos.

AUTORIZACIÓN - acto administrativo por el cual la Autoridad competente emite un documento permitiendo al solicitante ejecutar una práctica o cualquier acción especificada.

HOSPITAL ESPECIALIZADO - hospital monovalente destinado a prestar asistencia a la salud en una especialidad. **PROCEDIMIENTO** - conjunto de acciones realizadas en forma simultánea o secuenciada por uno o más de los integrantes del equipo de salud dentro de un período de asistencia a un paciente.

INTRODUCCION

Las diferentes posiciones del Consejo de Estado frente al régimen probatorio aplicable en la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio médico asistencial, en los últimos 20 años, no ha sido constante, por el contrario antes de la Constitución partimos con un título de imputación así como con un régimen probatorio, pero después de ello, tanto las entidades prestadoras de salud como los pacientes, se han visto en la obligación y en la dinámica de acoger tres regímenes probatorios distintos: falla probada, falla presunta y cargas probatorias dinámicas, los cuales me permitieron, para efectos de mi investigación, desarrollar una evolución jurisprudencial, por ello, el trabajo comienza analizando la sentencia arquimedica, ésta a su vez me permitió determinar cuál es la posición actual del Consejo de Estado respecto al problema jurídico planteado(¿Cuál es el régimen probatorio en asuntos de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio médico asistencial?), además, se constituyó en el punto de partida en la búsqueda de las sentencias hito de la línea jurisprudencial, las cuales se convirtieron en los instrumentos para ampliar el espectro de investigación y así contar con un número significativo de providencias que aportan al lector los criterios y fundamentos suficientes para resolver el problema planteado.

JUSTIFICACION

Antes de la nueva constitución política de 1991, el Consejo de Estado a través de sus providencias hacía prever las nuevas posturas que se emplearían en la carga probatoria por la falla del servicio médico asistencial, no obstante, los cambios jurisprudenciales no han sido estables, de ahí que los estudiosos del derecho, los litigantes y los ciudadanos del común, dependamos de la actualización constante de las providencias del Consejo de Estado frente al tema de la carga de la prueba frente a la falla del servicio médico asistencial, por ello preguntarnos si el paciente que ha sufrido el daño, es quien tiene la carga de probar la falla en el servicio médico asistencial y el nexo de causalidad entre la falla y el daño, o si por el contrario, es la entidad pública prestadora del servicio, quien debe probar que su actuación fue conforme a los postulados de diligencia que le eran exigibles; son interrogantes que solo se responden y se entienden con la lectura detenida de esta línea jurisprudencial, pues la misma refleja un interés férreo no solo de contestar los interrogantes, sino de contextualizar la responsabilidad patrimonial de una entidad pública, bajo los principios y prerrogativas de un derecho que cada día se constitucionaliza más.

ANTECEDENTES

Los sistemas que han resuelto la carga probatoria en la responsabilidad extracontractual del estado por falla en el servicio médico asistencial ha sido muy controversial, no obstante, debemos indicar que hasta 1990, el sistema aplicado era el de falla probada, en el cual el actor debía acreditar la totalidad de los elementos de la responsabilidad extracontractual, en especial determinar la falla o la culpa de la administración(entendiendo por culpa como el error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor del daño), esto como elemento sine qua non en la producción del resultado, solo así se obtenía la indemnización de los perjuicios, por la otra parte, el demandado podía liberarse de la declaratoria de la responsabilidad mediante la prueba de una causa extraña, entre ellas fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima, el hecho de un tercero o mediante la prueba de diligencia y cuidado en la actuación respectiva, en otras palabras, quien debía entrar a probar la falla del servicio de la entidad pública, era la parte demandante, toda vez que el servicio médico asistencial supone una obligación de medio, por lo cual, la mera demostración del daño, no era suficiente para endilgarle responsabilidad al Estado; sin duda este criterio o posición sometía a dificultades probatorias extremas a la parte actora, generando así injusticias, ya que objetivamente y como veremos más adelante, había una relación de inferioridad entre médico y paciente.

La anterior posición y con criterios empíricos le permitió al Consejo de Estado ir deduciendo y así ir consolidando la posibilidad de invertir la carga de la prueba, pero antes de abordar la sentencia hito de 1992, debemos observar como el Consejo a través de sus providencias comenzó a replantear el título de imputación y la carga probatoria, para ello debemos remitirnos hasta el 24 de octubre de 1990, expediente 5902, cuando se detuvo a reflexionar sobre varios aspectos, el primero de ellos, establecer la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, en donde hablar de la primera significaba que el perjudicado únicamente debía demostrar que existía un servicio el cual debía prestarse y no se prestó o se prestó mal y que por ello se ocasiono un daño, en contraposición encontramos la falla presunta, en el cual basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de

alguna manera estaba bajo su control, en general, esta posición del Consejo de Estado le permitió deducir que existía facilidad para que la persona que con su conducta había ocasionado el daño, acreditara que su actuar fue diligente y cuidadoso, o que el daño se produjo a partir de una causa extraña, en otras palabras, el Consejo de Estado fue adquiriendo nuevos criterios para hacer de la carga probatorio algo equitativo, incluso, trajo a colación el artículo 1604 inciso 3 del C.C. “ *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito a quien lo alega*” de ahí se estableció que el prestador del servicio médico asistencial, el cual gracias a su conocimiento técnico y posición de dominio, que le permiten conocer la forma en que se presentaron los hechos, debía tener la carga de probar que su actuar fue conforme al deber de diligencia y cuidado¹. Es así como se sentaron, de manera implícita, las bases de la *falla presunta del servicio*, la cual supone la inversión de la carga de la prueba, constituyéndose en excepción al principio general consagrado en el artículo 177 del C de PC, lo anterior, debido a la complejidad y tecnicismos de la actividad médica, que se admitió que era la parte demandada, quien en razón a sus conocimientos técnicos, debía demostrar que su conducta fue diligente. Según este principio de la falla presunta del servicio, la carga de la prueba debía invertirse en todos los casos de responsabilidad médica.²

En el mismo sentido, se sumó la expedición de la Carta Política de 1991, la cual introdujo en su artículo 90 el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en el daño antijurídico, por el cual debemos entender como la lesión a un bien o interés jurídico que la persona no estaba en el deber jurídico de soportar, con este criterio constitucional el Consejo de Estado estableció un nuevo sistema con respecto a la carga probatoria, el cual, como vimos anteriormente, se venía ya fundamentando, pero es esta sentencia la que determina de manera absoluta lo que conocemos hoy en día como la falla presunta, este pronunciamiento data de la sentencia del 24 de agosto de 1992³, expediente 6754, en donde se señaló de manera abierta y concreta que la administración sanitaria, se encontraba mejor capacitada para probar que precisamente su actuación se ajustaba a los procedimientos técnicos y científicos, y el fundamento principal fue analizar la posición paciente, el cual y en la mayoría de los casos, no contaba con los conocimientos científicos

¹ Sentencia del 24 de octubre de 1990. Expediente: 5902. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff

² Sentencia del 30 de julio de 1982. Expediente: 6897. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández

³ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia 24 de agosto de 1992, expediente 6754.

ni con los instrumentos o elementos necesarios como para probar que el daño antijurídico fuera producto de una falla del servicio, de lo contrario se colocaría al demandante ante una barrera probatoria infranqueable, en general, debemos entender por falla presunta como un presunción de hecho, la cual supone, en cada caso concreto, que el daño antijurídico en la atención médico-hospitalaria, derivaba de una falla del servicio, motivo por el cual la administración hospitalaria debía acreditar tanto la diligencia como el cuidado, para así desarrollar el artículo 1604 del C.C. antes enunciado, es decir, poder destruir la presunción de culpa que obraba en su contra.

Además, establecer esta posición no indica que el demandante no deba probar, por el contrario debe probar que se le prestó el servicio y que sufrió un daño cuya indemnización pretende, solo que como vemos la carga es mínima, con esto el Consejo responde a las injusticias que se cometían en el sistema de la falla probada.

Este sistema de falla presunta fue consistente hasta el año 2000, no obstante, hay que advertir que los críticos de esta posición consideran que no existió una posición uniforme, ya que fue una apreciación meramente empírica, con la anterior salvedad, el Consejo mediante la sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878, abandonó y a su vez adoptó un nuevo sistema llamado Cargas Probatorias Dinámicas, el cual ya había sido referenciado en sentencia del 18 de abril de 1994, expediente 7973, pero solo a manera de obiter dictum; como argumentos centrales el Consejo indicó que el presumir en todos los casos la falla del servicio de la parte demandada, no siempre era lo más adecuado, ya que puede haber casos en que sea el paciente, quien está en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la falla del servicio de la entidad, en general, debemos entender por cargas probatorias dinámicas, según la cual aquel que en mejor situación se encuentre frente a un supuesto fáctico debatido en el proceso, es quien debe suministrar los elementos de juicios para probar la veracidad o falsedad del mismo, este título no es más que la aplicación fidedigna del principio de equidad.

No obstante, en el mismo año 2000, la jurisprudencia retomó el título de imputación de la falla probada para especificar que, la regla general, es que a la parte accionante le corresponde acreditar los elementos que integran la responsabilidad médica del Estado, salvo que de manera excepcional, y por razones de equidad, el juez encuentre oportuno aplicar el postulado de la carga dinámica de la prueba, en cuyo caso, la tarea del juzgador

resulta más ardua y exigente, por cuanto debe establecer, en cada caso concreto, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar así la decisión.

Pero, en el año 2002, el Consejo en una providencia del 15 de agosto, expediente 11.605, adopto el sistema probatorio de la falla presunta, el cual se consideraba ya superado, todos estos nuevos pronunciamientos tienen como argumento que la teoría de las cargas probatorias dinámicas excepcionalmente fueron aplicadas en Colombia esto debido a la inexistencia de una regulación procesal que permitiera efectivamente su materialización, ya que no existe etapa en la cual el juez interactúe con los sujetos procesales, en donde les establezca de manera clara y definida cuales son las obligaciones que asume cada parte, en relación con los supuestos fácticos que van a ser objeto de debate en el proceso.

De igual manera, la figura de la carga dinámica de la prueba suponía un desconocimiento de lo establecido en el artículo 177 del C de P.C., entonces, se acogió la tesis, de que en el evento en que el juez afrontara un caso de responsabilidad patrimonial, por falla en el servicio médico asistencial, se debía acudir a la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar la norma mencionada, y de esa manera poder trasladar la carga de la prueba a la parte demandada⁴. Esta tesis fue objetada al considerarse, que no era adecuado determinar la parte que tenía una mejor posición para aportar las pruebas, ni mucho menos debía hacerse al momento de proferir sentencia, ya que se corría el riesgo de sorprender a las partes cuando ya no tenían la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa, dicha determinación tampoco podría hacerse al comienzo del proceso, debido a que el juez en ese momento, no cuenta con los elementos de juicio necesario para establecer que parte debe tener la carga probatoria.⁵

Ante este cuestionamiento, el Consejo de Estado, con base en la obligación de lealtad de las partes, sostuvo que el juez al momento de dictar sentencia, debía incorporar las consecuencias generadas por el hecho de que alguna parte no hubiere aportado todos los medios de prueba con que contara para llegar a la verdad de los hechos. En virtud de lo cual, se consideró que no era necesario alterar la regla probatoria del artículo 177 de C de CP para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere incumplido su deber de

⁴ Sentencia del 1º de julio de 2004. Expediente: 14.696. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez

⁵ Sentencia del 28 de abril de 2010 Consejero Ponente D.r Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez

lealtad, toda vez que el artículo 249 de C.de P.C., le da la facultad al juez de deducir indicios de la conducta procesal de las partes,⁶.Es con base en esta consideración, que el Consejo de Estado abandona la teoría de la distribución de la carga probatoria y adopta la teoría de la falla probada, en virtud de la cual el demandante es quien debe probar la concurrencia de el daño, la falla del servicio y el nexo causal. No obstante, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 31 de agosto 2006, expediente 15.772, si bien aplico la falla probada, esta no fue de una manera absoluta, ya que dejo abierta la posibilidad para que en casos de extrema imposibilidad probatoria del demandante, sea procedente la inversión del deber probatorio.

Posteriormente se llegó a considerar que si bien el demandante tiene que probar todos los elementos que configuran la responsabilidad, en los casos en que no se pueda aportar una prueba directa respecto al nexo de causalidad, el juez podía realizar, un aligeramiento de la carga probatoria, que le permitiría acudir a medios de prueba indirectos para probar dicho nexo.⁷

En la actualidad el Consejo de Estado encuentra como fundamento de la responsabilidad del estado, en casos de falla del servicio médico asistencial, la figura de la falla probada del servicio, la cual como ya lo hemos dicho, establece en cabeza del accionante la carga de probar todos los elementos de la responsabilidad, como lo son el daño, la falla del servicio y el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos.⁸

⁶ Sentencia del 28 de abril de 2010 Concejero Ponente Dr. Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez

⁷ Sentencia del 13 de septiembre de 1995. Expediente: 6253. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

⁸ Sentencia del 7 de febrero y 13 de abril de 2011 Concejero Ponente Dr Jaime Orlando Santofimio Gamboa

RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISNTENCIAL

Responsabilidad es un vocablo que encierra un gran mundo, ya que es común hablar de responsabilidad moral, ética, social y jurídica. Pero es la Responsabilidad Jurídica la que recobra relevancia para ésta investigación, ahora, ya dentro de la esfera del mundo del Derecho podemos definir la responsabilidad como la asunción de efectos jurídicos por una acción u omisión, que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial, pero apreciable económicamente por la víctima, con la correspondiente obligación del victimario de resarcir los perjuicios provocados.

Ahora bien, el problema de la determinación del régimen probatorio, en asuntos atinentes a la responsabilidad patrimonial del Estado, en casos de falla del servicio médico asistencial, es uno sobre los cuales el Consejo de Estado ha variado más su posición jurisprudencial, en virtud de la importancia que este tema ha cobrado, debido en gran medida, a la transformación que sufrió el Estado Colombiano al consagrarse en un Estado Social de Derecho, lo cual le impuso la obligación de asegurar a todas las personas, el goce efectivo sus derechos; razón por la cual el Estado se ve en la necesidad de prestar los servicios que sean necesarios para cumplir dicho mandato.

Precisamente, para asegurar la eficacia del derecho a la salud, que por mandato constitucional es considerado un servicio público que está a cargo del Estado, que hoy en día, ha llegado a ser considerado por la Corte Constitucional, como un derecho fundamental autónomo,⁹ el Estado presta servicios médicos asistenciales a través de diferentes entidades públicas. En los casos en que este servicio es prestado de manera defectuosa, generando un daño al paciente, surge para el Estado la obligación de reparar ese daño, obligación que halla su fundamento en clausula general de responsabilidad patrimonial del estado, consagrada en el artículo 90 de Constitución, que establece, *“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de sus agentes.”* Incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, La Corte Suprema de Justicia fundamentó la responsabilidad directa del estado en el artículo 2341 del Código Civil, por su parte el Consejo de Estado, separándose del derecho privado, sostuvo que la responsabilidad patrimonial del Estado, se

⁹ SENTENCIA T- 760 de 2008 Corte Constitucional

apoyaba en el artículo 16 de la Constitución de 1886, el cual establecía *“las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honrra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y los particulares”*¹⁰

En términos generales, ha existido un consenso en que en los casos en que hay fallas del servicio médico asistencial, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños causados. El problema surge al momento de determinar el régimen probatorio en estos asuntos, Esto debido a que si bien en un principio le corresponde al demandante la demostración de los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones,¹¹ en los casos de falla en la prestación del servicio médico, frecuentemente se hace imposible cumplir con dicha carga, debido a la especialidad, privacidad y posición de dominio que detenta la parte demanda, en las intervenciones médicas, barreas infranqueables para el paciente que ha sufrido el daño.¹²

En general, dentro del ámbito de las relaciones del Estado con los administrados, podemos observar que la responsabilidad de la administración se genera por actos, omisiones o vías de hecho que causan un perjuicio que el administrado no estaba en el deber jurídico de soportar y que establece en cabeza del estado, un deber de reparación; es por ello, que pretendemos estudiar la evolución de los títulos de imputación así como el régimen probatorio materia de responsabilidad médica del estado, para ello debemos analizar cómo ha sido el tratamiento por parte del Honorable Consejo de Estado Colombiano desde antes, a modo de referencia, y después de la expedición de la Constitución Política de 1991, en cuanto a los diferentes título de imputación, los cuales se diferencian entre sí, en la forma en que establecen la carga probatoria que debe asumir cada parte dentro del proceso contencioso administrativo, pero antes de analizar la jurisprudencia, es oportuno hacer las respectivas conceptualizaciones de los elementos de la responsabilidad administrativa.

¹⁰ HERNANDEZ ENRIQUEZ Ariel; *Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*, Revista Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, e Bogotá D.C. Volumen IV N° 8 2001

¹¹ ARTICULO 177 C de P.C “

¹² *Ibidem*

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Hoy en día son varios los regímenes de responsabilidad del Estado, pero existen dos, que tradicionalmente se han manejado como fundamentales: a) Régimen de Responsabilidad Subjetiva y b) Régimen de Responsabilidad Objetiva; frente a estos dos, el régimen que se aplica en materia de responsabilidad medica asistencial es el subjetivo, el cual lo podemos definir como aquel en donde la responsabilidad del estado se compromete a través de la falla del servicio. En este caso el juez, al hacer el control de la actividad estatal, hace una comparación entre la actividad probada en el expediente y la norma que consagra el deber jurídico, para así verificar la configuración de una falla del servicio.

Dentro de la Responsabilidad Subjetiva, encontramos dos grandes regímenes: 1) Régimen de Falla Probada del Servicio y 2) Régimen de Falla Presunta del Servicio; los cuales serán desarrollados más adelante, cuando nos adentremos en el análisis de la jurisprudencia.

Así mismo, se han considerado tres elementos que deben concurrir en un Régimen de Responsabilidad Subjetiva: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación.

Actuación de la administración

En principio, para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual dicha persona es autora, ahora bien, lo que nos interesa es desarrollar la responsabilidad por falla del servicio, para ello debemos indicar que la administración se manifiesta a través de actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones, los cuales y siguiendo la solución tradicional del derecho francés solo se tiene la obligación de reparar el daño cuando la actuación se califica como irregular, es decir, que dichas faltas de la administración se cometen en el deber de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; aquí a diferencia del derecho común, no juega, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser

orgánica, funcional o anónima, de ahí que el concepto de culpa no es natural sino especial, es decir, que se encuentra intermedia entre la responsabilidad subjetiva y objetiva, pues si bien requiere de la existencia de una culpa, no se trata de una culpa tradicional subjetiva sino de una culpa objetivizada, que es diferente a objetiva, pues por esta última acarrearía como consecuencia que las personas públicas deberían responder por todos los daños que causarían en el desarrollo de su actividad, así fueran completamente lícitos y normales.

Daño o perjuicio

Al respecto Fernando Hinestrosa definió el daño como “la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral la acongoja”¹³. Además, la doctrina ha estipulado unas características de este daño, entre ellas:

- Que el daño sea cierto o real, es decir, una efectiva lesión del derecho.
- Que sea especial, es decir, que no toda la sociedad lo puede reclamar ya que se parte de que el daño recayó sobre un individuo en particular.
- Que sea anormal, esto es, que debe superar los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio.
- Que jurídicamente la situación se encuentre protegida, pues una situación ilegal conlleva a asumir los riesgos que ella produce.

A lo anterior, debemos agregarle el artículo 90 de la Constitución, pues le agrega una característica esencial, y es que el daño sea antijurídico, en el sentido de que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.

Por último, la jurisprudencia ha clasificado el daño en tres clases: el material, moral y fisiológico.

Daño Material: Es aquel que afecta bienes o intereses que se pueden cuantificar en dinero, dentro de él encontramos el daño emergente el cual se produce “cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima; y por otra parte, está el lucro

¹³ FERNANDO HINESTROSA, Derecho Civil: Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, pág. 526.

cesante, el cual se da “cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”¹⁴.

Daño Moral: Es el sufrimiento o el sentimiento de tristeza que siente la persona por la actuación producida sobre él que dio lugar a la respectiva responsabilidad.

Daño fisiológico o a la vida de relación: La lesión vista desde este aspecto no producen rendimiento patrimonial, pero si hacen agradable la existencia o la vida de una persona, como ejemplos típicos encontramos la lesión en una rodilla que implica la no práctica del deporte preferido, o por ejemplo la pérdida de los ojos que conlleva a no poder maravillarse con los paisajes, o la lectura, entre otros, entonces, entendemos por esta daño como la alteración en las condiciones de existencia.

Nexo causal

Es la relación que debe existir entre la actuación de la administración y daño causado, en otras palabras, el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación, por eso para que exista esa relación, el hecho debe ser actual, determinante e idóneo para causar dicho daño. Además, como consecuencia de la necesidad de este nexo, si el daño no puede imputársele a la administración, el resultado directo es que no habrá responsabilidad de ella, como ocurre cuando se presenta fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.

Teniendo como base los conceptos antes descritos, nos adentramos en la búsqueda y elaboración de la línea jurisprudencial, para ello, analizare detenidamente la sentencia arquimedica, las hito y demás decisiones del Consejo de Estado, que nos permita establecer que criterios y argumentos han sido aplicados a la solución del problema de la determinación del régimen probatorio, en los casos de falla en el servicio médico asistencial.

¹⁴ JAVIER TAMAYO JARAMILLO, De la Responsabilidad Civil, Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs,

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Hoja 4.

El análisis de los obiter dictum de la sección tercera del Consejo de Estado, durante las últimas dos décadas, nos permitirán concebir las diferentes posiciones jurídicas que se han consolidado al respecto de este tema apasionante como lo es la carga probatoria, de ahí que la estrategia de investigación apunta a desarrollar la línea jurisprudencial comenzando con la sentencia arquidemica producida en el año 2011, a partir de ella se edificara todo un constructo jurisprudencial que le permitirá al lector encontrar no solo los debates y conceptos creados por el Consejo de Estado sino y más importante aún, como estos fallos siempre los han forjado bajo la mirada atenta de la Constitución Política de 1991.

Entonces, a continuación observaremos la sentencia del 13 de abril de 2011, en la cual se deja la sentada la posición actual del Consejo de Estado, al argumentar que el demandante, en principio, debe acreditar los tres elementos, para que de esa manera, y tras el debate probatorio, se establezca la existencia de una responsabilidad por parte del Estado bajo el titulo de imputación de la falla probada, pero, algo que suscita polémica es la aplicación de la imputabilidad objetiva, ya que con esta nueva posición la Sala deja a un lado la teoría de la equivalencia de condiciones como la de la causalidad adecuada.

Sentencia arquimedica del consejo de estado del 13 de abril de 2011

El 13 de abril de 2011, el Consejo de Estado, en la Sección Tercera, Subseccion C, cuyo consejero ponente fue el Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, profirió la más reciente sentencia sobre el tema analizado, con número de radicación 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220)¹⁵, la parte demandada es el Instituto de los Seguros Sociales- Seccional Pereira- y el actor es el señor Hernán de Jesús Ríos y otros.

¹⁵ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/66001-23-31-000-1998-00626-01\(20220\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/66001-23-31-000-1998-00626-01(20220).doc)

Principio De Imputabilidad Objetiva

Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.

El Título De Imputacion: Falla Probada

En el marco de la falla probada del servicio como título de imputación “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”. Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la

seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”.

Ya establecida la posición actual del consejo de estado, iremos analizando las sentencias que se han proferido con anterioridad a esta y que sostienen esta teoría de la falla probada, al respecto:

Evolución jurisprudencial:

En esta providencia, se continua con la posición de la falla probada, no obstante, lo que se debe tener presente es que en esta providencia y para efectos de probar el nexo causal la Sala, de manera contradictoria, resucita el criterio de la causalidad adecuada, cuando y como mirábamos en la sentencia arquimedica esta teoría se debía superar.

SENTENCIA DEL 27 DE ABRIL DE 2011

El Consejo de Estado, mediante la consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, profirió una sentencia del veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), cuyo número de radicación es: 08001-23-31-000-1993-07622-01(19846)¹⁶, en donde el demandante, Oscar Restrepo Cardona interpuso una acción de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales.

Responsabilidad Del Estado Por Prestacion Del Servicio Medico Asistencial

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio. La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la

¹⁶ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/08001-23-31-000-1993-07622-01\(19846\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/08001-23-31-000-1993-07622-01(19846).doc)

intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuricidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

Falla médica - prueba del nexo causal.

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea. Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive,

el comportamiento culposo de la propia víctima. Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

Falla médica - prueba indiciaria del nexo causal.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad’ (...) ”, que permitían tenerla por establecida. De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de

carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

Evolucion jurisprudencial:

La falla probada en esta providencia que pasamos a ver, continua siendo la directriz a seguir, no obstante, algo importante que debemos resaltar es que la actividad que desarrolla el médico es de medio no de resultado y que, por tanto, el profesional de la salud debe agotar la totalidad de procedimientos, siendo esto así no se podría imputar la responsabilidad, debido a que el médico dispuso todo de sí para evitar los efectos negativos de los procedimientos quirúrgicos.

SENTENCIA DEL 24 DE MARZO DE 2011

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, profirió una sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), cuyo número de radicación es: 25000-23-26-000-1992-08046-01(18947)¹⁷, en donde la demandante Paulina Castellanos Torres y otros interpuso la acción de reparación directa contra Caja de Previsión Social Distrital y otro.

Título De Imputacion: Falla Probada

Debe señalar la Sala que en el presente evento han de examinarse las pretensiones indemnizatorias de la demanda a la luz del régimen de falla probada del servicio que impone no solamente establecer que se ha producido un daño a quien demanda, sino que, además, éste le es imputable al ente demandado por haber sido resultado de una falla en la prestación del servicio, tesis actualmente aceptada por la Sección.

Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva

¹⁷ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/25000-23-26-000-1992-08046-01\(18947\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/25000-23-26-000-1992-08046-01(18947).doc)

a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que por regla general conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance conforme a la *lex artis* para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho.

Evolucion jurisprudencial:

En mi parecer la sentencia que analizare, maneja la teoría de las Cargas Dinámicas Probatorias, ya que si bien reconocen que el régimen actual aplicable es el de Falla Probada, colocan como excepción que cuando a la parte actora le queda imposible probar se invierte la carga y, por lo tanto, se inaplica el artículo 177 del C. P. Civil y se aplica el principio de equidad expuesto por la Constitución Política; por otra parte, a esta inversión la Sala le coloca el nombre de falla presunta, en mi parecer, esto es errado, porque las condiciones de la falla presunta son distintas a las de las cargas dinámicas probatorias y así lo analizaremos cuando abordemos las providencias que tratan sobre estas posiciones.

SENTENCIA DEL 09 DE FEBRERO DE 2011

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, profirió la sentencia de febrero nueve (09) de dos mil once (2011), cuyo número de radicación es: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793),¹⁸ en donde la demandante Nancy Ducuara y otro interpusieron acción de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales.

¹⁸ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/73001-23-31-000-1998-00298-01\(18793\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202011/SECCION%20TERCERA/73001-23-31-000-1998-00298-01(18793).doc)

Falla Del Servicio Probada - Régimen Aplicable / Falla Del Servicio Presunta - Régimen Excepcional

En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala ha considerado procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el respectivo caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”

Causalidad Probabilística

[...] Actualmente se impone la aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante, baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, precisamente, frente a eventos de responsabilidad médica [...]

Evolucion jurisprudencial:

Esta sentencia maneja el régimen de falla probada, colocando de presente que la parte demandante debe probar en todo momento los tres elementos, sin embargo, reconoce que desde el año de 1995 se ha venido desarrollando por parte de la Sala unas reglas

probatorias(causalidad probable, un grado suficiente de probabilidad), encaminadas no a invertir el deber probatorio, sino a aligerar la carga, para ello se han empleado como herramientas los indicios, los cuales no solo le permiten al demandante cumplir con las exigencias probatorias sino también al juez hacerle entrever que bajo un juicio en donde prime la lealtad procesal y la equidad, muy seguramente, el fallo va a ser proporcional y razonable frente a las circunstancias fácticas de cada caso en concreto.

SENTENCIA DEL 28 DE ABRIL DE 2010

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, profirió sentencia el día veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), cuyo número de radicación es: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087), ¹⁹en donde el demandante Saúl Saavedra Gutiérrez y otros interpusieron la acción de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales- Seccional Valle del Cauca.

RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL: ES NECESARIO ACREDITAR TODOS LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico –artículo 249 C. P. C.- prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad – el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser contruidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de

¹⁹ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202010/SECCION%20TERCERA/76001-23-25-000-1997-04474-01\(20087\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202010/SECCION%20TERCERA/76001-23-25-000-1997-04474-01(20087).doc)

gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio. Esta última es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Carga Probatoria

Es claro, según el mandato del artículo 177 del C. P. C., que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer. En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre la falla del servicio médico asistencial y el daño, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad oficial –falla del servicio- constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar, salvo contadas excepciones, que el deber de acreditar el vínculo causal está a cargo de la parte demandante. Sin embargo, cuando no se cuenta con tal prueba directa respecto de la causalidad de la falla del servicio médico asistencial con el daño alegado o cuando aquella no le ofrece al juez un grado pleno de certeza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha recurrido también a un aligeramiento de la carga probatoria al respecto y ha empleado medios probatorios indirectos. Dicha tendencia se mantuvo sin mayor novedad hasta el año 1995, oportunidad en la cual el aligeramiento de la carga probatoria del nexo causal se extremó a tal punto, que se indicó que lo que procedía era en realidad establecer una presunción de causalidad adecuada a favor de la víctima y que la misma sólo podía ser desvirtuada en tanto la parte demandada acreditara una causa fortuita; sin embargo, también se afirmó que “la prueba de la diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada en las mejores condiciones permitidas por el servicio”, es decir, se le exigió al demandado acreditar la inexistencia de una falla del

servicio, lo cual no desvirtúa el nexo causal, en tanto que la ausencia del mismo solo acredita mediante la existencia de una causa extraña –hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima y fuerza mayor-. Tal posición se reiteró en contadas oportunidades, pero fue finalmente desechada por improcedente, toda vez que además de contradictoria, configuraba un régimen más gravoso para la demandada que el objetivo, en el cual si bien no se analiza la ilicitud de la conducta de la Administración, siempre se exige la presencia contundente del nexo causal entre aquella y el daño. Posteriormente, en sentencia del 3 de mayo de 1996, se señaló –sin invertir la carga de la prueba del demandante- que dada la complejidad de los asuntos científicos y técnicos que entraña la materia médica o por la carencia de elementos probatorios directos que permitan establecer la relación de causalidad entre la falla del servicio médico y el daño, se podía acudir a la noción de “causalidad probable”, pero sí y solo sí el grado de dificultad probatoria para el actor es tal, que impida demostrar la certeza plena de su existencia. Posteriormente y de manera más explícita, se ha precisado que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad” no implica la exoneración del deber de la parte actora de establecer la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica que hiciera posible atribuir a la entidad pública prestadora del servicio médico el daño padecido por la víctima, sino que ésta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.

Conclusión:

Con base en la evolución jurisprudencial edificada en relación con la responsabilidad médica es dable concluir que su fundamento encuentra sustento en la falla probada del servicio, en la que deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos. En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, trabajo en el que cobran especial trascendencia los indicios.

Evolucion jurisprudencial:

En la providencia que examinare, se maneja el régimen de la falla probada, para ello la Sala hace una diferenciación con la falla presunta, colocando de presente que la consideración por la cual se retoma la falla probada reside en que bajo la falla presunta la entidad demandada únicamente probaba diligencia y bastaba esta corroboración para que quedara exonerada y, que por tanto, la falla probada debía era la llamada a estructurarse como el régimen aplicable para casos de responsabilidad del estado por fallas en el servicio médico.

SENTENCIA DEL 28 DE ENERO DE 2009

En Bogotá, D.C. el día 28 de enero de 2009, por medio del consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, con el número de radicación 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700),²⁰ cuyo actor es el ciudadano German Riveros Zarate y otros interpuso demanda contra el Instituto del Seguro Social-Seccional Meta, se profirió esta providencia, conforme a los siguientes:

Título De Imputación: Falla Probada

La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición —por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos— de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada. Así pues, de la aceptación —durante un significativo período de tiempo— de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos

²⁰ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202009/SECCION%20TERCERA/50001-23-31-000-1992-03589-01\(16700\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202009/SECCION%20TERCERA/50001-23-31-000-1992-03589-01(16700).doc)

por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos —por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido— la carga de atender a los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad. Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación.

Evolución jurisprudencial:

La sentencia que voy a estudiar nos permite observar una consigna que ya la hemos venido implícitamente trabajando, y es precisamente el hecho de que si bien el Consejo de Estado asumió como posición mayoritaria la falla probada, esta impera bajo el entendido de que el juez debe aceptar cualquier tipo de prueba, y no solamente la directa, por el contrario y debido al tecnicismo de estos casos, la prueba por excelencia son los indicios, los cuales le permitirán al funcionario judicial determinar que se probaron los tres elementos(falla, daño y nexo causal).

SENTENCIA 26 DE MARZO 2008

El Consejo de Estado, mediante la consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, profirió la sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008), cuyo número de radicación es: 73001-23-31-000-1995-02349-01(15725),²¹ en donde el demandante Luis Antonio Alvarado Pantoja y Otros interpusieron la acción de reparación directa contra Hospital Federico Lleras Acosta

Responsabilidad Médica - Carga De La Prueba

En relación con los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto médico, la jurisprudencia de la Corporación ha acogido de manera sucesiva diferentes reglas, con el fin de hallar un punto de equilibrio en un tema que resulta de gran complejidad. Así se ha pasado por: (i) exigir al actor la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, porque la obligación es de medio; (ii) presumir la falla del servicio médico, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil; (iii) presumir la falla del servicio médico, por considerar que las entidades se hallaban en mayor posibilidad de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, y (iv) distribuir las cargas probatorias en cada caso concreto, luego de establecer cuál de las partes tenía mejores posibilidades de su aporte. No obstante, la Sala de manera reciente, ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica corresponde a la parte demandante acreditar todos los elementos que la configuran, para lo cual resultan admisibles todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso. De igual manera, en cuanto a la prueba del vínculo causal, se acogió en una época el criterio de que cuando resultara imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia

²¹ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202008/SECCION%20TERCERA/73001-23-31-000-1995-02349-01\(15725\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202008/SECCION%20TERCERA/73001-23-31-000-1995-02349-01(15725).doc)

de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía conformarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducían a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. Con posterioridad se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar responsabilidad a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. En consecuencia, como se viene exponiendo, para deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos cuando medie una intervención médica, la víctima del daño que pretenda la reparación correrá con la carga de demostrar la falla en la atención y que esa falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos.

RESPONSABILIDAD MÉDICA – SE REQUIERE ACREDITAR

Para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado por “pérdida de oportunidad” en materia de responsabilidad médica, se requiere acreditar: (i) Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada. Debe destacarse que, conforme a lo sostenido por la Sala, la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda

del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. (ii) Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar la salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado. (iii) Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad. Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad. Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un sucedáneo para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal. (iv) El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud.

Evolucion jurisprudencial:

Esta sentencia es particular, pues como he venido desarrollando la línea, pude observar como impera la falla probada, no obstante, en esta sentencia el título de imputación es la falla presunta, esta posición se fundamenta en que al paciente se lo considera ignorante o carente de los conocimientos técnicos-científicos y, por tanto, hay un traslado o inversión de la carga probatoria en cabeza del demandado, generando así esta providencia un precedente jurisprudencial vital en esta línea.

Sentencia Del 03 De Mayo De 2007

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Enrique Gil Botero, profirió la Sentencia del tres (3) de mayo de dos mil siete (2007), cuyo número de radicación es 76001-23-31-000-1996-05556-01(16098),²² en donde la actora Emilse Josefina Salom Herrera demandó al Instituto de Seguros Sociales-ISS- .

Consentimiento Informado - Carga De La Prueba

Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelejo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado. La Corte Constitucional ha considerado el consentimiento informado como un desarrollo específico de varios derechos fundamentales, principalmente el de la autonomía personal. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado. Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica.

Evolución jurisprudencial:

La sentencia que analizare, trae consigo unas premisas que permiten dimensionar por qué se desistió o se dejó a un lado tanto la falla presunta como la teoría de las cargas dinámicas probatorias, estos argumentos dejan de presente que la falla probada es la herramienta idónea para alcanzar las pretensiones interpuestas por la parte demandante, ya que hace una interpretación fidedigna de los artículos 90 de la Constitución Política así como del artículo 177 del C. Procedimiento Civil, y que por el contrario someterse a las

²² [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202007/SECCION%20TERCERA/76001-23-31-000-1996-05556-01\(16098\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202007/SECCION%20TERCERA/76001-23-31-000-1996-05556-01(16098).doc)

otras dos opciones traería como consecuencia someterse al arbitrio del juez así como a la voluntad de las partes, lo que en últimas sería en la práctica un contrasentido, ya que buscando equidad y lealtad se terminaría adhiriendo una carga funcional al juez la cual escapa a sus potestades y el juicio terminaría siendo inequitativo, por ello consideran que la falla probada es la más consecuente y que solo bajo este criterio mayoritario se desprenden unas excepciones para cada caso en concreto, pero nunca exonerando de la carga probatoria a la parte demandante.

Falla probada

Sentencia hito: del 31 de agosto de 2006

La Sección Tercera, con la Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, en Bogotá, el día 31 de agosto de dos mil seis 2006, cuyo número de radicación es: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772),²³ la parte actora María Olga Sepúlveda Ramírez interpuso demanda contra el Hospital Ramón González Valencia.

Título De Imputación: Falla Probada

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes,

²³ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202006/SECCION%20TERCERA/68001-23-31-000-2000-09610-01\(15772\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202006/SECCION%20TERCERA/68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).doc)

como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

Por ello, el volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. Vale señalar que en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea

imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente.

Prueba Indiciaria

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

Carga Dinamica De La Prueba - Ventajas Y Desventajas De Esta Posición Jurídica

Se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente. Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que

disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia que paso a revisar, se aclara las malas interpretaciones, ya que muchas veces se cae en el yerro de pensar que debido a la imposibilidad de probar, entonces, se invierte la carga, pues bien el Consejo al respecto asume un posición tajante de negar esta interpretación, ya que si bien reconoce las dificultades probatorias en cada caso particular, en ningún momento exonera de probar alguno de los tres elementos(falla, daño y relación causal), lo único que permite es morigerar la carga a través de indicios, facilitando así la labor probatoria del demandante.

SENTENCIA DEL 11 DE MAYO DE 2006

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, profirió la Sentencia del once (11) de mayo de dos mil seis (2006), cuyo número de radicación es 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400),²⁴ en donde el actor Lino Antonio Amortegui Guzman Y/O interpusieron acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional- .

Título Jurídico De Imputación: Falla Probada

En sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878, la Sala consideró que la aplicación en términos tan definitivos del principio de las cargas probatorias dinámicas, tal y como se venía manejando por la jurisprudencia, podía conducir a desvirtuar su propio fundamento, porque existían casos en los cuales “...los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente...” no tenían implicaciones

²⁴ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202006/SECCION%20CUARTA/25000-23-27-000-2002-00134-01\(14400\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202006/SECCION%20CUARTA/25000-23-27-000-2002-00134-01(14400).doc)

técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo procedente era que él lo hiciera y no que también en estos casos se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas. Con relación al nexo causal entre el daño y la actividad de la Administración, también ha reiterado la Sala que el mismo debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello "...que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar". Queda claro entonces, que en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, como sucede en el **sub-lite**, deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta.

Evolucion jurisprudencial:

En esta sentencia que analizare, el Consejo de Estado emite unos obiter dictum que permiten inferir una posición rígida frente a la carga probatoria, indicando para ello que se debe emplear el articulado del Código de Procedimiento Civil y que por tanto es a la parte interesada o demandante quien debe probar los hechos en los cuales edifica sus pretensiones, no obstante y a modo de salvedad coloca un ejemplo en donde la falla probada cede debido a las condiciones no óptimas para probar que tendría el demandante y por consiguiente, la entidad demandada debería asumir la carga probatoria.

SENTENCIA DEL 13 DE JULIO DE 2005²⁵

Título De Imputacion: Falla Probada

Quiere decir lo anterior, que la Sala retomó el régimen jurídico probatorio aplicable en materia contencioso administrativa, teniendo en cuenta para ello que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

Específicamente sobre el deber de probar los hechos fundamentales del proceso, el artículo 177 del C.P.C. establece que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, consagrando así el principio de la carga de la prueba, según el cual, al demandante le corresponde acreditar los hechos en los cuales edifica sus pretensiones.

De acuerdo con lo anterior, aún tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de una actividad médico asistencial a su cargo, cuando se demande buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias estatales, por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponderá al interesado probar los extremos de tal responsabilidad; es decir, la existencia del daño antijurídico, y su imputabilidad a la parte demandada.

Dicha exigencia legal en materia probatoria, se ve morigerada en aquellos casos en los cuales, por razones de equidad, deba ser la entidad demandada quien asuma la carga probatoria, porque en razón de las especiales características del hecho a acreditar a ella le resulte más fácil aportar los medios de prueba mientras que para el demandante representaría una carga excesiva, como sucede por ejemplo, con las incidencias de los procedimientos quirúrgicos, que se adelantan a puerta cerrada en salas a las que sólo ingresa el personal autorizado y el paciente que será sometido a cirugía, y que por la misma razón no está en condiciones de enterarse de nada de lo que allí suceda.

²⁵ Gil Botero, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado, cuarta edición, Bogotá, 2010, 711 pg.

Evolucion jurisprudencial:

Esta sentencia que a continuación observe, que a mi parecer es muy importante, ya que nos permite conocer unos criterios que se han venido desarrollando desde la década de los noventa y que permiten comprender como el Consejo de Estado, empleando los criterios auxiliares como la doctrina y la misma jurisprudencia, reconocen la dificultad probatoria en cabeza del demandante y, por tanto, flexibilizan a partir de nuevos criterios la carga probatoria, facilitando así que no solo haya equidad en el campo probatorio sino ante todo se enmarque dentro de una justicia social que busque reparar los errores que se producen dentro del campo de médico-asistencial.

SENTENCIA DEL 28 DE ABRIL DE 2005

El Consejo de Estado, por medio de la consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, profirió la Sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), cuyo número de radicación es 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786),²⁶ en donde la demandante Dalila Duica de Pereira y Otros interpusieron acción de reparación directa contra el Departamento del Magdalena-Hospital Central Julio Mendez Barreneche.

Responsabilidad Del Estado En La Prestacion Del Servicio Medico Asistencial

En un primer momento en la evolución jurisprudencial, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio. En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico. El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la

²⁶ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202004/SECCION%20CUARTA/25000-23-27-000-2003-91521-01\(14786\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202004/SECCION%20CUARTA/25000-23-27-000-2003-91521-01(14786).doc)

acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas). En el año 1990 se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’, que permita tenerlo por establecido. Debe advertirse, además, que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”.

Carga De La Prueba- Indicios

La Sala ha precisado los criterios en materia de responsabilidad médica para señalar que: (i) Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la

valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia se maneja el postulado de falla probada, y es importante porque se especifica las características de los tres elementos (daño, falla y nexo causal) para que se constituya la falla del servicio, dejando de presente que bajo este sistema el título es subjetivo, en el entendido que es al demandante quien le corresponde probar estos las anomalías cometidas por el demandado.

SENTENCIA DEL 20 DE ABRIL DE 2005

El Consejo de Estado, mediante la consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, profirió la Sentencia del veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005), cuyo número de radicación es 20001-23-31-000-1996-02788-01(15067),²⁷ en donde los actores Víctor Manuel López Roperó y Edgar Aroca Roperó interpusieron acción de reparación directa contra la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Falla Del Servicio - Título Jurídico Subjetivo

En el título jurídico de falla, invocado en la demanda, es necesario demostrar, concurrentemente: el hecho anómalo, por acción o por omisión; el daño o menoscabo (s) que debe reunir las siguientes calidades: cierto, presente o futuro; particular, a las personas que solicitan reparación; que exceda los inconvenientes inherentes al servicio y que lesione un derecho con protección jurídica; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre los dos elementos anteriores, que implican además que no se esté en presencia de causa

²⁷ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202005/SECCION%20TERCERA/20001-23-31-000-1996-02788-01\(15067\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202005/SECCION%20TERCERA/20001-23-31-000-1996-02788-01(15067).doc)

ajena es decir que el daño no provenga exclusivamente del hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o de fuerza mayor. Este título jurídico es SUBJETIVO, toda vez que al demandante le corresponde demostrar la calificación de irregular o anómala del comportamiento del demandado.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia el postulado que maneja la Sala es el de falla probada, no obstante, para efectos de probar la falla del servicio y dado la imposibilidad del demandante de probar, invertirá la carga, pero esto es excepcional, de igual manera, argumenta que en ningún caso se podrá invertir la carga del demandante, para efectos de probar la relación de causalidad, lo único que se puede hacer es por medio de pruebas indirectas(indicios) ir adquiriendo un grado de probabilidad alto para así fallar.

SENTENCIA DEL 01 DE JULIO DE 2004

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, profirió la Sentencia del primero (1º) de julio de dos mil cuatro (2004), cuyo número de radicación es 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696),²⁸ en donde la actora Carmen Sofía James de Mendoza demandó al Instituto de Seguros Sociales- ISS

La Responsabilidad Del Estado Por La Prestación Del Servicio De Salud

En relación con este tema y con el fin de aclarar algunos aspectos planteados en el proceso acerca del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, se considera pertinente analizar el fallo proferido el 10 de febrero de 2.000, dentro del expediente 11.878., que trata sobre el principio de las cargas probatorias dinámicas (...); Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial

La Carga De La Prueba - Grado Suficiente De Probabilidad

Un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser

²⁸ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202004/SECCION%20TERCERA/08001-23-31-000-1993-7649-01\(14696\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202004/SECCION%20TERCERA/08001-23-31-000-1993-7649-01(14696).doc)

considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”.

Relacion de causalidad - carga de la prueba.

Tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión -ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

De igual manera, debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia que examine, el postulado que finalmente se manejo fue el de falla presunta, y manifiesto finalmente, por cuanto, en principio, la Sala dijo aplicar el postulado de las cargas dinámicas probatorias, pero al final de su argumentación el sistema probatorio acogido fue el de falla presunta.

SENTENCIA DEL 15 DE AGOSTO DE 2002

El Consejo de Estado, por medio de la Sección Tercera, profirió la sentencia del 15 de agosto de 2002, cuyo número de expediente es 11.605,²⁹ esta providencia tiene su especialidad por cuanto si bien, en principio dijo aplicar el principio de las cargas probatorias dinámicas, finalmente y como se deducirá del texto que me remito a transcribir, termina aplicando el de falla presunta.

Título De Imputación: Falla Presunta

Así las cosas, considera la Sala demostrado que luego de la primera intervención, se produjo un proceso infeccioso que no constituía un riesgo propio de aquella y, si bien no está acreditado que no se hubiera tomado todas las medidas de asepsia y antisepsia, en el curso de la operación, para evitar dicha complicación, lo que permitirá tener por establecida de manera directa la falla en la prestación del servicio médico, es claro, por una parte, que la aparición de dicho proceso constituye un indicio de que tales medidas no se tomaron y, por otra, que si tal indicio no pudiera considerarse suficiente, estamos ante uno de aquellos casos en los que la demostración de los hechos que estructuran la falla resulta prácticamente imposible para la víctima y los otros demandantes, dado que se trata de acreditar la realización de actividades cuyo contenido- referido al tipo de medidas aconsejables, al tiempo en que deben adoptarse, etc., y determinado por un conocimiento técnico y científico propio de la actividad médica-es desconocido por ello y que, además, debieron llevarse a cabo cuando la primera se encontraba anestesiada y los segundos no estaban presentes.

Es procedente, en estas condiciones, aplicar el principio constitucional de equidad, acudiendo, de manera excepcional, a la inversión del deber probatorio, conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones.

Puede presumirse, entonces, que la aparición del proceso infeccioso en el cuerpo de la señora Lilyam Sarmiento, después de la práctica de la primera cirugía, tuvo por causa

²⁹ www.consejodeestado.gov.co

una falla en la prestación del servicio médico, consistente en la ausencia de las medidas de asepsia y antisepsia necesarias para evitar dicha complicación.

Evolución jurisprudencial:

En la sentencia que a continuación investigue, el postulado es de falla probada, en esta la Sala comienza a sembrar controversia por cuanto dice que no aplicara las cargas probatorias dinámicas y aparte de ello indica que el demandante debe probar la falla, el daño y la relación de causalidad, solo que con esta última y en caso excepcional se puede hacer mediante indicios.

SENTENCIA DEL 14 DE JUNIO DE 2001

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, profirió la sentencia del catorce (14) de junio de dos mil uno (2001), cuyo número de radicación es 13001-23-31-000-1990-7392-01(11901),³⁰ en donde el actor Wilfredo Puello Royo demandó al Instituto de Seguros Sociales.

Falla Del Servicio Medico Asistencial - Procedencia De La Prueba Indiciaria Respecto De La Relación Causal

Observaciones que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la

³⁰ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202001/SECCION%20TERCERA/13001-23-31-000-1990-7392-01\(11901\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202001/SECCION%20TERCERA/13001-23-31-000-1990-7392-01(11901).doc)

Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones. Lo anterior puede observarse en la sentencias del 3 de mayo de 1999, Exp. 11169 y en sentencia del 7 de octubre de 1999, Exp. 12655. Se observa, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar. En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención.

En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aun para los propios médicos. Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado– los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Solo resta advertir que el análisis de la causalidad debe preceder siempre al de la existencia de la falla del servicio, en los casos en que ésta se requiere para estructurar la responsabilidad de la entidad demandada.

Evolucion jurisprudencial:

En esta sentencia que a continuación se analizó se maneja el postulado de las cargas dinámicas probatorias, dejando claro que la falla presunta se derivó de esta teoría, además, y si bien el relación de causalidad de probarse por el demandante, en condiciones en la cuales la

dificultad probatoria sea evidente el juez puede obtar puede darla por establecida por la alta probabilidad de su existencia; por último debo dejar de presente que esta sentencia va mas encaminada a resaltar la viabilidad de la falla probada que a considerar la falla presunta, pues este último en el parecer de la Sala no es autónomo.

SENTENCIA DEL 22 DE MARZO DE 2001

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, profirió la sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2001), cuyo número de radicación es 63001-23-31-000-1995-3700-01(13284),³¹ en donde el actor Jesús Alberto Rodríguez López y Otra demando al Hospital San Juan de Dios de Armenia y Otro.

Prueba De La Falla Y De La Relación Causal

El tema de la prueba de la falla médica y de la relación causal es de gran controversia jurisprudencial, también en los eventos de responsabilidad contractual o extracontractual de los médicos o instituciones particulares. En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la alta probabilidad de su existencia, que conduciría al establecimiento de una nueva causal virtual. En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la

³¹ [http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202001/SECCION%20TERCERA/63001-23-31-000-1995-3700-01\(13284\).doc](http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202001/SECCION%20TERCERA/63001-23-31-000-1995-3700-01(13284).doc)

omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa.

De acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia.

Más recientemente, la Sala ha considerado que la presunción de falla en los casos de responsabilidad médica se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

Evolución jurisprudencial:

En la sentencia que se investigó a continuación, se maneja el postulado de falla presunta, y hace un interesante planteamiento en el cual se indica que si bien a la parte demandante le corresponde probar la relación de causalidad, también existe eventos en donde hay dificultad probatoria, por consiguiente, se debe dar un aligeramiento para que se pruebe por medio de indicios, pero no por ello se establece una presunción de causalidad.

SENTENCIA DEL 15 DE JUNIO DE 2000

El Consejo de Estado, mediante la consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, profirió la sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000), cuyo número de radicado interno es 12548,³² en donde los actores María Isabel Montoya de Carmona y Otros demandaron a la Nación-Ministerio de Salud-

³² <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202000/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP2000-N12548.doc>

Falla Del Servicio Medico - Prueba Del Nexo Causal

Aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración de la causalidad en materia médica, no resulta aventurado sostener que ante casos de difícil prueba de la causa, se adopten criterios que aligeren la situación de la víctima, máxime si se tiene presente que, la dificultad en el hallazgo de una causalidad razonablemente cierta que permita formular el juicio de imputación, puede obedecer, precisamente, a la forma grupal de la prestación del servicio médico de salud, que en no poca medida impide el conocimiento de tal elemento por el anonimato que suele presentarse ante la participación plural del grupo de médicos, en virtud de la cual, no puede atribuirse a una determinada conducta el germen de la causa del evento dañoso o, la configuración clara de la misma, por la concurrencia de causas, no resultando acorde con el criterio de justicia, el que el dañado, a quien se le vulnera su derecho constitucional a la salud, tenga que cargar con la dificultad probatoria, que en la práctica se traduce, en la falta de efectividad y protección de su daño.

Esa es por lo demás la orientación doctrinal, que en esta ocasión la Sala hace suya, del autor Roberto Vázquez Ferreira en su libro de Daños y Perjuicios en el ejercicio de la medicina: “De todas formas, y no obstante lo expuesto hasta ahora, cabe asentar que la doctrina y la jurisprudencia en los últimos tiempos, con sensibilidad y sentido de justicia muy plausibles, tienden a aligerar la prueba de la interconexión entre el hecho - o factor eficiente como lo llama Bustamante Alsina - y el daño. Si el médico actuó asistiendo al paciente y éste experimentó un resultado dañoso, ha de concluirse, en principio, desde luego, que existe imputación material; y el facultativo tendrá que hacer patente que ese resultado obedece a una causa ajena. La Sala desea precisar que el acogimiento de tal orientación no comporta el establecimiento, por vía general, de una presunción de causalidad, sino tan sólo, de un aligeramiento ante verdaderos casos de dificultad probatoria, sin que de allí pueda concluirse, que la causalidad no le incumba probarla a quien aduce su existencia, que es la víctima, por regla general. Por último, la Sala no pasa por alto que, si bien es cierto, la prueba de la causalidad absorbe muchas veces la del elemento culpa, el cual adviene acreditado con la prueba de aquél, no es menos cierto que, la prueba de la culpa no comporta la de la causalidad; ambas nociones difieren en su contenido y desempeñan una función bien diferente.

Lo que interesa para los efectos de resarcimiento y, naturalmente, de la estructuración

de la responsabilidad es, ante todo, la posibilidad de imputación o reconducción del evento dañoso al patrimonio de quien se califica preliminarmente de responsable; esto ha de aparecer acreditado cabalmente, para no descender inoficiosamente al análisis culpabilístico, que en esta materia cumple la función primordial de abrirle paso a la exoneración o, eventualmente, a la atenuación de responsabilidad. La atenuación en el entendimiento que el daño puede haber sido causado por el médico pero frente al cual éste puede exonerarse cuando acredita diligencia y cuidado; la carga probatoria, las más de las veces, la soporta el galeno. Al recibo del paciente por parte del Hospital San Jorge no se dejaron anotaciones en la hoja clínica relativas a que hubiese llegado en estado terminal o de pre muerte; de ser así se habría dejado constancia de ello en la historia clínica, se habría prevenido de tal circunstancia al paciente y a sus familiares, y no se habrían hecho indicaciones médicas de evaluación por el neurólogo y la orden de practicar una escenografía.

El hematoma subdural que se encontró en la necropsia, según dicho del médico testigo, fue relativamente “extenso en altura, en longitud, pero no en espesor, que es este último el que más deterioro produce. Se constituye en indicio grave en contra del demandado el hecho relativo a que el transcurso del tiempo en el paciente, con tarumá craneo encefálico, sin recibir atención, la “evolución de la comprensión que a mayor sea el tiempo mayor complicaciones va a ocasionar” y eleva el riesgo; así lo indicó el declarante médico. Es hecho indicador de que el paciente cuando llegó no estaba en estado severo; el paciente con el paso del tiempo, en manos del demandado, se deterioró sin que éste hubiese adoptado conductas diligentes. Por lo tanto para la Sala el nexo de causalidad se estableció de manera indirecta, con indicios.

Falla Del Servicio Medico Asistencial - Régimen General De Aplicación Es De La Falla Presunta Y Excepcional El De La Falla Probada

Esta Corporación, en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en la prestación del servicio médico ha recurrido a la aplicación, en una primera etapa, al de falla probada en las obligaciones de medio. En la segunda etapa, la jurisprudencia varió para analizar la responsabilidad del Estado en dicha prestación, bajo el régimen de responsabilidad por falla presunta; han sido bastantes los pronunciamientos en ese sentido. Esa variación se

manifestó, en forma ocasional, en la sentencia proferida el de 24 de octubre de 1990, Exp. 5902. Luego al dictarse otro fallo, el día 30 de julio de 1992, en el Exp. 6897, se precisó el criterio de falla presunta y a partir de esta fecha el régimen que se aplicó, en la materia vista, fue el de responsabilidad por falla presunta. En la actualidad esa jurisprudencia sigue vigente aunque pareciere que se hubiere variado, parcialmente, como consecuencia del pronunciamiento, reciente, del día 11 de noviembre de 1999, Exp. 12165, por hechos concernientes a la responsabilidad patrimonial del Estado, por falencias de un Centro Hospitalario con ocasión de la caída de un bebé (de una camilla).

En este caso no se presumió la falla porque ésta se probó. Estima la Sala, unánimemente, que dicha referencia textual, en forma aislada, sobre toda la posición jurisprudencial no significa, realmente, la variación de la anterior posición, por la circunstancia que se anotará. Por consiguiente se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de “los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio”; y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicabilidad del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido “el de falla presunta”. Como en el caso concreto se probó la falla no se acudirá a la aplicación del régimen de falla presunta.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia que se investigó, se maneja el postulado de la falla presunta, no obstante, en esta providencia, se hace una aclaración en cuanto a los servicios que ocurren dentro de un hospital, sin que los mismos posibiliten la diferenciación de regímenes probatorios aplicables para los casos concretos, pues como reitera esta providencia, el régimen aplicable desde el año de 1992 es de falla presunta, sin embargo, en la providencia del 11 de noviembre de 1999 esta posición varía.

SENTENCIA DEL 09 DE MARZO DE 2000

El Consejo de Estado, por medio de la consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, profirió la sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil (2000), cuyo número de radicación interno es 12489,³³ en donde el actor Álvaro Barón y otros demandaron al I.S.S. y a la Nación (Minsalud).

Título De Imputacion: Falla Presunta

En la actualidad, la Falla Presunta, sigue vigente aunque pareciere que se hubiere variado, parcialmente, como consecuencia del pronunciamiento, reciente, del día 11 de noviembre de 1999, por hechos concernientes a la responsabilidad patrimonial del Estado, por falencias de un Centro Hospitalario con ocasión de la caída de un bebé (de una camilla). En este caso no se presumió la falla porque ésta se probó.

Estima la Sala, unánimemente, que dicha referencia, en forma aislada, sobre toda la posición jurisprudencial no significa, realmente, la variación de la anterior posición, por la circunstancia que se anotará. En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de “los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio”; y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicabilidad del régimen de **falla probada** frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, **sin diferenciar**, es y ha sido “el de falla **presunta**”.

Evolucion jurisprudencial:

Con la siguiente sentencia, se establece de manera expresa la nueva postura del Consejo de Estado, es decir, el instrumento de la Cargas Dinámicas Probatorias, que no es otra cosa que determinar cuál es la parte dentro del proceso que se encuentre en mejor

³³ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202000/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP2000-N12489.doc>

situación frente a un supuesto factico debatido en el proceso para así adquirir el deber de suministrar los elementos de juicio para probar la veracidad o falsedad del mismo.

Otro aporte fundamental e implícito de esta providencia es la corrección de la postura asumida por el Consejo de Estado en el año de 1992, ya que según esta posición se había gravemente desconocido el dinamismo de la carga, ya que bajo la falla presunta se había establecido una presunción estática, que no era viable por cuanto el principio de equidad estipulado en la Constitución de 1991 solo era aplicable en ciertos eventos, en otros términos, para el doctrinante Enrique Gil Botero, “ *con esta providencia se retoma el título de imputación de la falla probada para especificar que, la regla general, es que a la parte actora le corresponde acreditar los elementos que integran la responsabilidad medica del Estado, salvo que de manera excepcional, y por razones de equidad, el juez encuentre oportuno aplicar el postulado de la carga probatoria dinámica, en cuyo caso deberá establecer, en cada particular evento, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar así la decisión*”.

Cargas dinamicas de la prueba

Sentencia hito del 10 de febrero de 2000

La Sección Tercera, cuyo consejero ponente es el Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, en Santa Fe de Bogotá, el día 10 de febrero de 2000, radicación número: 11878³⁴, la parte accionante: Josué Reinaldo Durán Serrano y otros interpusieron demanda en contra del Hospital Universitario Ramón González Valencia y Universidad Industrial de Santander - UIS.

Cargas Dinamicas De La Prueba

En esta sentencia se reinterpreta la falla presunta, teniendo como base la Constitución Política de 1991 y el principio de equidad, cuando manifestó que:

³⁴ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%202000/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP2000-N11878.doc>

Concepto Y Naturaleza

En relación con esta posición (Falla Presunta), reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieván el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

El papel de juez:

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión.

Fundamento Constitucional

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el derecho colombiano cuenta con una norma que consagra un principio general de responsabilidad del Estado, a cuyo mandato debe atenerse el fallador. No parece prudente, en esas circunstancias, recurrir indiscriminadamente a las teorías que, con criterios de agrupación casuística,

elaboró la jurisprudencia anterior a la nueva Carta Política. Debe buscarse en la nueva norma un sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia se pudo observar, que se acoge el postulado de la falla probada, para ello la Sección Tercera hace una diferencia entre actividades medicas propiamente dichas y el funcionamiento y la organización que se despliega para desarrollar este servicio, concluyendo la Sala que si bien estas dos actividades buscan la misma finalidad, jurisprudencialmente son diferentes debido al desarrollo científico que cada una de ellas exija, en consecuencia, para la primera se aplica falla presunta y para la segunda falla probada, esta ultima es la que se aplica para el caso concreto, generando así una inseguridad jurídica, pues el régimen en estos años era el de falla presunta, sin ninguna diferenciación, como si se hace en esta sentencia.

SENTENCIA DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 1999

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, profirió la sentencia de noviembre once (11) de mil novecientos noventa y nueve (1999), cuyo número de radicación es 12165,³⁵ en donde el actor Rosvelt Caicedo González y Otros demandaron al Hospital San Vicente de Palmira.

Falla Del Servicio Hospitalario - Aplicación Al Régimen De Falla Probada

La relación fáctica anterior es para la Sala prueba suficiente sobre la muerte de un recién nacido en circunstancias complejas, y de su relación de causalidad con el servicio médico - asistencial que el Hospital San Vicente de Paúl de Palmira brindó a su madre, la señora María Nelly Mena. Dejar caer al recién nacido y encontrarse bajo llave el equipo de entubación cuando se necesitó para salvar la vida del infante Rulber Caicedo, constituyen

³⁵ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201999/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1999-N12165.doc>

respectivamente hechos que denotan impericia e imprevisión en la prestación del servicio, que funcionó defectuosamente, y se erige como causa del desenlace fatal.

Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad. Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalar al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la acusación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla.

En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave. La parte demandada ni se tomó el cuidado de atender a la carga procesal de contestar la demanda, ni alegó ni mucho menos podía establecer que hubiere procedido con diligencia o prudencia relativa a los hechos por los cuales se demanda, y por lo mismo, es claro para el ad-quem que habrá de deducirse la responsabilidad de la entidad demandada como lo decidió el a-quo, pero por las razones aquí anotadas y bajo la aplicación del régimen de responsabilidad por falla probada, y no por el de la falla presunta.

Evolución jurisprudencial:

En mi parecer, la siguiente sentencia toma el postulado de las cargas dinámicas probatorias, no obstante esta sentencia revive la controversia entre la relación de las cargas dinámicas probatorias y la falla presunta, pues después de esta providencia observaremos que el Consejo estudia y desarrolla la falla presunta, y digo que es controversial por cuanto se han realizado dos interpretaciones al respecto, la primera de ellas que desarrolló esta sentencia, la cual manifiesta que de las cargas dinámicas de la prueba surge un efecto o se manifiesta a través de las fallas presuntas y otra posición anterior, año 1992, la cual preceptúa que la falla presunta y la cargas dinámicas son diferentes e independientes.

SENTENCIA DEL 07 DE OCTUBRE DE 1999

El Consejo de Estado, mediante la consejera ponente Maria Elena Giraldo Gomez, profirió la sentencia del siete (07) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), cuyo número interno de radicado es 12655,³⁶ en donde el actor Bernardo Roldan y Otros demandaron al Instituto Metropolitano de Salud de Medellín (METROSALUD)- y Otros.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Prueba del nexo causal - Prueba indiciaria

El programa de cobertura se traduce en la prestación de un servicio médico y / u hospitalario caracterizado por su masificación, en donde el usuario ha de ser protegido adecuadamente, porque constitucionalmente goza del derecho fundamental de acceso a dichos servicios da lugar a la denominada pluriparticipación médica y, comporta cambios trascendentales, desde el punto de vista de la responsabilidad; a la vez genera problemas de orden probatorio, porque esa manera de ejercer la medicina da lugar al anonimato tanto de las causas como de las culpas, que concurren a la producción del daño.

En este orden de ideas la Sala advierte que se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir

³⁶ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201999/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1999-N12655.doc>

presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado a la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa.

Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica. El ámbito donde ha de situarse la atención para el análisis de los casos de responsabilidad, presupuesto la demostración del daño, es el del elemento causal, el cual no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto y, mucho menos, si se ha llegado a tal conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica probatoria. Se reitera que la culpa no comporta de ordinario la prueba de la causa.

Evolución jurisprudencial:

En la sentencia que se investigó, se continua con el postulado de falla presunta, dentro la cual debemos tener presente que no se releva al demandante de probar la relación de causalidad, por consiguiente, y en vista de que hay casos en donde el demandante no cuenta con el suficiente material probatorio debido a su mismo desconocimiento científico que implica esta ciencia, el Consejo establece un criterio de proporcionalidad llamado “un grado suficiente de probabilidad”.

SENTENCIA DEL 03 DE MAYO DE 1999

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, profirió la sentencia del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), cuyo

número de radicación es 11169,³⁷ en donde el actor Vicente Segundo Sierra Pérez demandó al Instituto Nacional de Cancerología.

PRUEBA DE LA RELACION DE CAUSALIDAD - Probabilidad de su existencia

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'". Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejía de su hija, derivada de la falla médica.

Evolución jurisprudencial:

En esta sentencia se pudo observar que se continúa con el postulado de la falla presunta, dejando de presente que la prestación del servicio médico contiene una obligación de medio y no de resultado, por ello hace una interesante diferencia entre la ausencia de la falla del servicio- régimen de responsabilidad subjetiva- y la ocurrencia de una causa extraña como determinante del daño- régimen de responsabilidad objetivo-.

³⁷ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201999/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1999-N11169.doc>

SENTENCIA DEL 03 DE NOVIEMBRE DE 1997

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, profirió la sentencia de abril tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997), cuyo número de radicación es 9467,³⁸ en donde el actor Bernardo Patiño Jaramillo demandó al Instituto de Seguros Sociales.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - OBLIGACION DE MEDIO -

Es cierto que está acreditada la existencia del daño sufrido por la paciente y la relación de causalidad de dicho daño con la intervención quirúrgica, lo que hace presumir la falla del servicio en la Entidad demandada, en la medida en que el resultado dañoso no era lo normalmente esperado como producto de intervención médica; y precisamente la circunstancia de que el cumplimiento de la prestación médica estuvo a cargo de la demandada es lo que hace, en virtud de la presunción antes enunciada, que a ella le corresponda acreditar que ésta se desarrolló en debida forma.

En otras palabras, demostrado como está en el sub júdice que el servicio se amplió diligentemente; o, lo que es lo mismo, evidenciada la ausencia de falla en el servicio, la entidad demandada queda exonerada de responsabilidad, toda vez, como ha tenido oportunidad de reiterarlo la Sala, la obligación que a ella le incumbe en este tipo de servicios no es obligación de resultado sino de medios, en la cual la falla del servicio es lo que convierte en antijurídico el daño. Afirmar, como lo señalan los magistrados disidentes, que la demanda solo podía exonerarse demostrando la ocurrencia de una causa extraña como determinante del daño, implicaría considerar que la obligación médica es una obligación de resultado, desconociendo su naturaleza, y determinaría someterla al régimen de responsabilidad objetiva, lo cual no ha sido nunca afirmado por la jurisprudencia, pues resulta claro que en estos casos el riesgo que representa un tratamiento médico se asume por el paciente y es él quien debe soportar sus consecuencias cuando ellas no puedan imputarse a un comportamiento irregular de la entidad prestadora del servicio.

³⁸ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201997/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1997-N9467.doc>

CARGA DE LA PRUEBA – DILIGENCIA Y CUIDADO

El hecho de que en el proceso no se hubiere establecido cual fue concretamente la causa científica que generó la consecuencia perjudicial sufrida por la paciente, no implica que no pueda darse por establecida la ausencia de falla del servicio como causal exoneratoria de responsabilidad para la demanda. Probar ausencia de falla no significa demostrar cual fue concretamente la circunstancia que determinó la producción del daño. La carga que incumbe en estos eventos a las entidades oficiales prestadoras de servicios médicos y que se les impone en desarrollo de la falla que en su contra se presume, se limita a demostrar que su conducta fue diligente y que el daño sufrido por la víctima no fue producto de inatención o de atención inadecuada; ello implica, finalmente, deducir que el riesgo propio de la intervención médica, que no permiten que sobre ella se configure una obligación de resultado, se presentaron y fueron los causantes del daño.

Por tal razón, se ha dicho que la prueba de la ausencia de culpa no puede ser nunca en realidad una prueba perfecta, en la medida en que lo que se evidencia, mediante la demostración de la diligencia y el adecuado cumplimiento de las obligaciones en la entidad médica, es simplemente que el daño no ha tenido origen en su falla, sin que tenga que demostrarse exactamente cuál fue la causa del daño recibido por el paciente, pues si se exigiera esta última demostración, se estaría pidiendo la demostración de una causa extraña, que es la causal de exoneración propia de los regímenes objetivos de responsabilidad.

Evolución jurisprudencial:

La sentencia que se analizó a continuación maneja el postulado de la falla presunta, dejando de presente que el hecho de que se aplique este postulado no significa que el demandante se releve de su deber de probar.

SENTENCIA DEL 04 DE SEPTIEMBRE DE 1997

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, profirió la sentencia de septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997), cuyo número de radicación es 10251,³⁹ en donde el actor Carlos Julio Ovalle y Otros demandaron al Hospital Militar- Miniddefensa-.

RESPONSABILIDAD MÉDICA - FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO

En los procesos por responsabilidad médica se presume la falla del servicio, lo cual implica la inversión de la carga de la prueba de manera que al demandado, para exonerarse de responsabilidad, le corresponde probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio. Pero al demandante no se le releva plenamente de su onus probandi, sino que se reduce a los otros elementos de la responsabilidad, esto es la existencia del daño y falla del servicio.

Evolución jurisprudencial:

En la sentencia que analizaremos, continúan fallando bajo el postulado de la Falla presunta, pero es particular recalcar que de este fallo el deber que tienen la entidades prestadoras de salud de desvirtuar no únicamente con la presentación de historias clínicas, sino con convicciones serias que conlleven efectivamente a entender por parte del juzgador que hubo la diligencia y el cuidado necesario para con el paciente, de igual manera, la sentencia recalca que juez debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto y que bajo la sana crítica se debe llegar a una decisión, por último y para efectos de claridad se establece que la falla presunta no se extiende para la relación causal ni para el daño.

³⁹ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201997/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1997-N10251.doc>

SENTENCIA DEL 08 DE MAYO DE 1997

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, profirió la sentencia de mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997), cuyo número de radicación es 11220, en donde el actor Mercedes Zapata y Otros demandaron al Ministerio de Salud- Caja Nacional de Previsión Social –Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”.

FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO DE SALUD / CARGA DE LA PRUEBA –

La Sala reafirma la utilidad de la presunción de falla en los casos en que la víctima de daños por la acción u omisión del servicio de salud, no pueda probar la falla y la entidad demandada no pruebe la diligencia y el cuidado debidos al paciente. Destaca de esta doctrina estos rasgos sobresalientes para su correcta aplicación. No se trata de una presunción de responsabilidad, como es el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas, en los que la exoneración del deudor sólo se logra por causa extraña. Se trata de una regla de valoración y de razonamiento para el juzgador ante la falta de prueba de la falla, aunque no de otros extremos (el daño y la relación causal adecuada), como de una regla dirigida a regular la conducta procesal de las partes, cada una probará lo que le toca. A la entidad prestataria del servicio de salud, ejecutora del procedimiento médico concreto, le tocará probar la diligencia y el cuidado ofrecidos al paciente. La demostración suficiente o plena de esta actitud la exonerará de responsabilidad, aunque el resultado final no haya sido satisfactorio.

Con esto se reitera el criterio de la Sala de que la actividad médico asistencial, salvo algunos casos, es una obligación de medio. Como se trata de una regla de valoración y de razonamiento, el juzgador debe hacer una comprensión acertada del caso, evaluando y sopesando con sana crítica los medios probatorios allegados al proceso. De hecho, la Sala estima sobre el punto, que como la presunción trasladada a la entidad pública prestadora del servicio la carga de probar la diligencia y cuidado en el manejo del paciente, la prueba documental por ella presentada y las que pida tendientes a corroborar el correcto manejo clínico y quirúrgico del paciente deben, en principio, ser apreciadas ampliamente por el

fallador; y solo ante prueba que demuestre la falsedad o la alteración de la historia clínica, por ejemplo, ésta perdería toda fuerza demostrativa de los cuidados médicos recibidos por un enfermo.

En todo caso, no basta con que la entidad responsable del acto adjunte simplemente la mera historia clínica, sin otras explicaciones convincentes sobre el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad. La presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño. Si del acervo probatorio se establece que éste pudo originarse por varias causas, no todas atribuibles a la acción u omisión del servicio de atención médico asistencial, sino a la evolución endógena de la enfermedad, o a riesgos propios del tratamiento aunque difíciles de prevenir, no se estructurará la responsabilidad patrimonial, por faltar ya no el primer elemento de la falla del servicio, sino el segundo, vale decir, la relación causal. El juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para determinar hasta qué punto la falla presunta, originó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño.

Evolución jurisprudencial:

Esta sentencia que a continuación se analizo es muy importante y controvertida, por cuanto va sembrando o aportando argumentos en favor de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, que como ya lo vimos, se establecieron en el año 2000, no obstante, esta providencia afirma que la falla presunta nace del desarrollo de las cargas dinámicas de la prueba, ya que esta teoría desvirtúa el principio “actor incumit probatio” el cual hasta esos momentos era absoluto y así lo veremos en la providencia de 1990.

Sin embargo, y como se mirara en los pronunciamientos del año de 1992, en mi parecer y respaldado también por el doctrinante Enrique Gil Botero, actualmente consejero de la sección tercera del Consejo de Estado, la falla presunta no tiene su fundamento en las cargas dinámicas de la prueba.

SENTENCIA DEL 22 DE MAYO DE 1996

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Jesús María Jaramillo Ballesteros, profirió la sentencia de mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996), cuyo número de radicación es 11301,⁴⁰ en donde la actora Laura Rosa Gil Rendón y Otros demandó al Ministerio de Salud de Salud y Dirección Seccional de Salud del Dpto. de Caldas.

TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LAS PRUEBAS - Concepto. Responsabilidad por el acto médico

El estudio del acto médico dentro del marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, condujo a esta Corporación entre otros desarrollos doctrinarios a la adopción de criterios tales, según los cuales el ejercicio de la medicina comporta obligaciones de medio y no de resultado y por otra parte a admitir que en el evento de un juicio de responsabilidad la culpa no demanda prueba por parte del paciente o víctima sino que, compete al profesional demandado (administración), la prueba de haber obrado con diligencia y cuidado debidos de conformidad con los conocimientos adquiridos por la ciencia médica. Esta tesis fue adoptada en desarrollo de la teoría de la carga dinámica de las pruebas según la cual no es absoluto el principio “actor incumit probatio” sino que, dependiendo de las circunstancias es posible que excepcionalmente se invierta la carga de la prueba de la culpa por lo cual no se eliminó este concepto como fundamento de la responsabilidad sino que se removió el obstáculo del fardo probatorio tradicionalmente a cargo del actor para reemplazarlo por el deber de probar radicado en quien es conocedor y mejor situado fáctica y científicamente para explicar su conducta.

Lo hasta aquí reseñado merece precisiones doctrinarias tendientes a aclarar malos entendidos en la interpretación de los criterios que orientan el derrotero jurisprudencial. En efecto, bien podrían señalarse tres rubros:

⁴⁰ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201996/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1996-N11301.doc>

1°. No es cierto que las obligaciones derivadas del ejercicio de la medicina sean por vía general, de medio, por cuanto en determinadas circunstancias o modalidades, se deben resultados.

2°. La presunción de la culpa relacionada con el acto médico en el campo puramente científico es en la práctica una excepción que no puede generalizarse en su aplicación a otros actos adyacentes o colaterales del acto médico propiamente dicho, para los cuales se ha de aplicar el régimen común de la falla probada.

3°. En el ejercicio de la medicina, se presentan casos en los cuales se está indudablemente frente al compromiso obligacional de garantizar la prestación a quien tiene derecho a ella. Para explicar este concepto acudimos a algunos ejemplos prácticos.

Es pues necesario identificar cada una de las prestaciones que comporte el ejercicio de la medicina, pues la responsabilidad deriva de cada una de las prestaciones y en cada caso según su contenido y naturaleza, tendrá un efecto propio.

Evolución jurisprudencial:

En la siguiente sentencia, se continua con la tesis de Falla Presunta, aclarando que la prueba de diligencia no es otra cosa que probar que la entidad prestadora del servicio de salud coloco a disposición del paciente todos los medios idóneos así como una atención de calidad para que el paciente se recupere.

SENTENCIA DEL 03 DE FEBRERO DE 1995

El Consejo de Estado, mediante el consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, profirió la sentencia de febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995), cuyo número de radicación es 9142,⁴¹ en donde el actor Virgilio Duran Rizo demandó a Caja Nacional de Previsión.

⁴¹ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201995/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1995-N9142.doc>

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / CARGA DE LA PRUEBA

La demostración de diligencia que incumbe en casos como el que se deja analizado a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en principio demuestra el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. A la actora le incumbe, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la demandada; y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo le corresponde a ésta. Y, la prueba de diligencia para destruir dicha presunción, no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada, en las mejores condiciones por el servicio.

Evolución jurisprudencial:

Mediante la sentencia que a continuación analizare, se continua con el postulado de falla presunta, dejando claro que la parte demandante solo debe probar la prestación del servicio y que este a su vez le ocasiono el daño, para así trasladar figurativamente la carga a la entidad prestadora del servicio la cual para desvirtuar tendrá que probar su diligencia y cuidado o argüir otros fundamentos exonerativos.

SENTENCIA DEL 24 DE JUNIO DE 1994

El Consejo de Estado, por medio del consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, profirió la sentencia del 24 de junio de 1994, cuyo número de expediente es 8940⁴²; en donde la actora Edelmira Castañeda de Muñoz demandó al Instituto de Seguro Social.

FALLA PRESUNTA:

“En casos como el presente, la sala ha manejado el asunto con base en la tesis de la falla presunta. En tales condiciones la demandante sacará adelante sus pretensiones si demuestra que la administración le prestó el servicio y que esa prestación le produjo un

⁴² www.consejodeestado.gov.co sección Tercera

daño; y la demandada se exonerará si logra establecer que actuó con la diligencia y cuidado que requería el caso o que todo se debía a fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o al hecho del tercero, también exclusivo y determinante.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL:

Mediante la sentencia que se estudió, la Sección Tercera del Consejo de Estado, adopta de manera heroica el esquema de Falla Presunta, para definir la imputación que se hace al Estado en aquellos eventos en que se pretende atribuir responsabilidad como consecuencia del actuar del servicio médico, como efecto de este pronunciamiento se asienta en cabeza de la administración pública la presunción de un hecho, la cual suponía, en principio y dependiendo del caso concreto, que el daño antijurídico en la atención medico hospitalaria, derivaba de la ocurrencia de una falla del servicio, motivo por el cual la entidad demandada debía acreditar tanto la diligencia como el cuidado, todo esto bajo el precepto normativo del artículo 1604 del C.C., para así buscar destruir la presunción de la culpa que recaía en su contra.

SENTENCIA DEL 24 DE AGOSTO DE 1992

La Sección Tercera, con el consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, en Bogotá, agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992), se profirió la sentencia cuyo número de radicación es: 6754,⁴³ la parte accionante Henry Enrique Saltarín Monroy demandó a el Instituto Colombiano del Seguro Social.

TITULO DE IMPUTACION: FALLA PRESUNTA

De esta sentencia se pueden obtener importantes argumentos sobre esta teoría, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

⁴³ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201992/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1992-N6754.doc>

FALLA PRESUNTA: CARGA PROBATORIA

La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente.

ACTIVIDADES PELIGROSAS: CARGA PROBATORIA

En los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

En otras palabras, cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio o la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tienen por qué soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire más al daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial. Se aplica a estas situaciones el principio constitucional de la igualdad (art.13 de la Carta), cuyo rompimiento da lugar a la

responsabilidad por esa clase de daño, sea lícita o no la actividad cumplida por el ente público.

**DIFERENCIAS ENTRE FALLA DEL SERVICIO POR LA PRESTACION
MÉDICA Y EN LOS PRODUCIDOS POR LAS COSAS O ACTIVIDADES
PELIGROSAS:**

Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N), produciéndose así mas que una presunción de falta, una de responsabilidad.

Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.

En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.

FINALIDAD DE LA DIFERENCIA:

Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio.

Evolución jurisprudencial:

Mediante la sentencia que a continuación se estudió, el Consejo de Estado, sembró un precedente por cuanto reconoció que los pacientes, en la mayoría de los casos, cuando son por ejemplo intervenidos quirúrgicamente no cuentan con los conocimientos científicos ni con los instrumentos o elementos necesarios para acreditar el acaecimiento de una falla del servicio, por consiguiente, la que debe soportar esta carga probatoria es la administración pública sanitaria, ya que se encuentra mejor capacitada para probar que su actuación se ciñó a los lineamientos profesionales y a la *lex artis*.

FALLA PRESUNTA

SENTENCIA HITO: DEL 30 DE JULIO DE 1992

En la sección tercera, con el consejero ponente Dr. Daniel Suarez Hernández, en Bogotá, el 30 de julio de 1992, cuyo número de radicación es 6897⁴⁴, la parte demandante es Gustavo Eduardo Ramírez y otro, interpusieron demanda contra el Instituto de Seguros Sociales.

⁴⁴ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201992/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1992-N6897.doc>

TITULO DE IMPUTACION: FALLA PRESUNTA

Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

Evolución jurisprudencial:

En la última sentencia que se estudió pero que a su vez, en la evolución de este apasionante tema, se convierte en el pilar fundamental que generó todo tipo de cambios y

dinamismos que hemos visto en este trabajo, pues bien, esta providencia rompe con el esquema tradicional (título de falla probada), que hasta esa fecha imperaba en materia del título de imputación de responsabilidad médica y hospitalaria, así como con las reglas probatorias que regían al interior del proceso contencioso administrativo, en general, el Consejo en esta providencia se detuvo a reflexionar sobre aspectos relacionados con la falla del servicio médico y la forma de achacar la responsabilidad a la administración pública, puntos que si bien fueron esgrimidos como obiter dictum, sirvieron para que posteriormente en las sentencias de 1992, concretamente la del 30 de julio, se establecía un nuevo camino jurídico.

SENTENCIA DEL 24 DE OCTUBRE DE 1990

La Sección Tercera, consejero ponente: Gustavo de Greiff Restrepo, en Bogotá, el día 24 de octubre de mil novecientos noventa 1990, cuyo número de radicación es 5902,⁴⁵ la parte accionante María Helena Ayala de Pulido demandó al instituto de seguros sociales.

POSTULADOS GENERALES DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA FALLA DEL SERVICIO MEDICO DE LA ADMINISTRACION:

Podemos de este fallo, y en lo que a nuestro interés respecta, obtener los siguientes argumentos:

1 Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de interés)

⁴⁵ <http://190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%201990/SECCION%20TERCERA/CE-SEC3-EXP1990-N5902.doc>

de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos.

2 En la obligaciones de medio y de resultado, típica clasificación de la responsabilidad contractual, la carga de la prueba es distinta, por cuanto en las primeras corresponde al acreedor probar que el deudor fue negligente o descuidados y, por consiguiente, este último sólo se exonera demostrando lo contrario, esto es, que su comportamiento fue diligente y cuidadoso, o de otra parte, mediante el rompimiento de la imputación fáctica, a partir de la acreditación de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima). Por el contrario, en el segundo tipo de obligaciones, la diligencia y cuidado no servirán como fundamento para desestimar el incumplimiento alegado en la demanda, sino que, el deudor sólo se excusará de su responsabilidad probando una causa extraña.

3 Otro importante obiter dictum es el siguiente: En Colombia y en Chile, la mayoría de los tratadistas y de la jurisprudencia sostienen que basta la prueba de la obligación (el contrato) sin que al mismo tiempo sea indispensable, al acreedor, demostrar el incumplimiento, el que bastará que lo afirme; para ello se fundan en lo prescrito por el art. 1757 del C.C. en concordancia con el inc. 3° del art. 1604 ib. (artículos que corresponden a los 1547 y 1698 del Código Civil Chileno). El deudor, de acuerdo con dichas normas es quien tiene que demostrar o su diligencia o cuidado o que no se alcanzó el resultado concreto esperado de él, debido a fuerza mayor o caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima.

4 En 1936 e inmediatos, años de fecundas transformaciones jurídicas, la Corte Suprema de Justicia aligeró la carga probatoria del perjudicado (acreedor a la indemnización) y apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil ideó la figura que en un principio calificó como de presunción de responsabilidad y luego con mejor técnica y mayor precisión llamó de la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas. En sentencia del 14 de marzo de 1938, de la cual fue ponente el Doctor Ricardo Hinestrosa

Daza, dijo la Corte: "La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que así se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlos mientras la haga, y, por ende, a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A ese mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de imponerse, obedece el art. 2341 del Código Civil, según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesto cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: Tal su categórica redacción".

5 A partir de esta sentencia puede decirse que la jurisprudencia de la Corte se unificó en el sentido de considerar que el artículo 2356 permite interpretar que a quien desempeña actividades peligrosas se le puede imputar malicia o negligencia y que, por consiguiente, la carga de la prueba no es del damnificado sino del que causó el daño. No dijo esa primera sentencia a la carga de la prueba de que se refería, pero al hablar de presunción de responsabilidad, de que no se estaba atropellando la presunción de inocencia y de que en actividades caracterizadas por su peligrosidad el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia o malicia, fácilmente se colige que la Corte quiso referirse a una pretendida carga de probar la culpa; más adelante se verá por qué se habla de una "pretendida carga".

6 La concepción jurisprudencial como doctrinaria sentada por el tratadista Tamayo, es errónea, pues parte del supuesto que la responsabilidad extracontrato requiere por lo menos culpa en el autor de los daños, ese elemento culpa que claramente es subjetivo, tiene que ser probado por quien sufrió el perjuicio, lo cual no es así, ya que el descuido o negligencia en qué consiste la culpa (ese descuido y negligencia es el error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en la misma circunstancias del autor del daño o es la falta de previsión del resultado dañino previsible o el haberse confiado imprudentemente en poder evitarlo, cuando se previno) no es demostrable sino por sus manifestaciones externas es decir por el acto que causa daño, que como producido por un

ser humano debe presumirse que es el resultado de una elección que se presentó al sujeto entre realizarlo o no y que desde el momento en que se escogió ejecutarlo debe serle imputable, es decir responder por sus consecuencias, que no son otras que la reparación del daño.

7 Así pues, la Sala cree que es conveniente que por los doctrinantes y por la jurisprudencia se continúe estudiando la materia con miras a lograr un justo equilibrio entre la necesidad de que el juez tenga la convicción de la presencia del elemento culpa para que proceda la declaratoria de responsabilidad en un caso dado y la consecuencias condena al responsable de indemnizar los perjuicios causados y la carga probatoria de dicho elemento, distribuyéndola equitativamente entre el acreedor y el deudor, con miras a la realización de la justicia.

CARGA PROBATORIA

En relación con este tema, esta sentencia manifiesta importantes conclusiones, que transcribiré a continuación:

1 El acreedor cumple con su carga probatoria de la obligación (arts. 1757 del C.C. y del 177 C. de P.C.) demostrando el hecho generador de la obligación, que en el campo de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con el art. 1494 del C.C., consiste en el hecho que ha inferido injuria o daño (y probando lógicamente que él fue causado por la persona a quien se demanda). Al deudor, entonces, de acuerdo con la distribución de que dicha carga hacen las normas primeramente citadas, le corresponde demostrar la extinción de la obligación, por su pago o por alguno de los modos reconocidos por la ley para producirla (art. 1625 del C.C.) o bien porque intervino algún hecho, físico o del hombre, dotado de eficacia impeditiva que rompió la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino.

2 Si todo lo anterior es aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual civil lo es con mayor razón en la responsabilidad del Estado y de sus entes administrativos, en la cual, como lo ha dicho esta Corporación "Cuando se alega como fundamento de la

responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquella sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima.

3 Esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos de allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño.

4 En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño.

5 Precisa ahora la Sala que la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, radica entonces, en que en la primera especie el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control.

6 El art. 1604 debe aplicarse, como en varias oportunidades lo ha sostenido la H Corte Suprema de Justicia, tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual y si ello es así los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor o caso

fortuito) o la culpa exclusiva de la víctima serán de cargo del deudor (aquel a quien se imputa la responsabilidad).

7 No debe pensarse que en algunos casos de responsabilidad contractual o extracontractual - y trátase de obligaciones de medio o de obligaciones de resultado, basta la prueba, por la persona a quien se impute una responsabilidad, de haber sido diligente y cuidadoso y en otras que además debe demostrarse que su conducta obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor o a culpa exclusiva de la víctima, para obtener su exoneración.

No; lo que sucede es que si de acuerdo con la naturaleza de la obligación transgredida por razón del hecho dañino fuente de la responsabilidad, el deudor sólo debía ser diligente y cuidadoso, la prueba de que lo fue implicará de suyo, obviamente, que no hubo un caso fortuito o una fuerza mayor que le hubiera impedido serlo. En cambio, si el deudor - también de acuerdo con la naturaleza de la obligación debía entregar algo y no lo entregó o debía alcanzar a un fin determinado, no "de lineamientos esfumados" para usar la expresión atrás citada del Dr. Ricardo Uribe Holguín, y no lo alcanzó es evidente, entonces, que lo único que podrá exonerarlo en tal caso, será la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor, pues tratándose de una obligación de esa clase no le bastaba con ser diligente y cuidadoso.

Esta providencia establece las bases para el desarrollo de la falla presunta, pues rompe el esquema jurisprudencial que imperaba es decir, la falla probada, permitiendo a su vez que estas conclusiones orientaran a los magistrados al desarrollo expreso del nuevo título de imputación así como las reglas probatorias, la cuales, en este trabajo, ya se desarrollaron en las sentencias del año de 1992.

CONCLUSIONES

Lo primero que debemos colocar de presente es que el régimen probatorio que se aplica actualmente por el Consejo de Estado es el de la falla probada, en donde no hay lugar a presunciones pero si a aligeramientos probatorios, por cuanto no se requiere, dada la complejidad del caso, aportar pruebas directas, sino que se puede recurrir a indicios los cuales generan al fallador un grado suficiente de probabilidad para determinar así la responsabilidad del Estado.

Otro aspecto que se observó en la línea jurisprudencial y es de menester dejarlo de presente, es que no hay claridad frente a dos posturas jurídicas, me refiero a la teoría de la falla presunta y las cargas dinámicas de la prueba, esto por cuanto una parte de la doctrina afirma que la falla presunta surgió de las cargas dinámicas, mientras que otras indican que las cargas dinámicas tienen su propia estructura y, por tanto, la hace independiente de la falla presunta, en mi parecer la última me parece más acertada vista desde la evolución jurisprudencial, ya que la falla presunta trae como consigna la inversión de la carga probatoria pero esta es permanente, general y no concibe excepciones, mientras que las cargas dinámicas de la prueba en conjunto con el principio de equidad, manifiestan que dependiendo del caso en concreto y el estudio juicioso que el juez haga del mismo se invierte o no la carga, dado que hay casos en los cuales no se requiere el tecnicismo riguroso y en donde dados las circunstancias de modo, tiempo y lugar la parte demandante es la que está en mejores condiciones de probar, por consiguiente, son dos posiciones distintas y como tal deben ser tratadas para así comprender e interpretar el porqué de su vinculación preponderante en la línea jurisprudencial desde el año 2000 en adelante, cuando el consejo de Estado así lo determino.

Como se evidencia en la línea jurisprudencial antes de los años 90 se manejaba en el país la teoría de la falla probada, ya en los años 90 se manejó por medio de obiter dictum la falla presunta, después se abordó en el año 2000 las cargas dinámicas probatorias y a partir del año 2006 se retornó nuevamente a la falla probada, no obstante, en estas dos décadas de línea jurisprudencial el hecho de reanudar a la falla probada no significa que se haya vuelta

a la posición del Consejo de Estado antes de los años 90, por el contrario es una posición que evoluciona, por cuanto antes era rígida y estricta con su planteamiento jurídico que no era otra cosa que el deber de la parte demandante de probar los hechos para acceder a las pretensiones independiente de las circunstancias particulares, en cambio, la falla probada es proporcional y si bien continua con el postulado de que el actor debe probar los tres elementos, este deber probatorio se ve aligerado por medio de indicios, de reglas de la experiencia y de aplicaciones de figuras jurídicas creadas en todo este largo constructo como por ejemplo un grado suficiente de probabilidad.

Frente a las tres posiciones que en las décadas se han generado frente a la carga de la prueba en este asunto, observando todas las sentencias esgrimidas por el Consejo de Estado e interpretándolas en concordancia con la constitución política de 1991, considero que en Colombia se debería adoptar la postura de las Cargas Dinámicas Probatorias, esto por cuanto cada caso en concreto tiene sus circunstancias que permiten prever a cuál de las partes le es más fácil probar, no obstante, para la anterior conclusión se requiere de un juez capaz de determinar en el auto de apertura probatoria cual es la parte más capacitada para ello, de igual manera, se debe retornar a la presunción de la actuación de la parte para con ello recalcar en este proceso el deber y derecho de lealtad procesal, con lo anterior, no solo se falla conforme a derecho sino y más importante aun se ajusta al concepto de responsabilidad patrimonial del estado y el principio de equidad, en otras palabras el problema de la responsabilidad medica asistencial debe ir evolucionando de manera íntegra y constante con el constitucionalismo el cual debe ser el rector para todo tipo de relación (profesional de la medicina y paciente).

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política. (1991) artículo 90.

Gil Botero, Enrique.(2010) Responsabilidad extracontractual del estado, cuarta edición, Bogotá, 711 p.

López Medina Diego, “El Derecho de los jueces”.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. (2012) “Derecho Administrativo General y Colombiano”. Novena Edición, Editorial Temis.

Yepes Restrepo, Sergio. (1993) La Responsabilidad Civil Medica, segunda edición, Editorial Biblioteca jurídica,

CONSEJO DE ESTADO: Sentencias

- Sentencia de 13 de abril de 2011, número de radicación 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220), consejero ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Sentencia del 27 de abril de 2011, número de radicación es: 08001-23-31-000-1993-07622-01(19846), consejera ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del 24 de marzo de 2011, número de radicación es: 25000-23-26-000-1992-08046-01(18947), consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Sentencia del 09 de febrero de 2011, número de radicación es: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793), consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 28 de abril de 2010, número de radicación es: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087), consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 28 de enero de 2009, número de radicación 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700), consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 26 de marzo de 2008, número de radicación es: 73001-23-31-000-1995-02349-01(15725), consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del 03 de mayo de 2007, número de radicación es 76001-23-31-000-1996-05556-01(16098), consejero ponente Enrique Gil Botero.
- Sentencia del 31 de agosto de 2006, número de radicación es: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del 11 de mayo de 2006, número de radicación es 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400), consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra.

- Sentencia del 13 de julio de 2005
- Sentencia del 28 de abril de 2005, número de radicación es 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786), consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del 20 de abril de 2005, número de radicación es 20001-23-31-000-1996-02788-01(15067), consejera ponente María Elena Giraldo Gómez.
- Sentencia del 01 de julio de 2004, número de radicación es 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696), consejero ponente Alier Eduardo Hernandez Enriquez.
- Sentencia del 15 agosto de 2002, número de expediente es 11.605.
- Sentencia del 14 de junio de 2001, número de radicación es 63001-23-31-000-1995-3700-01(13284), consejero ponente Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia del 22 de marzo de 2001, número de radicación es 63001-23-31-000-1995-3700-01(13284), consejero ponente Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia del 15 de junio de 2000, número de radicado interno es 12548consejera ponente María Elena Giraldo Gómez.
- Sentencia del 09 de marzo de 2000, número de radicación interno es 12489, consejera ponente María Elena Goraldo Gómez.
- Sentencia del 10 de febrero de 2000, radicación número: 11878, consejero ponente es el Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sentencia del 11 de noviembre de 1999, número de radicación es 12165, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Sentencia del 07 de octubre de 1999, número interno de radicado es 12655, consejera ponente Maria Elena Giraldo Gomez.
- Sentencia del 03 de mayo de 1999, número de radicación es 11169, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia del 03 de noviembre de 1997, número de radicación es 9467, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Sentencia del 04 de septiembre de 1997, número de radicación es 10251, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia del 08 de mayo de 1997, número de radicación es 11220, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.

- Sentencia del 22 de mayo de 1996, número de radicación es 11301, consejero ponente Jesús María Jaramillo Ballesteros.
- Sentencia del 03 de febrero de 1995, número de radicación es 9142, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Sentencia del 24 de junio de 1994, número de expediente es 8940, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Sentencia del 24 de agosto de 1992, número de radicación es: 6754, el consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
- Sentencia del 30 de julio de 1992, cuyo número de radicación es 6897, consejero ponente Dr. Daniel Suarez Hernández.
- Sentencia del 24 de octubre de 1990, cuyo número de radicación es 5902, consejero ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.