

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR “FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO Y
HOSPITALARIO – CARGA DE LA PRUEBA”
(Ensayo)**

GEOVANY ALEXANDER CORAL HERAZO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO – JURIDICOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2008**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR “FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO Y
HOSPITALARIO – CARGA DE LA PRUEBA”
(Ensayo)**

GEOVANY ALEXANDER CORAL HERAZO

**Trabajo presentado como requisito para optar el título de Especialista en
Derecho Administrativo**

**Doctora
ANA MARIA JURADO VILLAREAL
Directora**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO – JURIDICOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2008**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son responsabilidad exclusiva de los autores”

Artículo 1 del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanada del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO

DRA. MONICA JIMENA REYES MARTINEZ
Firma del Presidente del Jurado

DRA. MARIA ANGELICA HERNANDEZ
Firma del Jurado

Pasto, Febrero de 2008

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	15
1. PRESENTACION	18
2. ANALISIS ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR “FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO Y HOSPITALARIO – CARGA DE LA PRUEBA”	32
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFIA	60
ANEXOS	

LISTA DE ANEXOS

	pág
Anexo A. Estadísticas aplicación de teorías en acción de reparación directa por falla en el servicio médico y hospitalario	62

RESUMEN

En aplicación inicial para ser efectiva la ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, bajo el amparo de la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PROBADA, corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda,

Con posterioridad y en aplicación de la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA, la cual de entrada presume que hubo una falla y que en consecuencia le corresponde probar a quien presto el servicio médico, que obró en forma idónea, adecuada y oportunamente, dentro de lo se conoce como LEX ARTIS.

Finalmente nuestro Honorable Consejo de Estado, mediante Sentencia 10/2000, expediente. 11878, con la Ponencia del Consejero Dr. ALIER HERNANDEZ, acoge la tesis de la llamada TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, tesis considerada actualmente, la más importante que las anteriores, ya que ésta es una fusión de las dos anteriores tesis para cada caso en concreto: ya que si ese saber NO es técnico o científico, se aplicará la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PROBADA, es decir; que a quien le corresponde la carga probatoria es al DEMANDANTE. Si embargo si ese saber ES técnico, o científico, se aplicara la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA, es decir; que a quien le corresponde la carga probatoria es al DEMANDADO, demostrando su oportunidad e idoneidad, en la ejecución de la respectiva conducta profesional, quien deberán satisfacer directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

En desarrollo de la norma procesal, tenemos, en principio, que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad (daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas; posición ésta con la que se identifica la jurisdicción civil, donde impera el

criterio de la CULPA PROBADA en los procesos de responsabilidad médica.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

De falla probada o presunta del servicio a la repartición de las cargas probatorias.

En los procesos administrativos encontramos que el tema de la carga de la prueba no ha sido estático, a tal punto, que puede distinguirse claramente la existencia varias etapas:

La primera en la cual el paciente demuestra la falla del servicio médico. Antes del año 1992 se tenía que la persona que alegaba haber sufrido un daño con ocasión de la actuación irregular del Estado en la prestación del servicio médico, debía demostrar los supuestos de hecho que apoyaban su pretensión, teniendo de esta manera el criterio de la FALLA PROBADA DEL SERVICIO. Cuando el actor no probaba la falla de la entidad, ésta era exonerada de los cargos, y se negaban las pretensiones del paciente y/o su familia.

Este criterio se observa claramente en todas las Sentencias del Consejo de Estado anteriores al año 1992; para declarar administrativamente responsable a una entidad por falla en el servicio médico, el demandante tenía la obligación de probar todos los elementos para estructurar la responsabilidad de la Nación: a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo en cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una

relación de causalidad.

En la Segunda Etapa, La entidad estatal debe demostrar que su actuación fue correcta. Sin embargo, a partir de la sentencia de 1992, con ponencia del entonces consejero Daniel Suárez Hernández, se adoptó el criterio de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO en materia de responsabilidad médica. A partir del fallo del 30 de junio de ese año, el Consejo de Estado asume que en los casos de responsabilidad médica, y debido a los especiales conocimientos científicos y técnicos que tienen los profesionales de la salud y las entidades prestadoras de servicios públicos de salud, son ellos quienes estarán en mejor posición de probar que obraron con diligencia y cuidado y establece una presunción jurisprudencial en su contra: la presunción de la falla (culpa).

En todos los casos y en todos los procesos de responsabilidad médica, se partió del supuesto probatorio que la institución hospitalaria de carácter oficial falló en la prestación del servicio médico a su cargo y en consecuencia, se estableció que para exonerarse de responsabilidad, debía acreditar diligencia y cuidado. De esta manera, la entidad prestadora de salud llegaba SIEMPRE al proceso con una presunción de falla en su contra.

En la tercera etapa, está el equilibrio de la carga probatoria entre el paciente y el hospital. La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia.

La teoría de la carga dinámica supone la repartición de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada

proceso, y no supone, pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Observamos entonces como elementos importantes de la teoría de las cargas dinámicas, los siguientes:

1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar.
2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto.
3. La teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes.

ABSTRAC

In initial application to be effective REPAIR OF DIRECT ACTION, under the aegis of the thesis of the THEORY OF FAILURE PROBADA incumbent actor demonstration of the facts and charges related to the demand, Subsequently, and following the tenets of THEORY OF THE ALLEGED FAILURE, which boasts of entry that there was a failure and thus it is ready to prove who the medical service, which acted as appropriate, adequate and timely inside what is known as LEX ARTIS.

Finally our Honourable State Council, through Case 10/2000, record. 11878, with the Paper of Councillor Dr. ALIER HERNANDEZ, welcomes the thesis of the so-called THEORY OF THE BURDEN OF PROOF DYNAMICS, theses currently considered the most important that earlier, as it is a merger of the two previous thesis for each particular case: because if this know is NOT technical or scientific, apply the theory of THEORY OF FAILURE PROBADA, namely, that to whom he bears the burden of proof is PETITIONER. But if this knowledge SL technical or scientific, applying the thesis of the THEORY OF THE ALLEGED FAILURE, namely, that to whom he bears the burden of proof is RESPONDENT, demonstrating its timeliness and appropriateness, in the execution of the respective Professional Conduct, which must meet directly the concerns and questions that their procedures are formulated.

Pursuant to the procedural rule, we, in principle, which states that Colombian law is the patient who is obliged to prove the guilt of the health professional, as well as the other two elements of liability (damage and causal link between injury and fault), if it wants that its claims are accepted; this position with which identifies the civil courts, where the prevailing view of the culp in the processes of medical liability.

In these cases, if the patient is unable to prove in the process that was reckless, negligent act or rule of the health professional, the latter can not be required to compensate the damages alleged.

From proven or alleged failure of the service to the division of burdens of proof. In the administrative processes we found that the issue of the burden of proof has not been static, to the point, which can be distinguished clearly the existence several stages:

The first in which the patient demonstrates the failure of the medical service. Before the year 1992 was that the person who claimed to have suffered damage during the erratic performance of the state in the provision of medical service, should prove the facts supporting his claim, thus taking the criterion of FAILURE PROBADA THE SERVICE. When the plaintiff did not prove the failure of the entity, it was exempted from the charges, and refused the claims of the patient and / or his family.

This approach is evident in all the judgments of the State Council prior to the year 1992; to declare administratively responsible to an entity by faulty medical service, the plaintiff had the burden of proving all elements to structure the responsibility of the Nation:) that the service did not work or worked late or illegally because they are not paid within the best conditions which allowed the organization of the same service (infrastructure) because of the ailments treated, not only in terms of equipment, but as to medical and paramedical personnel b) The conduct thus fulfilled or omitted caused harm to the user and undertook the responsibility of the state agency in charge was the service, and c) that existed between it and this is a causal.

In Stage Two, the state entity must demonstrate that their actions were correct.

However, from the judgement of 1992, with presentation of the then counselor Daniel Suarez Hernandez, adopted the criterion of ALLEGED FAILURE OF SERVICE in the area of medical liability. Since the ruling of June 30 of that year, the State Council assumes that in cases of medical liability, and due to the special scientific and technical knowledge they have health professionals and providers of public health services , it is they who will be in a better position to prove that they have acted with diligence and care and case law establishes a presumption against them: the presumption of failure (fault).

In all cases, and in all processes of medical responsibility, it was assumed that the evidence on an official medical institution failed in the provision of medical services in charge and therefore, it was established that to exonerate themselves of responsibility, should prove diligence and care. Thus, the entity providing health ALWAYS came to the process with a presumption of fault against him.

In the third phase, is the balance of the burden of proof between the patient and the hospital.

The theory of dynamic loading is based on principles of solidarity, equity and equality of the parties material within the judicial processes, and is inclined because in each case, the demonstration of certain facts is provided by the applicant, the other defendant, According to those who are in a better position to marshal the evidence to the process, because in this way the judge reaches the certainty required to issue its ruling.

The theory of dynamic loading involves sharing of the burdens of proof between doctor and patient agree with the particular situations of each process, and does not, therefore, establish rules on the entrance party must prove certain facts. Then observe as important elements of the theory of dynamic loads, the following:

1. The burden of proof falls on those who are in a better position to prove.
2. The burden-sharing is done in every case.
3. The theory itself does not establish presumptions against the parties.

INTRODUCCIÓN

A través de este ensayo se analizará la acción de reparación directa por falla en el servicio médico y hospitalario – carga de la prueba, mostrando la línea jurisprudencial; en primer lugar siendo analizada la teoría de la falla probada, la cual se fundamenta en el argumento de que para que prospere la demanda de responsabilidad del Estado, la víctima debía demostrar la falla del servicio médico; en segundo lugar la teoría de la falla presunta, la cual de entrada presume que hubo una falla y en consecuencia le corresponde probar a quien prestó el servicio médico que obró en forma idónea, adecuada y oportuna. Y finalmente la teoría de la carga dinámica de la prueba, en la cual se centran esfuerzos por considerarse el tema principal del ensayo.

Es importante mencionar que la carga dinámica de la prueba encuentra su sustento en el campo del Derecho procesal civil, en su artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (Corte Constitucional, Sentencia C – 166 del 20 de Abril de 1995),

“Teoría según la cual le corresponde probar a quien afirma o niega un hecho, bien sea el demandante en su demanda, o el demandado en la contestación de la misma, salvo que se trate de un hecho exento de prueba, como: los hechos notorios, los presumidos o los indefinidos, casos en los cuales le corresponderá a la contraparte aportar las pruebas que acrediten el hecho contrario concreto”¹.

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, según teoría de la falla probada exigía al demandante

¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 166 del 20 de Abril de 1995. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y no de resultado ya que de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio; estimándose que por lo regular el médico lo que adquiere es una obligación de medio, aunque se admitió que en ciertos casos el médico asume una obligación de resultado tales como en intervenciones quirúrgicas con fines estéticos, advirtiéndose como observaremos mas adelante con la aplicación de las diferentes teorías sobre el tema, que no se pueden sentar reglas totalitarias sobre el tema ya que la cuestión de hecho y de derecho que en materia de responsabilidad medica se sigue teniendo es muy variado y es determinante para el operador judicial en su decisión final, el devenir circunstancial de los hechos en cada caso en concreto.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de modificar la carga de la prueba en 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. Es así que nuestro Honorable Consejo de Estado, en Sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, M.P. Gustavo de Greiff Restrepo introdujo el principio de presunción de falla del servicio médico. En esta providencia se consideró que

“El artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica”².

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada por la susodicha Corporación, en decisión del 30 de julio de

² Consejo de Estado, en Sentencia de octubre 24 de 1990. expediente No. 5902. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo

1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

1. PRESENTACION

El Consejo de Estado define que en los procesos administrativos, la falla del servicio médico prueba la parte quien mejor pueda demostrarlo dentro del proceso, los jueces deberán decidir en cada caso concreto, si lo indicado es que el paciente demuestre o el Estado refute la falla, dando así aplicabilidad a la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba.

En los procesos de responsabilidad médica adelantados por los pacientes y/o sus familiares, sean ellos de naturaleza civil o administrativa, es indispensable demostrar la existencia de los tres elementos estructurales de la responsabilidad, como son el hecho culposo del profesional de la salud, el daño sufrido por el paciente y/o su familia, y el nexo causal entre ese daño y el acto médico debatido.

Cuando se trata de relaciones entre particulares, esto es, cuando el profesional de la salud labora en una institución privada o en su consultorio particular, los procesos a través de los cuales se ventilarán las pretensiones del paciente o sus parientes, según Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia de 13 de febrero del pretérito año, Numero de Radicación 29519, y con ponencia del Magistrado Carlos Isaac Náder: será de competencia para su conocimiento la Jurisdicción Ordinaria Laboral, lo cual implica que tales procesos, en primer grado, sean de competencia de los Jueces Laborales.

Aunque el conflicto de jurisdicción existente en la actualidad incluso al interior de los Juzgados en nuestro Departamento de Nariño, entre la Jurisdicción Ordinaria Laboral y la Contenciosa Administrativa no concierne nuestra total atención dentro del presente ensayo ya que se desbordaría de nuestro tema central, considero este tema de altísima importancia que daría lugar a un mejor y mas profundo

estudio en otro ensayo, por lo tanto procurare exponer unas bases jurídicas al respecto en base a pronunciamientos recientes de nuestras altas Cortes.

Para ello creo pertinente en aras a demostrar estas premisas acerca de la competencia de los jueces laborales a que refiere la anterior sentencia mencionaremos sus antecedentes y alcances:

Entre los antecedentes de la demanda figuran: la demandante promovió el proceso con el objetivo de que se condene a la E.P.S. correspondiente, al pago de perjuicios materiales, morales, fisiológicos y a la vida de relación ocasionados con el incumplimiento puro y simple en la prestación del servicio de la demandante.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Pereira mediante sentencia impugnada confirmo la primera instancia. Para esto consideró, el resultado lamentable traducido en la muerte del feto, el cual no puede atribuirse a negligencia y omisión alguna de la parte demandada.

Inconforme con la decisión del Tribunal, la demandante interpuso el recurso extraordinario a través del cual persigue la Casación de la sentencia del Tribunal, para que revoque la de primer grado formulando los respectivos cargos.

En tanto, la sala después de un minucioso estudio consideró que los cargos adolecen de evidentes y palpables fallas que hacen imposible su estudio de fondo. Al respecto, consideró la Corte necesario expresar su opinión acerca de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral para el conocimiento de asuntos como el aquí mencionado, la corte dice:

(...)

“pues si bien los jueces de instancia asumieron el conocimiento del mismo sin titubeos, es indudable que existen inquietudes y dudas sobre esta trascendental materia en la comunidad jurídica nacional que reclaman un pronunciamiento de esta corporación”³

Para ello es importante mencionar el numeral 4º del artículo 2 de la Ley 712 de 2001 que atribuyo a esa Jurisdicción el conocimiento de las controversias referentes al Sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras.; entendiéndose según la Ley 100 de 1993 en su artículo 156 como plan integral todo aquello dirigido a la protección de la salud, con atención preventiva, medico quirúrgica y medicamentos esenciales que será denominado el plan obligatorio de salud.

Por lo tanto a juicio de esa Sala, atinaron los jueces de instancia cuando decidieron tramitar y fallar este asunto. En merito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, sala de Casación Laboral, no CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial en mención.

Por otra parte, si quien prestó el servicio de salud, en su calidad de servidor público como representante del Estado, dada la obligación constitucional contenida en el artículo 49 de nuestro Carta Superior, fue una entidad hospitalaria de carácter oficial, el camino procesal con que cuenta la víctima y/o su familia, para ventilar dicha controversia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio médico, será por excelencia la acción de reparación directa, cuya competencia corresponde, en primera instancia, al Juez Administrativo del lugar donde falleció o lesionó el paciente; dependiendo claro

³ Ley 100 de 1993 en su artículo 156.

esta de la cuantía a que refieren los artículos 134 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo.

Para esto es pertinente el análisis de la Sentencia del Consejo de Estado cuyo Consejero Ponente es el Dr. Enrique Gil Botero del 19 de septiembre de 2007 Rad. Nro. 15382 en lo concerniente a este conflicto aun existente: La cual de entrada analiza que con la expedición de la Ley 712 de 2001, se radico en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria Laboral el conocimiento de todo lo relacionado con el Sistema de Seguridad social integral. El Consejo analiza a efectos de clarificar y definir los asuntos de que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en relación a lo que concierne a la Jurisdicción Ordinaria Laboral refiriéndose a la sentencia de 13 de febrero de 2007 de la Corte Suprema de Justicia en materia de competencia para conocer de los eventos de responsabilidad por fallas en la prestación del servicio médico. La corporación señala los motivos por los cuales se separa de criterio. Aunque se advierte aun no existe absoluta claridad sobre el tema ya que aunque el órgano encargado de dirimir este conflicto como lo es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se ha pronunciado, considero no lo ha hecho aun de fondo.

Ahora bien por una parte el Consejo de Estado en la anterior Sentencia manifiesta que:

“(...)”

“se deduce que la Jurisdicción Ordinaria Laboral asumiría el conocimiento de todos los litigios y controversias en las que intervenga la administración sanitaria, hospitalaria o médica (independientemente a la naturaleza de la entidad que preste el servicio, esto es, privada o pública), en la medida que los mismos pertenecerían a la órbita del

sistema de seguridad social integral, ... (Nral 4 art. 2º ley 712 de 2001)”⁴.

Ahora bien, en lo que respecta dicha posición de interpretación hermenéutica, en materia de competencia para conocer eventos de responsabilidad por fallas en la prestación del servicio médico, el Consejo de Estado por otra parte manifiesta que:

“(...)”

“también se respeta la especialidad del juez natural, esto es la competencia que le asiste a los órganos de cierre, es decir tanto al Consejo de Estado en relación con la responsabilidad médico - asistencial oficial (art. 82 C.C.A.) en sus especialidades contractual y extracontractual, como la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en eventos de responsabilidad médico asistencial contractuales y extracontractuales del orden privado”⁵.

Hoy de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia calendada el día 13 de febrero de 2007, rad. 29519, M. P. Carlos Isaac Nader.

A similares y aunque no muy claras conclusiones ha llegado la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir el conflicto de jurisdicción entre la Contencioso Administrativa y la Ordinaria como el presentado entre el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto y el Segundo Laboral del Circuito de esta misma ciudad, esta Corporación otorgo la competencia al primero de ellos, para conocer de una demanda de reparación directa (por presuntas fallas en la prestación del servicio médico) en contra de una ESE, con fundamento en la siguiente argumentación:

⁴ Numeral 4 art. 2º Ley 712 de 2001.

A juicio de la Sala, ni el juez del conflicto, ni tampoco aquél ante el cual el actor en ejercicio de su derecho de acción, ha presentado una demanda de reparación directa fundado en la teoría de la falla en el servicio y en concreta alusión al daño antijurídico (Art. 90 de la C.P.), pueden desconocer o trocar sus pretensiones al ámbito de la ley 100 de 1993 o a otra distinta, pues es él, el dueño de la pretensión quien elige la vía una vez formula su demanda, tiene la carga de probar los hechos en que se funda y argumentar jurídicamente sus pretensiones, sin perjuicio, por supuesto, de las medidas de saneamiento a lugar, pero no al punto de querer desconocer el fundamento argumentativo de la demanda, como indudablemente de buena fe, lo ha propuesto el Juzgado Administrativo colisionado.

“(...)”

“en el caso presente, se insiste, el actor y su apoderado tuvieron a bien presentar una demanda de reparación directa, sobre la base de la responsabilidad por daño antijurídico del Estado, generado en hechos de la Administración, y a la luz de la teoría de la falla del servicio, indudablemente del resorte de la jurisdicción contenciosa en los términos de los Arts. 82 y 86 del C.C.A., y consecuentemente, el conflicto será dirimido asignándole la competencia a su representante.”⁵

Para cierre del tema se destaca, que aunque a la fecha sigue siendo aun muy confuso determinar con claridad jurisprudencial sobre cual de las dos jurisdicciones debería radicar la competencia de estos asuntos, ya que aun no existe un análisis de fondo sobre el tema; en los despachos judiciales de nuestro Departamento se aplica: si la demandada se trata de una entidad publica quien

⁵ Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia de 7 de febrero de 2007, exp. 110010102000 200700102, M.P. Temístocles Ortega Narváez.

asume en la actualidad el conocimiento es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mas si la involucrada es una entidad privada asume el conocimiento la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Una vez analizados los argumentos jurisprudenciales sobre el conflicto de Jurisdicción mencionado, retomamos nuestro estudio objeto de ensayo, diciendo entonces que, la carga dinámica de la prueba consiste en radicar la carga de probar los hechos en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso, de conformidad con sus condiciones intelectuales, profesionales, sociales, económicas, las cuales lo hagan verse en una situación de ventaja probatoria ante la contraparte, o sencillamente porque le queda más fácil probar, es decir; responde a la pregunta ¿A quién le queda más fácil probar?. Las excepciones jurisprudenciales a la distribución de la carga de la prueba, particularmente las que tienen que ver con la responsabilidad médica y la responsabilidad profesional en general, nos introduce poco a poco a esa nueva tendencia como es la carga dinámica de la prueba.

Por ello, es importante comprender que respecto al tema sobre responsabilidad médica, la intervención de los profesionales de la salud, mediante sus procedimientos en pacientes, es aleatoria, ya que el médico tendrá la obligación legal y constitucional de cumplir su ejercicio de acuerdo a sus conocimientos científicos, dentro de los parámetros de idoneidad, profesionalismo y con aplicación de todos los medios posibles y a su alcance para obtener la recuperación del paciente, pero jamás estará obligado a garantizar resultados, por aquello de que LA MEDICINA NO ES UNA CIENCIA EXACTA SINO TAN SÓLO DE MEDIOS, Y EXCEPCIONALMENTE SE CONVERTIRIA DE RESULTADO.

Al respecto El Código de Ética Colombiana contenido en la Ley 23 de 1981, Artículo 16, reconoce los riesgos que el paciente debe correr por reacciones

adversas inmediatas o tardías originadas por efecto del tratamiento; igualmente el Decreto Reglamentario 3388 de 1981 de la nombrada Ley, precisa:

“(...)”

“teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardías de imposible o difícil prevención, dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”⁶

Sin embargo, cuando dichos parámetros de idoneidad y diligencia sean desbordados por falla en el ejercicio médico y hospitalario, eventualmente el paciente mismo o sus dolientes consanguíneos mas cercanos, podrían en los términos de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, reformado a su vez por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998

“(...)”

“en la cual se menciona que se podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa por parte del Estado representado en los funcionarios o contratistas de carácter temporal o permanente de la prestación de un servicio publico como el comentado, a través de la figura jurídica denominada ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA, la cual procederá dentro de los 2 años siguientes a la ocurrencia de los hechos y que pretenderá especialmente resarcir:

⁶ Decreto Reglamentario 3388 de 1981.

Perjuicios materiales (el daño emergente y lucro cesante), Perjuicios morales (según la Corte es el dolor moral ocasionado por la pérdida de una persona y no de un objeto) y Perjuicio a la vida de relación o Perjuicio Fisiológico (un perjuicio corporal e independiente de los otros, que afecta las actividades que normalmente realizaba hacía el paciente antes de la pérdida sufrida”⁷.

En este orden de ideas, podemos dilucidar con mayor claridad, que en las acciones de reparación directa, la legitimación en la causa por activa la tiene todo aquel, que alega la condición de perjudicado o damnificado con el hecho que se imputa al demandado, y es precisamente aquella condición, en primer término la que se debe acreditar al inicio y durante el curso del proceso, para tener derecho a la indemnización que se pretende reclamar con esta acción, siempre que existan hechos que así lo prueben; mas aun tratándose de aquellos eventos de mayor gravedad, como los daños que se generan con la muerte y las lesiones corporales graves sobre una persona.

En la actualidad, este tema aun sigue siendo muy controversial, no solo en los distintos tribunales administrativos de diferentes departamentos incluido el nuestro, sino al interior del Honorable Consejo de Estado en sus respectivos pronunciamientos sobre el tema, debido a que a pesar de todo el adelanto médico científico existente, no depende el mejoramiento en la salud del paciente, exclusivamente de la intervención médica y hospitalaria, sino además de otros factores externos, como las condiciones ambientales, reacción de su organismo favorable o desfavorable al tratamiento; el cuidado y atención del propio paciente y su familia; claro está no dejando de lado lo que expresa el Artículo 34 Numeral 2 de la Ley 734 de 2002:

⁷ Artículo 31 de la Ley 446 de 1998.

“Son deberes de todo servidor público: Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial”⁸.

Así lo establece igualmente el Artículo 42 de la Ley 23 de 1981 cuando estipula:

“El médico cumplirá a cabalidad sus deberes profesionales y administrativos...”⁹.

La primera Línea Jurisprudencial sobre falla médica, fue la aplicación de la TEORIA DE LA FALLA PROBADA, la cual tiene como fundamento que para que prospere una demanda de responsabilidad del Estado, la víctima de manera indefectible, debía demostrar o probar la falla del servicio médico, la cual se traducía que la prestación del servicio fue tardía, ineficiente o sencillamente no se prestó.

Esta teoría fue duramente cuestionada, ya que su fundamento radica en que corresponde la demostración de los hechos y cargos que se relacionan en la demanda al demandante y la razón de disenso de nuestro Honorable Consejo de Estado, se sustenta en el hecho de que esta situación torna para la parte demandante excesivamente difícil, cuando no imposible las demostraciones respectivas, por su propia naturaleza y por su exclusiva privacidad.

A partir de 1987 se registra que el Honorable Consejo de Estado, acoge la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA,

“(...)”

⁸ Artículo 34 Numeral 2 de la Ley 734 de 2002

⁹ Artículo 42 de la Ley 23 de 1981

“la cual de entrada presume que hubo una falla y que en consecuencia le corresponde probar a quien presto el servicio medico, que obró en forma idónea, adecuada y oportunamente, dentro de lo que en Derecho Medico se denomina “LEX ARTIS”, que quiere decir DENTRO DEL PROTOCOLO MEDICO, siendo este una especie de Manual o Guía de procedimiento para cada caso, que materialmente se mira reflejado en lo que se conoce como HISTORIA CLINICA”¹⁰.

Para ello, creo necesario precisar y definir con amplia claridad este término, formalidades y requisitos debido a la importancia probatoria que adquiere este documento:

“HISTORIA CLINICA: Artículo 34 Ley 23 de 1981. La Historia Clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”¹¹.

“DOCTRINA: Requisitos y formación de la historia clínica: En el citado documento, obran o deben obrar no solo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la ficha de anamnesis, el diagnóstico, la terapia o tratamientos a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada.

Se trata de su introducción en un legajo, identificado a través de los datos personales del paciente en el cual se procede a realizar un registro de las actuaciones médicas. Una segunda parte se iniciará con el registro de la causa por la cual el paciente requiere los servicios del médico y los

¹⁰ Consejo De Estado. Sentencia De Agosto 24 De 1992. (1992) M.P. Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹ Ley 23 de 1981.

resultados de esta primera entrevista, así como lo diagnosticado y las derivaciones, análisis, estudios, etc., que deberán realizarse, para luego poder expedir el diagnóstico definitivo. (Régimen Jurídico del Ejercicio Médico. Ed. Legis. 1998)”¹².

Al respecto nuestro máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo, ha expresado en muchos casos, como sustento de esta teoría, que sin lugar a duda resultaría menos dispendioso y más beneficioso para el operador judicial en su toma de decisiones, que los profesionales que desplegaron las respectivas conductas, entren a satisfacer directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

Mas adelante esta tesis de la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA, mejoro con la expedición de la Sentencia 10/2000, expediente. 11878, con la Ponencia del Consejero Dr. ALIER HERNANDEZ, cuando el Consejo de Estado acoge la tesis de la llamada TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, tesis considerada actualmente, la más importante que las anteriores en fundamento a las siguientes consideraciones:

Es en principio, en la generalidad de los casos desde el punto de vista probatorio, difícil demostrar las circunstancias ocurridas durante la intervención medica, debido en primer lugar a la reserva con que cuenta el levantamiento de estas intervenciones, su privacidad por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, hasta poco antes del año 2000, se hablaba en forma radical, de PRESUNCIÓN DE FALLA.

Igualmente y respecto a la teoría de la FALLA PROBADA sigue siendo muy cuestionada tanto por el Honorable Consejo de Estado como por nuestro Tribunal Contencioso Administrativo, ya que en realidad se considera que la victima no

¹² Régimen Jurídico del Ejercicio Médico. Ed. Legis. 1998.

tiene el control sobre los procedimientos médicos, ya que cuando un paciente es llevado a un centro médico y/o hospitalario, y es ingresado en estado de inconciencia desconoce los protocolos médicos, y acepta de entrada, lo que el profesional de la salud, intenta hacer informando a sus familiares lo que sobre el sujeto se debe realizar; es decir existe un CONSENTIMIENTO INFORMADO, antes de la intervención o procedimiento médico, ya que se considera en principio una presunción de acierto del diagnóstico del galeno.

Para ello, también creo necesario precisar y definir tan importantes términos:

“CONSULTA MEDICA: Dentro de ésta, se genera la relación médico-paciente y es la primera parte del acto médico que en múltiples ocasiones la agota y en otras implica una ampliación del mismo hacia procedimientos médicos, diagnóstico y /o quirúrgicos buscando siempre como resultado final la mejoría en la calidad de vida de quien acude como paciente.

DIAGNOSTICO: El diagnóstico es el resultado del interrogatorio al paciente y el examen médico al mismo, pero no es un axioma matemático, es una probabilidad fruto del análisis juicioso en concordancia con la Lex Artis entendiendo este como el resultado del avance de la ciencia en el tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas, psicológicas, sociales y climatológicas.

Es entonces una probabilidad que solamente mediante ayudas médicas, quirúrgicas y tecnológicas se puede llegar hasta un cierto grado de certeza, no siempre el 100%.

PRESCRIPCION MEDICA: Es una transcripción médica de los medicamentos, la correspondiente dosificación y otras órdenes médicas para el manejo de la patología que el médico ha inferido a través del acto

*médico*¹³

Es así entonces que, el fundamento de la tesis de la TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, recoge según el caso las dos mencionadas teorías bajo el PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y EQUIDAD, según el cual existen posibilidades reales de probar hechos relevantes para unos casos y otros en los cuales no existen posibilidades reales de probar los hechos; esto es el dinamismo de la carga de la prueba respecto de los hechos a demostrar.

Para concluir entonces tenemos que:

- Si se trata de hechos científicos o técnicos los llamados a probar son los protagonistas de estos, es decir; los profesionales de la salud, para establecer si en efecto se hizo lo que se consideraba idóneo y oportuno.
- Pero, si se trata de otros hechos, se considera al paciente o familiares llamados a demostrar dicha falla, ya que el devenir de las pruebas, no son hechos científicos o técnicos, como cuando el portero de una institución prestadora de salud, no permite el ingreso de un paciente, en razón de que no aparece registrado en el SISBEN, son hechos que perfectamente el paciente o sus familiares se encuentran en capacidad de probar.

Por lo tanto, si ese saber NO es técnico o científico, a quien le corresponde la carga probatoria es al DEMANDANTE, y no es posible invertir la carga de la prueba al demandado (Teoría de la Falla Probada). Pero si el saber ES técnico, o científico, de la actividad desplegada a quien le corresponderá demostrar su oportunidad e idoneidad es al DEMANDADO (Teoría de la Falla Presunta).

¹³ PIMIENTO, Heriberto. Asociación Colombiana de Responsabilidad Médica. Conferencia, Ago 22/98

2. ANALISIS ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR “FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO Y HOSPITALARIO – CARGA DE LA PRUEBA”

Una vez analizadas las teorías acerca de la acción de reparación directa por falla en el servicio médico y hospitalario – carga de la prueba sobre las cuales se sustentan las decisiones del Tribunal Administrativo de Nariño es preciso analizar algunas de las sentencias emitidas por este Ente a fin de extraer conclusiones tendientes a conocer cuales son las decisiones más comunes y las razones de la decisión (fundamentos jurídicos).

En primer lugar, se estudiará el **EXPEDIENTE 0126-1998**, ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA entablado por la parte demandante en contra del Hospital Regional civil de Ipiales, Sentencia calendada el día el 28 de Abril de 2006 la cual negó las pretensiones de la demanda, con aplicabilidad de la teoría de la Falla Presunta:

El tema del expediente se refiere a la RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL - FALLA EN EL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL-muerte súbita de paciente que sufrió neurocisticercosis.

(...)

“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 la falta de atención o de atención inadecuada; ello implica, finalmente, deducir que los riesgos propios de la intervención médica, que no permiten que sobre ella se configure una obligación de resultado, se presentaron y fueron los causantes del daño.

En el sub examine, si bien se demostró la existencia del daño sufrido por la actora, no se ha demostrado la relación de causalidad de dicho daño con la atención brindada ya que en este caso no existió intervención quirúrgica, si bien el resultado dañoso no era lo normalmente esperado como producto de la atención médica, la demandada acreditó que ésta se desarrolló en debida forma o al menos, que no fueron las irregularidades a ella imputadas la causa eficiente del fallecimiento de la paciente.”¹⁴

Es importante conocer a fondo los argumentos de la demanda, la cual estaba dirigida a obtener la declaración de responsabilidad administrativa y solidaria de LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, HOSPITAL CIVIL REGIONAL DE IPIALES y por tanto la indemnización de perjuicios morales, materiales que la parte demandante, quien actúan a nombre propio dicen haber soportado, con ocasión del fallecimiento de la paciente, o por ineficiente servicio médico prestado por el HOSPITAL CIVIL REGIONAL DE IPIALES, el día 5 de mayo de 1996.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda se dirige contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO y el HOSPITAL CIVIL REGIONAL DE IPIALES, pero los tres primeros entes excepcionan falta de legitimación en la causa por pasiva arguyendo que de acuerdo a la naturaleza jurídica del Hospital Regional de Ipiiales, donde se brindó la atención médica, es una entidad dotada de personería jurídica con patrimonio propio y autonomía administrativa; por tanto se definió como responsable al Hospital Civil Regional de Ipiiales.

En cuanto a los elementos de la responsabilidad, se consideran elementos estructurales de la falla en la prestación del servicio: una falla o falta de prestación

¹⁴ Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 0126-1998.

del servicio por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo; el daño de un bien jurídicamente tutelado y, un nexo causal entre el daño y la prestación del servicio a que la administración esta obligada.

La Sala del Tribunal Administrativo de Nariño acota que la obligación que a la demandada le incumbía en este tipo de servicios no es una obligación de resultado sino de medios como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, en la cual la falla del servicio es lo que convierte en antijurídico el daño:

"Acercas del alcance esta obligación de medios, que consiste en otorgar al paciente atención oportuna y eficaz, la sala ha dicho que ella obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo."¹⁵

Es así que teniendo en cuenta tal como obra en la sentencia:

"la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente), y tal resultado no se obtuvo, a la entidad demandada le correspondía para eximirse de responsabilidad, demostrar que, no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedó dicho, cumplió adecuadamente con su atención haciendo uso de los conocimientos científicos, tecnología, tratamiento y medicamentos pertinentes en la patología presentada por el Paciente.

Pues como también lo ha sostenido la sala, es el profesional médico quien

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 1.994, expediente No 7973. M.P. Doctor Juan de Dios Montes Hernández

está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada.

La determinación de la carga de la prueba en la entidad demandada, precisa la sala, en forma alguna desconoce la naturaleza de medios de la obligación médica, ni la torna en objetiva; ni desconoce que los pacientes pueden no obstante haber sido tratados adecuadamente sufrir consecuencias dañosas, distintas a las que se esperaba obtener.

Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditado el daño sufrido por la víctima y su relación de causalidad con la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio; cuando genera responsabilidad en la Entidad y sus funcionarios; si dicha entidad demuestra que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente, dicha demostración la exonerará de responsabilidad, pues quedará establecido que no fue su acción la que causó el perjuicio."¹⁶

Al respecto, la sala en sentencia del 3 de febrero de 1.995, expediente 9142, ponente Carlos Betancur Jaramillo dijo:

"La demostración de diligencia que incumbe en estos casos 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 él le incumbe, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la entidad demandada; y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 34.

*le corresponde a ésta*¹⁷

Sin embargo, la Sala en el transcurrir procesal tuvo en cuenta los testimonios de familiares y acompañantes de la paciente, quienes manifestaron que la atención no fue la más adecuada, pues el médico de turno no la valoró suficiente y permanentemente ordenó el suero y solo hizo presencia cuando ya esta fallecía, por cuanto se dice se hallaba oyendo o mirando un partido de fútbol, y únicamente las enfermeras le pusieron suero pero no vigilaron su evolución, según estos testimonios la atención habría sido deshumanizada frente al intenso dolor de cabeza de la enferma y la angustia de los familiares y acompañantes. Lo cual haría concluir que la atención no fue eficiente.

Sin embargo, en estos testimonios provenientes de la parte interesada y al ser considerados sospechosos por nuestro Tribunal Administrativo, se hallan evidentemente contradichos por el concepto pericial emitido por Medicina Legal sobre la gravedad de la enfermedad, y la imposibilidad de un tratamiento idóneo alguno en ese momento, ya que dicho concepto considera que el tratamiento o procedimiento quirúrgico debió realizarse meses antes para ser eficiente, y que sin el tomógrafo para realizar el TAC elemento que no poseía el Hospital, el diagnóstico no era posible confirmarlo, a pesar de que como se vio posteriormente fue acertado aún sin el TAC, y que por la ubicación del cisticerco entre los centros que dominan las funciones vitales entre ellos la respiratoria y cardíaca, produciría irremediablemente sobre la paciente la muerte súbita a pesar de los esfuerzos que se hubiesen realizado por el personal médico. Nuestro Tribunal para mayor transparencia e imparcialidad en la toma de sus decisiones ratifica que este concepto pericial proviene de un auxiliar de la justicia idóneo, y sin interés en el proceso, lo que hace que la Sala le otorgue plena credibilidad.

Por otra parte, si hubiesen existido las irregularidades de que dan cuenta los

¹⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de febrero de 1.995, expediente 9142. M.P Doctor Juan de Dios Montes Hernández

testimonios anteriormente relacionados, ellas no fueron causa eficiente del acaecimiento de la enferma y por tanto desaparecería un elemento sine qua non para declaratoria de la responsabilidad de la demandada, como lo es el nexo causal.

Así las cosas, considera la sala, al demostrarse la ausencia de la falla en la prestación del servicio médico, si nos remitimos en forma explícita al contenido de la historia clínica, o si en gracia presumimos la existencia de irregularidades, es claro que estas no fueron causa eficiente del fallecimiento, desapareciendo así la relación de causalidad entre la presunta falla y el daño.

Por lo tanto la entidad demandada se exonera de entrada de responsabilidad patrimonial alguna, ya que como se podrá estudiar detenidamente el presente expediente, está probado que el servicio se desarrolló diligentemente, contrariando lo expresado por los testimonios a favor de la parte demandante, los cuales manifestaron que en su momento se presentó descuido con la paciente, contrario sensu de lo acreditado probatoriamente que el servicio inicial de urgencias si fue brindado con la atención y cuidado que requería, así lo confronta la historia clínica, pero lastimosamente por la naturaleza de la enfermedad fue inevitable que la paciente falleciera, por lo tanto se negaron las pretensiones de la demanda.

Como se observa y concluyendo acerca de la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño en denegar las súplicas de la parte demandante se dio aplicación la teoría de la falla presunta, la cual de entrada presume que hubo falla y que en consecuencia le corresponde probar a quien prestó el servicio médico, que obró en forma idónea, adecuada y oportuna, dentro de lo que el Derecho Médico se denomina LEX ARTIS lo cual traduce dentro del protocolo médico demostrado con los registros realizado en la historia clínica con lo cual se pudo demostrar la ausencia de falla en el servicio médico prestado por el Hospital Civil de Ipiales.

Continuando con nuestro estudio, nos referimos ahora al **EXPEDIENTE 0106-2003**, REPARACION DIRECTA entablado por la parte demandante en contra del Instituto de Seguros Sociales con sentencia calendada el 28 de febrero de 2006 en la cual la Sala al igual que la anterior tomo la decisión de negar las pretensiones, con aplicabilidad de la teoría de la Falla Probada:

El tema de la sentencia es la RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL- falla en el servicio médico asistencial-

“La ausencia de prueba sobre la responsabilidad estatal y la diligencia demostrada, de conformidad con el acervo probatorio arrimado al informativo, que para el caso concreto determina la ruptura del nexo causal, tal como ha quedado claro, además de determinar la inexistencia de falla en el servicio, releva de responsabilidad a la entidad demandada”¹⁸.

En esta demanda se analizan los términos de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, reformado a su vez por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998:

“Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”¹⁹

La sentencia analiza lo siguiente: La norma considera dos clases de responsabilidad que tiene una misma causa:

¹⁸ Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 0106-2003.

¹⁹ Artículo 31 de la Ley 446 de 1998.

1. La responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado frente a la persona que sufrió el daño antijurídico: siempre que le sea imputable, como consecuencia de haber sido causado con la acción o la omisión de las autoridades públicas, requiere para su estructuración la concurrencia de los siguientes elementos: una acción u omisión realizada por una autoridad pública, en ejercicio de sus funciones, o con ocasión de ellas, o con un instrumento del servicio, a efectos de que el daño antijurídico pueda ser imputado al Estado; un daño antijurídico entendido por tal es aquel que no se está obligado a soportar por mandato legal; y, un nexo causal entre los dos primeros elementos, es decir, que el daño antijurídico haya sido causado con la acción o la omisión de la autoridad pública.

2. La responsabilidad que corresponde al funcionario que en su momento se desempeñaba como autoridad pública: Los elementos de la segunda responsabilidad que consagra el precepto para efectos de la repetición, difieren de los anteriores. Son ellos: una conducta - acción u omisión - dolosa o gravemente culposa, realizada por el funcionario, un daño antijurídico, causado con esa conducta; un nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa y el daño antijurídico, una declaración judicial de la responsabilidad patrimonial del Estado por ese daño antijurídico y la consecuente condena y, el pago de la condena por parte del Estado.

Con este fundamento se han estructurado las teorías del daño especial y de la lesión, aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia. Según la primera, la Administración al causar con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal, en ejercicio de su competencia y obrando aun dentro del marco de la legalidad, compromete su responsabilidad patrimonial, y conforme a la segunda, de la misma estirpe,

según la cual puede producirse un perjuicio antijurídico en sí mismo que se erige en el fundamento del deber de reparar patrimonialmente a quien lo soporta.

El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, en sentencia julio 5 de 1991, expediente No. 6.014, discurre sobre las fuentes de responsabilidad administrativa, la parte actora no demostró la pretendida falla del servicio y que, por el contrario, la prueba no controvertida indica que el tratamiento fue aquel que requería el paciente, quien fue tratado con la diligencia y cuidado requeridos y cuya defunción tuvo una causa médica diferente de aquella por la cual estaba siendo tratado.

Adicionalmente, está establecido que en cada uno de los ingresos del paciente a la Clínica, se ordenaron y llevaron a cabo los exámenes médicos y de laboratorio requeridos para tal caso, que no únicamente intentarían determinar las causas de las dolencias o de los síntomas presentados por el doliente, sino que, además, determinarían su estado general, de donde podría surgir la causa real del malestar y el tratamiento que este debía seguir.

Lo anterior conlleva, necesariamente a la imposibilidad de atribuir responsabilidad al Instituto de Seguros Sociales, ya que su personal y el de su contratista, obraron con diligencia y responsabilidad frente a los requerimientos del enfermo, por tanto se considera inexistencia de falla en el servicio.

En desarrollo del estudio de la acción que se decide, y con respecto de la responsabilidad médica y de la prueba de la misma, ha dicho la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado ponencia del señor Consejero Alíer Eduardo Hernández Enríquez en sentencia de febrero 10 de 2000, dentro del expediente radicado bajo el número: 11878.

“Y es que son precisamente las pruebas solicitadas y aportadas por la parte demandante, relacionadas con la historia clínica, las que dan cuenta del debido tratamiento médico y asistencial que la IPS. del Seguro Social prodigó al paciente”²⁰.

Teniendo en cuenta el conjunto jurisprudencial citado y el acervo probatorio consistente en demostraciones directas como indiciarias, se hace posible deducir sin lugar a equivocación, que en el caso que hoy ocupa nuestro estudio no se encontró configurada la falla del servicio por omisión o negligencia a cargo de la entidad demandada, en razón de los hechos circunstanciales anteriormente referenciados.

Sobre las circunstancias del tratamiento médico otorgado al paciente, en similar caso decidido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, sentencia calendada abril 3 de 1997, con radicación número 9467 se ha dicho que:

“La ausencia de prueba sobre la responsabilidad estatal y la diligencia demostrada, de conformidad con el acervo probatorio arrimado al informativo, que para el caso concreto determina la ruptura del nexo causal, tal como ha quedado claro, además de determinar la inexistencia de falla en el servicio, releva de responsabilidad a la entidad demandada, todo cuanto el resultado de la necropsia, la historia clínica, y los testimonios de los médicos.

Rratifican que el Seguro Social proveyó al usuario atención integral

²⁰ Consejo de Estado. Sentencia febrero 10 de 2000, Radicación No. 11878. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

comprometiendo la totalidad de sus recursos y que obedeció a un hecho fortuito e impredecible que el afectado haya presentado un infarto agudo al miocardio, causa de su deceso, quedando entonces a la parte demandante probar lo contrario si así lo siguiere considerando”²¹.

Si bien es cierto que al médico por la naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida humana, debe exigírsele prudencia y diligencia, no es menos cierto que si en el proceso aparece probado que un médico especialmente prudente y diligente habría podido incurrir en el mismo error, es claro que no puede endilgarse culpa alguna.

“El comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta de una parte la denominada "lex artis", lo que, de acuerdo con lo expresado en la obra "La práctica de la medicina y la ley", implica tener en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente, razón por la cual en nuestro estudio del presente expediente se comparten las apreciaciones señaladas en la sentencia *no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser "pagadas" por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del*

²¹ Sentencia Consejo de Estado abril 3 de 1997, radicación número 9467. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

*arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso*²².

Como se observa el Tribunal Administrativo de Nariño, dio aplicación a la teoría de la falla probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos posteriores.

Para llegar a conclusiones sobre este tema se considera igualmente el **EXPEDIENTE 8943-1999**, REPARACION DIRECTA entablado por la parte demandante, en contra del I.S.S., sentencia calendada el día el 4 de Agosto de 2006 la cual negó las pretensiones de la demanda, con aplicabilidad de la teoría de la Falla Presunta:

En cuanto al tema del expediente se centra en la RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL- FALLA EN EL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL debido a la Muerte de la paciente en procedimiento quirúrgico LAPAROTOMÍA EXPLORATORIA, practicado en forma posterior a una COLECISTECTOMÍA (extracción de cálculos en la vesícula).

Según el tribunal Administrativo de Nariño:

(...)

"el deceso de la paciente, por consiguiente, no se debió a la deficiente atención médica que los actores atribuyen a la Entidad demandada, o a la no información de los riesgos que la operación denominada COLECISTECTOMÍA generaba, sino a complicaciones que constituyen eventos no previsibles dentro de la actuación, razón por la cual no es posible

²² Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 0106 -2003.

responsabilizar patrimonialmente a la parte demandada por la muerte de la paciente. En consecuencia, se negarán los pedimentos de la demanda.”²³

Los peritos médicos citados, al igual que el médico legista, concluyen que la atención médica fue oportuna y adecuada y que la trombosis o isquemia mesentérica era imprevisible, como puede verse en los siguientes apartes del dictamen obrante a folios 468 ss del expediente:

(...)

” la paciente fue valorada prequirúrgicamente por medicina interna que no encuentra contraindicación para practicar la colecistectomía. Las causas de la isquemia mesentérica como se dijo anteriormente son múltiples entre ellas patologías cardiacas, ateromatoris, enfermedades del colágeno, etc. En los exámenes prequirúrgicos no se encuentran alteraciones por lo que se considera I M P R E V I S I B L E determinar la presencia de isquemia mesentérica”²⁴.

Según consta en la Historia Clínica, durante el acto operatorio de la colecistectomía no se evidenció ningún cuadro intestinal patológico. En caso de haber tenido necrosis intestinal patológica hubiera sido fácilmente visible y detectable. En la primera intervención quirúrgica no tenía isquemia intestinal masiva, esta patología se presenta con posterioridad a la primera intervención quirúrgica y su presentación es imprevisible.

²³ Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 8943 – 1999.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 34.

(...)

“la atención brindada fue la establecida dentro de los cánones de la medicina, para dar atención oportuna a los casos de colestitectomía y su tratamiento posterior. Además, es importante resaltar que los médicos que dieron la atención oportuna cuentan con la idoneidad para la atención de estos casos. Esto puede ser corroborado con las hojas de vida de cada uno de los médicos implicados en este proceso”²⁵

Las pruebas anexadas al caso permiten inferir que la parte demandada dentro del presente proceso evaluó todos los elementos de juicio existentes para la realización de la operación denominada COLECISTECTOMIA, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Lex Artis, con el único objetivo de procurarle una mayor calidad de vida de la paciente. Antes de practicársele ese acto quirúrgico, la paciente conoció los riesgos mínimos que dicha operación generaba, y tácitamente los asumió al aceptar someterse al ya mencionado procedimiento.

Como en los anteriores casos, se recurrió a la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA, en la cual se presume que existió una falla y que en consecuencia le corresponde probar a quien presto el servicio médico, quien demostró que obró en forma idónea, adecuada y oportuna dentro de lo que se denomina LEX ARTIS.

Otro **EXPEDIENTE** que se tiene en cuenta para nuestro estudio es el **0720-1999**, REPARACION DIRECTA entablado por la parte demandante en contra del HOSPITAL SAN ANDRES DE TUMACO sentencia calendada el día el 4 de Agosto de 2006 la cual concedió las pretensiones de la demanda, con aplicabilidad de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba:

²⁵ Ibíd. Pág. 34.

La sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño DECLARA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL DEL HOSPITAL SAN ANDRES DE TUMACO por los perjuicios sufridos por la demandante, por la negligencia en el servicio de ginecoobstetricia entre los días 11 y 12 de julio de 1997, lo que constituye falla del servicio.

Además DECLARA LA RESPONSABILIDAD GRAVEMENTE CULPOSA de los médicos por falta de diligencia en los hechos materia del proceso y en consecuencia se los CONDENAN a REINTEGRAR al Hospital San Andrés de Tumaco parte de la condena impuesta a esa entidad.

El tema del expediente se centra en la RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL – FALLA EN EL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL.- por muerte de neonato en el vientre materno por tardanza en la atención médica adecuada- responsabilidad de los llamados en garantía.

La Sala procedió a analizar el acervo probatorio obrante en dentro del proceso, para determinar si se encuentra demostrada la falla del servicio así como el nexo causal entre esta y el daño.

Las conclusiones a que llegó la Sala fueron las siguientes:

“1. el recién nacido a termino falleció por insuficiencia respiratoria a sufrimiento fetal agudo por desproporción céfalo pélvica cuyo parto debió atenderse por cesárea y no esperar que nazca por vía vaginal.

2.- Para determinar responsabilidades (profesional-institucional etc) se requiere esclarecer las contradicciones anteriormente anotadas y que se especifiquen por que no se paso revista de sala a la madre el día 12_VII-97 en horas de la

mañana.”²⁶

“El Magistrado Ponente consideró que las afirmaciones realizadas por la demandada referentes a que en ningún momento se presentó negligencia alguna, ya que la gestante desde su ingreso por el servicio de urgencias hasta el momento de la pertinente intervención quirúrgica fue atendida y valorada en debida forma, según el protocolo médico exigido para tal y que en este caso se dieron cambios hemodinámicos e intrauterino con la presencia de aspiración de meconio por parte del feto, no son tan verídicos como se aspira hacer creer, pues si bien es cierto hubo aspiración de meconio al final, tal circunstancia según la Sala pudo perfectamente evitarse si desde su ingreso hubiese sido la embarazada valorada debida y adecuadamente.

Y si a sabiendas que se trataba de un embarazo de alto riesgo tal como lo soportaba los controles prenatales, se considera la posibilidad de haberse evitado la prolongación del trabajo de parto, por lo que consecucionalmente no hay lugar a atribuir a la madre la responsabilidad por la muerte del neonato, como lo quiso encartar el llamado en garantía Ginecólogo, por presunta omisión en controles prenatales, ya que se encuentra plenamente probado mediante constancia sobre la existencia de atención prenatal y los respectivos controles en diferentes fechas, que incluso de los cuales se entro en su determinado momento a diagnosticar que era un Embarazo de alto riesgo”²⁷.

En consecuencia, la sentencia en mención trae incurso la sanción en contra de entidad demandada, de indemnizar los perjuicios sufridos por los demandantes que demuestren el derecho con la muerte de su descendiente no nacido porque se demostró que ésta se debió a la deficiencia del servicio de ginecoobstetricia prestado a la embarazada en el Hospital San Andrés de Tumaco, es decir se ha

²⁶ Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 0720 – 1999.

²⁷ *Ibíd.* pág. 34.

establecido la falla del servicio y la imputación de la misma a la entidad demandada.

De igual forma la Sala consideró que los Médicos y el Ginecólogo llamados en garantía, de conformidad a lo ya probado, no demostraron que su actuación fue idónea, con suficiente cuidado y diligencia, es decir que su conducta no se encontró dentro de los parámetros de la lex artis de la medicina, pues si bien la obligación del personal médico en este caso era de medio no se le estaba exigiendo el compromiso absoluto de curar al enfermo, si no de al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia (Sentencia de 12 de septiembre de 1985, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil). Y por lo tanto,

(...)

*"la Sala considera que deberán responder conjuntamente con la entidad demandada por el pago de los perjuicios demostrados a favor de los demandantes"*²⁸.

Siendo así, se evidencia que en este caso se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba la cual tiene en cuenta el principio de la igualdad y equidad, según el cual existen posibilidades reales de probar hechos relevantes para unos casos y otros en los cuales no existen posibilidades reales de probar los hechos; esto es el dinamismo de la carga de la prueba respecto de los hechos por demostrar y bajo esta teoría la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes.

En este caso se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba, es decir que le corresponde probar los hechos tanto a la parte demandada como al demandante. Este comprendió el estudio de los siguientes temas, a saber: concepto (qué es la

²⁸ Sentencia de 12 de septiembre de 1985, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

prueba); objeto (qué se tiene que probar); medios y fuentes (cómo se prueba); carga (quien debe probar – ambas partes) y la valoración.

También se estudiaremos el **EXPEDIENTE 1830-2001**, demanda entablada en contra del I.S.S, sentencia calendada el día el 10 de Febrero de 2006 la cual concedió las pretensiones de la demanda, con aplicabilidad de la teoría de la Dinámica de la Prueba:

El tema es de RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL- FALLA EN EL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL- perjuicios por intervención quirúrgica defectuosa- la paciente no fue ilustrada sobre los posibles riesgos de su intervención.

(...)

”la administración demandada no aportó prueba que demuestre que la paciente fue ilustrada sobre los riesgos posibles de la histerectomía que se le iba a practicar, como tampoco la que acredite que dio su consentimiento para que se lleve a cabo ese acto quirúrgico, por tanto, debe responder por los perjuicios ocasionados con la realización del riesgo, que se tradujo en la causación a la paciente de una lesión conocida como fístula vesicovaginal que la obligó a soportar dos intervenciones quirúrgicas de corrección, sin éxito, en el Seguro Social, y una más en la Clínica Universitaria Bolivariana de Medellín donde finalmente fue remediada su patología.”²⁹

Demandan los actores la indemnización de perjuicios que afirman les han sido ocasionados con ocasión de la intervención defectuosa e inadecuada practicada a la paciente, el 21 de julio de 2000 y reiterada por dos oportunidades más, que le causaron secuelas calificadas como fístula vesicovaginal.

²⁹ Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 1830 – 2001.

En este caso la Sala considero pertinente el estudio de la Ley 23 de febrero 18 de 1981, Por la cual se dictan normas en materia de ética médica, al respecto, establece:

“ART 15.- El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y la explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

ART 16.- La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”³⁰.

Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 3380 de noviembre 30 de 1981, el cual, en lo pertinente, dispone:

“ART 10.- El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”³¹

“ART 11.- El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo Previsto en los siguientes casos:

a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o

³⁰ Ley 23 de febrero 18 de 1981

³¹ Decreto 3380 de noviembre 30 de 1981

allegados se lo impidan;

b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

ART 12.- El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”³².

“Pero no basta que el Médico advierta al paciente o a los familiares o allegados de los riesgos inherentes a una cirugía, sino que para liberarse de responsabilidad, debe obtener su consentimiento”³³.

En el caso objeto de estudio para nuestro ensayo, al que son aplicables los lineamientos jurisprudenciales transcritos dada la similitud con el asunto objeto de controversia judicial, se observa que la institución demandada no aportó prueba que demuestre fehacientemente que la paciente fue ilustrada sobre los riesgos posibles del procedimiento quirúrgico de histerectomía que sobre ella se iba a efectuar, como tampoco existe prueba que ésta haya otorgado su consentimiento para que se lleve a cabo ese acto quirúrgico, por tanto, debe responder por los perjuicios ocasionados con la realización del riesgo, que se tradujo en la causación a la paciente de una lesión conocida como fístula vesicovaginal que la obligó a soportar dos intervenciones quirúrgicas de corrección, sin éxito, en el Seguro Social, y una más en la Clínica Universitaria Bolivariana de Medellín donde finalmente fue remediada su patología.

La decisión de la Sala fue: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales, por el daño antijurídico causado a la paciente con

³² Decreto 3380 de noviembre 30 de 1981

³³ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia diciembre 5 de 2002, Rad.: 25000-23-26-000-1992-8360-01, Ref.: Exp. 13662. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros

ocasión de la prestación médica a ella brindada en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de este fallo.

En este caso se tuvo en cuenta la teoría de la carga dinámica de la prueba, que según mi juicio es la teoría más importante y justa en los casos de reparación directa por casos de falla en el servicio médico y hospitalario – carga de la prueba. Al igual que en el caso anterior los siguientes elementos para su resolución: concepto (qué es la prueba); objeto (qué se tiene que probar); medios y fuentes (cómo se prueba); carga (quien debe probar – ambas partes) y la valoración.

Concluyendo acerca de la acción de reparación directa por falla en el servicio médico y hospitalario – carga de la prueba se puede decir que:

En aplicación inicial para ser efectiva la ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, bajo el amparo de la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PROBADA, corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda, con posterioridad y en aplicación de la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA, la cual de entrada presume que hubo una falla y que en consecuencia le corresponde probar a quien presto el servicio médico, que obró en forma idónea, adecuada y oportunamente, dentro de lo se conoce como LEX ARTIS.

Finalmente nuestro Honorable Consejo de Estado, mediante Sentencia 10/2000, expediente. 11878, con la Ponencia del Consejero Dr. ALIER HERNANDEZ, acoge la tesis de la llamada TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, tesis considerada actualmente, la más importante que las anteriores, ya que ésta es una fusión de las dos anteriores tesis para cada caso en concreto: ya que si ese saber NO es técnico o científico, se aplicará la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PROBADA, es decir; que a quien le corresponde la carga probatoria es al DEMANDANTE. Si embargo si ese saber ES técnico, o científico, se aplicara la tesis de la TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA, es decir; que a quien le

corresponde la carga probatoria es al DEMANDADO, demostrando su oportunidad e idoneidad, en la ejecución de la respectiva conducta profesional, quien deberán satisfacer directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

En desarrollo de la norma procesal, tenemos, en principio, que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad (daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas; posición ésta con la que se identifica la jurisdicción civil, donde impera el criterio de la CULPA PROBADA en los procesos de responsabilidad médica.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

De falla probada o presunta del servicio a la repartición de las cargas probatorias.

En los procesos administrativos encontramos que el tema de la carga de la prueba no ha sido estático, a tal punto, que puede distinguirse claramente la existencia varias etapas:

La primera en la cual el paciente demuestra la falla del servicio médico. Antes del año 1992 se tenía que la persona que alegaba haber sufrido un daño con ocasión de la actuación irregular del Estado en la prestación del servicio médico, debía demostrar los supuestos de hecho que apoyaban su pretensión, teniendo de esta manera el criterio de la FALLA PROBADA DEL SERVICIO. Cuando el actor no probaba la falla de la entidad, ésta era exonerada de los cargos, y se negaban las pretensiones del paciente y/o su familia.

Este criterio se observa claramente en todas las Sentencias del Consejo de

Estado anteriores al año 1992; para declarar administrativamente responsable a una entidad por falla en el servicio médico, el demandante tenía la obligación de probar todos los elementos para estructurar la responsabilidad de la Nación: a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo en cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una relación de causalidad.

En la Segunda Etapa, La entidad estatal debe demostrar que su actuación fue correcta. Sin embargo, a partir de la sentencia de 1992, con ponencia del entonces consejero Daniel Suárez Hernández, se adoptó el criterio de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO en materia de responsabilidad médica. A partir del fallo del 30 de junio de ese año, el Consejo de Estado asume que en los casos de responsabilidad médica, y debido a los especiales conocimientos científicos y técnicos que tienen los profesionales de la salud y las entidades prestadoras de servicios públicos de salud, son ellos quienes estarán en mejor posición de probar que obraron con diligencia y cuidado y establece una presunción jurisprudencial en su contra: la presunción de la falla (culpa).

En todos los casos y en todos los procesos de responsabilidad médica, se partió del supuesto probatorio que la institución hospitalaria de carácter oficial falló en la prestación del servicio médico a su cargo y en consecuencia, se estableció que para exonerarse de responsabilidad, debía acreditar diligencia y cuidado. De esta manera, la entidad prestadora de salud llegaba SIEMPRE al proceso con una presunción de falla en su contra.

En la tercera etapa, está el equilibrio de la carga probatoria entre el paciente y el

hospital. La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia.

La teoría de la carga dinámica supone la repartición de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada proceso, y no supone, pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Observamos entonces como elementos importantes de la teoría de las cargas dinámicas, los siguientes:

1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar.
2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto.
3. La teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir del año 2000 encontramos algunas sentencias del Consejero de Estado doctor Alier Hernández Enríquez, en las que se propende por la adopción de la Teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte.

El doctor Alier Hernández considera pues que la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.

Encontramos una primera sentencia del 10 de febrero del año 2000, en la que se sostiene que no todos los hechos expuestos en los procesos de responsabilidad médica estatal tienen un aspecto técnico y científico, y por esa razón, no siempre

es el médico quien está en mejor posición de probar:

Se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas, 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 de 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.

“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”³⁴

Y comentando esta sentencia, el tratadista SAAVEDRA BECERRA manifiesta que: El Consejo de Estado rechaza por tanto, en este litigio, el régimen de falla del

³⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de febrero del año 2000. M.P. Darío Quiñones Pinilla...

servicio presunta, de lo cual se deduce que dicho régimen no es aplicable en la totalidad de los eventos de responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio de salud. La consecuencia es que corresponderá al juez determinar en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla, con lo cual el traslado de la carga probatoria será no ya una regla de derecho común sino un episodio eventual.

En aras de la justicia y de abogar porque los médicos y demás profesionales de la salud no se vean obligados a ejercer su profesión a la defensiva, se espera que éste sea el criterio que empiece a predominar en la valoración de las pruebas que se haga en los procesos de responsabilidad médica estatal.

En este punto, estoy de acuerdo con el tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO cuando sostiene que nos parece justo que el médico, en la medida en que las circunstancias de hecho se lo permitan, deba aportar al proceso la prueba de cómo ocurrieron los daños sufridos por el paciente, y cuál fue la diligencia y cuidado con que se atendió al enfermo.

Lamentablemente, el Consejo de Estado pretende salir de una posición rígida a favor de los médicos, para caer en otra igualmente rígida a favor de las víctimas. Es decir, se continúa con la carga estática de las pruebas, pero esta vez a favor del demandante, olvidando que la filosofía de la carga dinámica es la de radicar la carga probatoria en aquella de las partes que esté en posibilidad de mostrar la real verdad de las cosas.

CONCLUSIONES

- La carga dinámica de la prueba establece que en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos estará a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes.
- La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar, la distribución de las cargas se hace en cada caso concreto y la teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes.
- Antes del año 1992 el Consejo de Estado manejaba el criterio de la FALLA PROBADA DEL SERVICIO, que exigía al actor que alegaba haber sufrido un daño demostrar los supuestos de hecho que apoyaban su pretensión.
- A partir de la sentencia de 30 de julio de 1992 el Consejo de Estado acogió como regla general la carga probatoria en cabeza del médico, creando la presunción de culpa en su cabeza, adoptando así el criterio de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO.
- La FALLA PRESUNTA se adopta considerando que debido a los especiales conocimientos científicos y técnicos que tienen los profesionales de la salud, son ellos quienes estarán en mejor posición de probar que obraron con diligencia y cuidado.
- Con la FALLA PRESUNTA del servicio médico el actor queda exonerado de su obligación de demostrar la conducta irregular de la administración, correspondiéndole solamente probar el daño y el nexo causal.
- Se invierte entonces la carga de la prueba y corresponde al profesional

demostrar que actuó con diligencia y cuidado, prueba que desvirtúa la presunción de falla.

- A partir del año 2000, en algunas sentencias del Consejo de Estado se ha propendido por la adopción de la Teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte, puesto que la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.
- Debe dejarse de lado la presunción en contra del médico toda vez que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas.
- Es necesario entonces valorar en cada caso en concreto si los hechos alegados tienen carácter técnico o científico, y se evaluará si es el paciente o si es el médico quien está en mejor posición de probar o desvirtuar la falla del servicio médico y en consecuencia, con fundamento en la posición actual de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, habrá procesos administrativos de responsabilidad médica que se fallarán bajo la tesis de la falla probada del servicio y otros con apoyo en el régimen de presunción de falla del servicio médico.

BIBLIOGRAFIA

- Artículo 90 de la Constitución Política de 1991.
- Artículo 31 de la Ley 446 de 1998 Corte Constitucional, Sentencia del 24 de Septiembre de 1993. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. T-406-93.
- Artículo 34 Ley 23 de 1981
- Corte Constitucional, Sentencia C – 166 del 20 de Abril de 1995
- Consejo de Estado, en Sentencia de octubre 24 de 1990. expediente No. 5902
- Corte Constitucional Sentencia T-401 de 1994.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, M. P. Alier Hernández, Exp. 15191, Sentencia del 5 de mayo de 2005.
- Consejo De Estado. Sentencia De Agosto 24 De 1992. (1992) Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado. Sentencia 10/2000, expediente. 11878.
- Constitución Política de Colombia. Artículos 228 y 229.
- CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION LABORAL, Sentencia de 13 de febrero de 2007. Nro. Radicación. 29519
- CONSEJO DE ESTADO – Sentencia 19 de septiembre de 2007 Nro. de Radicación. 15382.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 1.994, expediente No 7973
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera, en sentencia julio 5 de 1991, expediente No. 6.014
- Consejo de Estado. Sentencia febrero 10 de 2000, dentro del expediente radicado bajo el número: 11878
- Consejo de Estado. Sentencia del 10 de febrero del año 2000
- Consejo de Estado. Sentencia del 3 de febrero de 1.995, expediente 9142.
- Decreto 3380 de noviembre 30 de 1981
- Decreto Reglamentario 3388 de 1981.

- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA - CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA: Sentencia de 21 de febrero de 2002 - Radicación número: 12.813 - CONSEJERO PONENTE: DR. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ Código de Procedimiento Civil, artículo. 177.
- Ley 734 de 2002.
- Ley 23 de 1981 y Decreto Reglamentario 3388 de 1981.
- Ley 712 de 201.
- PIMIENTO, Heriberto. Asociación Colombiana de Responsabilidad Médica. Conferencia, Agosto 22/98
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: “La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp.
- Sentencia 10/2000, expediente. 11878, con la Ponencia del Consejero Dr. ALIER HERNANDEZ.
- Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 0126-1998
- Tribunal Administrativo de Nariño. Expediente 0106-2003.
- TRIBUNAL CONTECIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO: Con fecha de archivo a 2006: EXPEDIENTES (1998-0126), (1999-8943), (1999-0720), (2001-1830). (2003-0106).

**ANEXO A.
ESTADISTICAS
APLICACIÓN DE TEORIAS EN ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR
FALLA EN EL SERVICIO MEDICO Y HOSPITALARIO**

TRIUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

TEORIA	NÚMERO	%	EXPEDIENTES
TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA	2	40	EXPEDIENTES: 0720-1999 Y 1830-2001
TEORIA DE LA FALLA PROBADA	1	20	EXPEDIENTE 0106 2003
TEORIA DE LA FALLA PRESUNTA	2	40	EXPEDIENTES: 0126-1998 Y 8943-1999
TOTAL	5	100%	

