

CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA
EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MEDICO ASISTENCIAL

ANA CRISTINA DORADO VALLEJO
FRANCISCO ORTIZ MENESES

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN PASTO
2011

CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA
EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MEDICO ASISTENCIAL

Trabajo de grado para optar por el título de:
Especialista en Derecho Administrativo

Presentado Por:

ANA CRISTINA DORADO VALLEJO
FRANCISCO ORTIZ MENESES

Asesor:

WILLIAM ARBEY TEPUD VERDUGO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN PASTO

2011

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y las conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad de exclusiva del autor”

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

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DE TESIS

JURADO

JURADO

San Juan de Pasto, 23 de mayo de 2011

AGRADECIMIENTOS

A mi familia,

*Quienes me han enseñado lo grato
que es ejercer el derecho
honradamente y con pasión.*

*ANA CRISTINA
DORADO VALLEJO*

A mis padres,

*Por el apoyo incondicional que me
permitieron culminar con esta meta.*

*FRANCISCO MANUEL
ORTIZ MENESES*

CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCIÓN	
1. RESPONSABILIDAD ESTATAL	18
1.1 ASPECTOS GENERALES	18
1.2 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD	20
2. LA PRUEBA	25
2.1 DEFINICIÓN DE LA PRUEBA	25
2.2 FUNCIÓN DE LA PRUEBA	26
2.3 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA	26
2.4 CARGA DE LA PRUEBA	
3. RESPONSABILIDAD MÉDICO ASISTENCIAL	30
3.1 NOCIÓN	30
3.2 CLASIFICACIÓN OBLIGACIÓN DE MEDIO Y RESULTADO	31
3.3 RELEVANCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU APLICACIÓN EN RESPONSABILIDAD MÉDICO ASISTENCIAL	33
3.4 TESIS ADOPTADAS POR JURISPRUDENCIA EN SOBRE CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD MÉDICO ASISTENCIAL	37
3.4.1 Consejo De Estado	37
3.4.2 Tribunal Administrativo De Nariño	51
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

GLOSARIO

CARGA DE LA PRUEBA: Es aquella que es entendida como el interés del sujeto procesal de probar los supuestos fácticos de la demanda.

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: Atribución de la carga de la prueba en relación a la mayor o menor facilidad probatoria que puede representar para alguna de las partes la demostración de la falla del servicio o de su inexistencia.

DAÑO ANTIJURÍDICO: Es la lesión injustificada de un bien protegido por el derecho.

DOCTRINA PROBABLE: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, Corte Constitucional o Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, podrá ser aplicada en los casos análogos por el juez.

FALLA PRESUNTA: Este es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria.

FALLA PROBADA: Es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligatorio a cargo del estado, contenido obligatorio que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución Política en el artículo segundo el cual en su segundo párrafo establece “Las autoridades de la República

está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

OBLIGACIÓN DE MEDIO: Es la encaminada a que el deudor se pone al servicio del acreedor y se obliga a ser diligente y emplear todos los medios de los que dispone, para el cabal cumplimiento de lo pactado, siendo aleatorios los resultados que se obtengan.

OBLIGACIÓN DE RESULTADO: Es la encaminada a que el deudor se compromete con el acreedor a la obtención de un resultado.

PRECEDENTE JUDICIAL: Es la línea jurisprudencial trazada por las Altas Corporaciones de la Rama Judicial en una materia.

PRUEBA: Conjunto de medios encaminados a demostrar un determinado hecho, los elementos de convicción para la verificación de un juicio.

RÉGIMEN OBJETIVO: Este régimen está constituido por aquellos eventos en los cuales el Estado compromete su responsabilidad sin necesidad de que medie el elemento subjetivo, es decir, la culpa o falla del servicio, ya sea presunta o probada.

RÉGIMEN SUBJETIVO: Es aquel que para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño. Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del

daño. Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo.

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD: Son aquellos que han sido creados por la Doctrina y la Jurisprudencia, con los cuales se facilita el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación del nexo causal entre el daño y aquella. Se clasifica en régimen de responsabilidad subjetivo y objetivo.

RESUMEN

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, tiene fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que establece el régimen de responsabilidad del Estado.

En esta medida, el Estatuto Procesal establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas allegadas oportuna y regularmente en el proceso, disposición que es aplicable en materia contencioso administrativa, para que el juez pueda obtener la decisión pertinente.

En el ordenamiento colombiano la regla de la carga de la prueba está a cargo de la parte demandante. No obstante, la jurisprudencia ha sostenido en circunstancias especiales la inversión de la carga de la prueba, como es el caso de los procesos de responsabilidad del Estado, por la prestación de servicios médicos asistenciales.

En consecuencia, las tesis de carga de la prueba en procesos de responsabilidad médica están sustentadas en la jurisprudencia, y de ahí la relevancia del precedente jurisprudencial en la solución de los asuntos judiciales, debido a que el juzgador podrá acudir a ellos para motivar sus providencias.

En esta medida, la línea jurisprudencial sobre la carga de la prueba en procesos de responsabilidad médico asistencial no ha tenido un tratamiento uniforme dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues desde el año de 1990 ha

cambiado de tesis dentro de sus providencias, y la tesis que actualmente se maneja es la falla probada con aligeramiento de la carga de la prueba del nexo causal, tesis que han sido acogidas por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ABSTRACT

The article 86 of the code of the action against the administration establishes the possibility a person concerned has to sue the compensation of the damages when the lawsuit is a fact, an omission, an administrative process or the provisional or permanent occupation of one property due to public Jobs or for any other reasons and this has bases in the article 90 of the constitution of 1991 which establishes the responsibility system of the state.

So in the way, the procedural rules establish that all judicial decisions must be based in all the evidences that are collected at the right an regular moment during the process, legal provision that is used in the action against the administration so the judge can get the appropriate decision.

In the Colombian rules, the rule of the loading evidence is in charge of the plaintiff. Nevertheless, the jurisprudence has kept in special circumstances the inversion of the loading evidence, as the responsibility processes of the state because of the medical care processes.

Then, The thesis of the loading evidences (Las tesis de la carga de la prueba) in medical care processes are held up in the jurisprudence and that is why is so important the relevance of the jurisprudential precedent in the solution of the judicial matters because the judge will be able to support his decision based on it.

So, the jurisprudential line on the loading evidences in responsibility of medical care processes has not had a uniform treatment in the third section of the state council, so since 1990 it has change of thesis inside its providences, and the one that is actually used is the defect tested with a relief of the loading evidence of the

causal nexus and the thesis have been chosen for the Administrative Court Of Nariño.

INTRODUCCIÓN

El régimen de responsabilidad del Estado tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, mediante la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la cual establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Este fundamento de la responsabilidad estatal, radicado en la noción de daño antijurídico, es entendido como aquel que no debe ser soportado por quien lo padece, y ha sido considerado acorde con los valores y principios que fundamentan la noción de Estado Social de Derecho, especialmente con la especial salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que este modelo de Estado propende; también con la efectividad del principio de solidaridad y del de igualdad de todos ante las cargas públicas.

De esta forma, la doctrina ha establecido que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él – nexo causal-, y (iii) debe ser antijurídico.

En relación a la falla en el servicio por el daño producido por una actuación u omisión imputable a la entidad estatal prestadora de servicios médico-asistenciales, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil

el cual se establece la regla general que le corresponde a la parte demandante probar, la carga de la prueba de los elementos de responsabilidad estatal en un principio se manejaba con fundamento en la falla probada del servicio, en donde quien alegaba haber sufrido un daño producido por una actuación u omisión imputable a determinada entidad prestadora de servicios médico-asistenciales, soportaba la carga de probar los tres extremos mencionados: el daño, el mal funcionamiento del servicio, y el nexo causal entre estos dos, para que prosperaran sus pretensiones.

Sin embargo, posteriormente el criterio respecto de los actos médicos propiamente dichos, fueron reconocidos por la jurisprudencia como actos complejos y en consecuencia las dificultades que desde el punto de vista probatorio implican para el paciente quien desconoce la materia, y por lo tanto, ameritan un tratamiento diferente.

En consecuencia, en tales casos la jurisprudencia contempló la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento “falla”, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondería a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, es decir, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.

No obstante lo anterior, en otras decisiones del Consejo de Estado sostiene que la falla en la prestación de servicio médico asistencial corresponde a la parte demandante salvo en aquellas circunstancias que resulta extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne excesiva, hay lugar a la inversión de la carga de la prueba e inaplicación del artículo 177 del C.P.C., con fundamento en la equidad.

Es así que el tema de la carga de la prueba en la materia de prestación de servicios médicos asistenciales no ha tenido un tratamiento uniforme en la jurisprudencia, y por lo tanto, mediante el presente ensayo queremos analizar en primera lugar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, autoridad que le corresponde el conocimiento en segunda instancia de los procesos de reparación directa de los tribunales administrativos, y establecer el estado actual sin perder el valor jurídico que tiene el precedente jurisprudencial, pues en base a estos pronunciamientos, se da solución a los casos judiciales de conformidad al artículo 4 de la Ley 169 de 1896, el cual dispone que *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”*, precepto que fue declarado exequible mediante Sentencia C-836 de 2001, en el cual se considera que la doctrina probable *“es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”*¹, y en consecuencia, esta disposición también es aplicable dentro de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Así mismo, el artículo 4to de la ley 169 de 1896, sostiene que las Altas Cortes podrá cambiar el criterio jurisprudencial cuando juzgan que las decisiones tomadas anteriormente son erróneas, y en este sentido la Corte Constitucional² ha manifestado que pueden apartarse del precedente jurisprudencial en eventos específicos por cambio de la situación social, por resultar errónea por contradicción con el ordenamiento jurídico, y por cambio legislativo. En esta medida, analizaremos si existen los argumentos necesarios para apartarse de cada posición adoptada por el Consejo de Estado respecto a la carga de la prueba en responsabilidad médico asistencial.

Adicionalmente, es importante señalar que si bien el juez tiene autonomía judicial en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, debe obedecer a la línea jurisprudencial trazada por las Altas Cortes, es decir que para el caso en que nos ocupa, estudiaremos si las decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Nariño han respetado el precedente jurisprudencial adoptado por la máxima Corporación de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

² Ibídem

1. RESPONSABILIDAD ESTATAL

1.1 ASPECTOS GENERALES

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo³, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991⁴, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar.

Esta disposición constitucional es el fundamento no sólo de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que además consagra “*la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*”, cuyos elementos centrales son el daño antijurídico y su imputación al Estado.

De esta forma, el daño antijurídico, ha sido considerado acorde con los valores y principios que fundamentan la noción de Estado Social de Derecho, en especial con la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que este modelo de Estado propende; también

³ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 86. 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 de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

con la efectividad del principio de solidaridad y del de igualdad de todos ante las cargas públicas.

En este sentido, el fundamento de la responsabilidad estatal consagrado en la Carta Política, conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público.

En relación al daño antijurídico la Corte Constitucional ha manifestado:

“El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.”⁵

Por ende, el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333/96 M.P.: Alejandro Martínez Caballero

causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

De esta forma, ha dicho entonces la doctrina que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él, y (iii) debe ser antijurídico.

1.2 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En relación a los daños imputables al Estado que pueden provenir de una conducta –activa u omisiva- lícita o ilícita, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Doctrina, da lugar a unos “*regímenes de responsabilidad*”, los cuales facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación del nexo causal entre el daño y aquélla.

Estos sistemas han sido clasificados en: régimen de responsabilidad subjetivo y responsabilidad objetivo.

El sistema de responsabilidad subjetivo, representa la regla general de la responsabilidad estatal caracterizada porque la causa del daño constituyese una “falta o falla del servicio” trátase de actuaciones administrativas o de omisiones, hechos y operaciones causadas por sus agentes, el Estado se hace responsable de los daños causados al administrado, siempre que se acrediten en forma plena los siguientes presupuestos que integran y estructuran la responsabilidad:

- a) “una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se

trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.”

- b) “ Que se causo daño “ que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, o administrativo, con las características predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable , como de que sea cierto, determinado o determinable “
- c) “Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.”

Se considera que el Estado se exonera de toda responsabilidad cuando demuestra como causa del daño la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, causas que acreditan en el fondo que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio alegada como fundamento de la pretensión resarcitoria y el daño causado⁶.

En este punto se diferencia dos tipos de falla en el servicio, la *falla probada* y la *falla presunta*, en la primera el actor corre con la carga de probar la falla y en la segunda surge a favor del actor una presunción, invirtiéndose la carga de la prueba, y correspondiéndole al Estado comprobar la exoneración de su responsabilidad.

A su vez, en el régimen responsabilidad objetivo se encuentra el riesgo excepcional y el daño especial.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del marzo 22 de 2001 RAD. 13166. M. P Ricardo Hoyos Duque.

El título de imputación denominado *riesgo excepcional*, es aquel donde la Administración asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de elementos peligrosos, y por lo tanto, el Ente Estatal debe responder siempre que se produzca un daño en ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, en consecuencia, el demandante tiene el deber de probar los elementos de responsabilidad: existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y la acción u omisión de la entidad pública demandada, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez, la Administración para exonerarse de responsabilidad deberá acreditar que éste último elemento no existe o que es apenas aparente, mediante la comprobación de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Por su parte, el título de imputación denominado *daño especial* tiene su fundamento en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, porque se considera que si bien para la armonía de la vida del ser humano en sociedad sólo es alcanzable si, en algunas ocasiones, se sacrifican intereses particulares en pro de los generales, también hay que sostener que si ese interés es sacrificado de forma legítima con el fin de obtener un provecho para la comunidad, también es jurídicamente legítimo que para la persona que vio sus derechos vulnerados sea reparada en los mismos, toda vez que existen derechos, que no pueden ser desconocidos, ni siquiera por las autoridades en ejercicio de sus deberes legales ni constitucionales.

Al respecto, el honorable Consejo de Estado ha manifestado:

“La teoría de la responsabilidad por daño especial acogida por el Tribunal para decidir el caso bajo estudio, encuentra su fundamento en el principio de la igualdad ante las cargas públicas y constituye un régimen excepcional

de responsabilidad extracontractual de la administración, en virtud del cual corresponde al Estado la indemnización de los perjuicios inferidos a los administrados cuando los mismos sean de un actuar legítimo estatal. Ese daño causado debe ser de carácter anormal, de naturaleza muy especial, respecto de los que comúnmente deben soportar las demás personas. En tales condiciones se entiende que por razones fundadas en la equidad, el solo damnificado no tiene por que soportar el daño causado, no le corresponde sufrir un perjuicio que constituye para el una carga indemnizatoria de los daños ocasionados, para mantener así el principio de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas”.⁷

Es importante resaltar, que en el Estatuto Procesal establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas allegadas oportuna y regularmente en el proceso⁸, y en consecuencia en los procesos de reparación directa, tanto en la clasificación de la imputación del daño a título de responsabilidad subjetiva como en el objetivo, los fundamentos de la demanda deben ser soportados mediante cualquier medio probatorio de conformidad con en el artículo 175⁹, y de acuerdo a su eficiencia, procedencia o idoneidad requeridos en las circunstancias propias del caso concreto, el juez podrá obtener la decisión pertinente.

⁷ CONSEJO DE ESTADO - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera 14 de diciembre de 1993. Referencia: Expediente No. 8844. Actor: Ramón Ramírez Ardila Y Otros Demandada: Mindefensa - Ejército Nacional. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. .Artículo 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Lo anterior, es aplicable en materia contencioso administrativa en virtud del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹⁰, el cual dispone que serán aplicables las normas procedimentales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando sean compatibles con el Código Contencioso Administrativo.

¹⁰ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 168. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

2. LA PRUEBA

2.1 DEFINICIÓN DE PRUEBA

El diccionario de la Real Academia en su vigésima segunda edición¹¹, define la prueba en los siguientes términos:

“1. f. Acción y efecto de probar.

2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.

3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo.” (...)

Desde el punto de vista jurídico uno de los grandes inspiradores del Derecho Procesal Civil, expresó:

“Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

“Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar

¹¹ www.rae.es

una razón".¹²

Por lo tanto, la prueba debe entenderse como el conjunto de medios encaminados a demostrar un determinado hecho, los elementos de convicción para la verificación de un juicio, y junto con ella la acción de probar que es la labor encargada de producir los argumentos necesarios para establecer la existencia de una cosa.

2.2 FUNCIÓN DE LA PRUEBA

La prueba cumple y contiene dos funciones:

- 1. Función Social:** La prueba da seguridad a las relaciones civiles, comerciales, penales, etc., evitando litigios, previniendo delitos, garantizando derechos y estados jurídicos.
- 2. Función Jurídica:** La prueba es el elemento indispensable para perfeccionar un acto jurídico, así como también el medio de prueba es lo que determina la existencia de un derecho.

2.3 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, el juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, ha establecido tres sistemas:

"i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere

¹² CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399.

una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.”¹³

En consecuencia, en nuestro ordenamiento procesal la valoración de las pruebas es regido por el principio de la libre apreciación fundamentado en las reglas de la sana crítica o persuasión racional, y es deber del juzgador valorarlas de una manera conjunta y basar su decisión en ellas.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Control de constitucionalidad. C-202 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

2.4 CARGA DE LA PRUEBA

En el ordenamiento colombiano la regla de la carga de la prueba está consagrada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil¹⁴, aplicable en materia contencioso administrativa en virtud del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹⁵, la cual dispone que le corresponde a las partes “*probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

En consecuencia, cada parte tendrá la posibilidad de defender su interés en el proceso y contará con la garantía de contradicción y defensa frente a los actos de su opositor. Para ello, además de la fuerza argumental, las partes tendrán en su haber la facultad de utilizar los diversos medios de prueba previstos en las normas de procedimiento, en el entendido que, conforme a los artículos 29 de la Constitución Política¹⁶ y 174 del Código de Procedimiento Civil¹⁷, la decisión

¹⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

¹⁵ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 168. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

¹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 174. Necesidad De La Prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

judicial deberá estar basada en pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso.

De esta forma, para la parte demandante como por la demandada respecto del objeto de la *litis*, la carga de la prueba opera como regla de distribución procesal en la demostración de los hechos que le interesan a cada parte basada en principio de buena fe y el derecho de igualdad.

No obstante, como lo analizaremos más adelante, la jurisprudencia ha sostenido en circunstancias especiales la inversión de la carga de la prueba, es decir, el demandante a quien por regla general le incumbe probar en el proceso, ante la existencia de circunstancias especiales que lo coloquen en desventaja, se establecerá una presunción a su favor y se invertirá la carga de la prueba al demandado quien se encuentra en mejores condiciones de probar las causales de exoneración de responsabilidad, como es el caso de los procesos de responsabilidad del Estado, por prestación de servicios médicos asistenciales, donde la jurisprudencia ha sostenido, que la carga - entendida como interés- de la prueba le corresponde al profesional médico, quien se encuentra en mejores condiciones de conocimiento técnico y real de resolver las inquietudes que contra sus procedimientos se formula.

3. LA RESPONSABILIDAD MÉDICO ASISTENCIAL

3.1 NOCIÓN

El ejercicio de la medicina implica una actividad de amplio alcance, debido a que su actividad recae sobre la salud y la vida de los seres humanos; esto implica a su vez una extrema responsabilidad y compromiso de quien se ha formado con el objeto de preservar, hasta donde sea posible, la vida y la calidad de la misma de quien acude a los profesionales médicos. De ahí, que su conducta pueda ser juzgada desde el punto de vista de la responsabilidad civil, disciplinaria o médico penal, y en esa medida se encuentra irremediabilmente vinculado el Derecho a la Medicina y las modalidades que esta desempeña.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, en relación a la complejidad del ejercicio de la medicina ha sostenido:

“...el ejercicio de la medicina implica quizá una de las actividades más delicadas que puede ejercer un profesional, pues dicho ejercicio recae sobre la salud y la vida de los seres humanos; esto implica a su vez una extrema responsabilidad y compromiso de quien se ha formado con el objeto de preservar, hasta donde sea posible, la vida y la calidad de la misma de quien acude a los profesionales médicos.

Este tipo de responsabilidad es la de mayor alcance desde el punto de vista no sólo jurídico sino también ético, pues desde el primer contacto que tiene el médico con su paciente entra a responder por todas sus decisiones, o sus omisiones habida cuenta que cada una de ellas se exteriorizan y se materializan en la salud y en la vida de sus pacientes, ya sea por haber

recetado erróneamente o por no haberlo hecho a tiempo; por no haber tenido en cuenta los efectos secundarios de la medicina suministrada; por haber precisado una operación sin que se requiera o por haberla omitido siendo indispensable, entre otras posibilidades.

Cada una de esas situaciones, lleva sujeto la evaluación desde el punto de vista de la responsabilidad civil, disciplinaria o médico penal, y en esa medida se encuentra irremediabilmente vinculado el Derecho a la Medicina y las modalidades que esta desempeña.

De ello, que la actividad médica sea catalogada como una actividad compleja.”¹⁸

Desde el punto de vista jurídico, quien haya sido perjudicado por la acción u omisión del galeno en la prestación de un servicio medico asistencial en una entidad estatal, podrá instaurar un proceso de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa para que el demandado sea declarado responsable a titulo de falla en el servicio medico asistencial y se indemnice los perjuicios ocasionados por el daño antijurídico producido. Cabe señalar, que en la prestación de servicios médico asistenciales, el galeno adquiere una obligación de medio, es decir, que el profesional médico solamente se compromete en la realización de su actividad, a utilizar todos los medios que tiene a su disposición, y obrar con la diligencia debida.

3.2 CLASIFICACIÓN: OBLIGACIÓN DE MEDIO Y DE RESULTADO

En la Doctrina y jurisprudencia se ha distinguido entre la obligación de medio y la de resultado.

¹⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Sala Tercera de Decisión. Carlos Julio Ramirez. Vs.Hospital San Pedro Y Otro. M.P. Alvaro Montenegro Calvachy. Rad. 2004-1685 (1202).

La primera de ellas es la encaminada a que el deudor se pone al servicio del acreedor y se obliga a ser diligente y emplear todos los medios de los que dispone, para el cabal cumplimiento de lo pactado, siendo aleatorios los resultados que se obtengan, es el caso del servicio medico asistencial donde el profesional medico no se compromete a alcanzar una meta determinada debido a que los resultados no están sujetos a la capacidad del profesional sino a factores exógenos o aleatorios y que en determinado momento limitan las probabilidades de obtener el objetivo deseado, y en consecuencia, el galeno solamente se puede comprometer a tratar de conseguirla mediante la diligencia debida y de los medios que tiene a sus disposición, por lo tanto, de manera general en este tipo de obligaciones le corresponde al actor probar, el elemento subjetivo: *la culpa* del demandado, es decir, la actuación negligente o descuidada.

Por el contrario, la *obligación de resultado*, es aquella en la que el galeno se compromete con el paciente a la obtención de unos resultados determinados, por ejemplo, en las cirugías estéticas donde generalmente se busca el mejoramiento de un aspecto físico del paciente y en ausencia de factores exógenos, constituyéndose en una obligación de resultado en la cual el demandado solo se exonera de la responsabilidad demostrando la existencia de un caso fortuito, fuerza mayor, hecho de terceros o la culpa exclusiva de la victima.

En consecuencia, la importancia de la clasificación de obligación de medio y resultado, es para efectos de establecer a quien le compete la obligación de demostrar el incumplimiento; de manera general en la obligación de medio la carga de la prueba le corresponde a la parte actora, y *a contrario sensu*, en las obligaciones de resultado, el demandado solo se exonera de la responsabilidad demostrando la existencia de una fuerza extraña, es decir fuerza mayor, caso fortuito, hecho de terceros o culpa exclusiva de la victima.

3.3 RELEVANCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU APLICACIÓN EN RESPONSABILIDAD MÉDICO ASISTENCIAL

El precedente jurisprudencial cobra vital importancia para la solución de los asuntos judiciales, debido a que el juzgador podrá acudir a ellos para motivar sus providencias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4o. de la ley 169 de 1896¹⁹ y en concordancia con la sentencia C-836 del 9 de 2001²⁰, que establecen que la doctrina probable, entendida como aquella en la cual tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, Corte Constitucional o Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, podrá ser aplicada en los casos análogos por el juez.

De la misma forma, se señala que si bien tres decisiones sobre un mismo punto constituyen doctrina probable, no obsta para que para que las Altas Cortes varíen la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Sin embargo la jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹ ha manifestado que las Altas Cortes deberán justificar el cambio jurisprudencial argumentando por qué considera que incurrió en un error en anterior decisión; y en esta medida, el juez deberá exponer las razones que lo llevan a apartarse del precedente judicial sentado, y en consecuencia, tanto el juez de inferior jerarquía como las Altas Cortes, están en el deber de sopesar las razones que los llevan a cambiar de opinión en un momento determinado.

¹⁹ LEY 169 DE 1986. Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²¹ *Ibídem*

De esta manera, la Corte Constitucional²² admite que la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales puede ser variada por ellas en eventos específicos por cambio de la situación social, por resultar errónea por contradicción con el ordenamiento jurídico, y por cambio legislativo:

“En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra²³, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.”

Adicionalmente, es importante señalar que el inciso segundo del artículo 230 de la Constitución Política²⁴, dispone que la jurisprudencia es un *criterio auxiliar de la justicia*, y al respecto la Corte Constitucional ha manifestado²⁵:

²² *Ibídem*

²³ “[L]a aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia.” (Sentencia citada).

²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

“Es importante considerar que a través de la jurisprudencia –criterio auxiliar de la actividad judicial– de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren internamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario estarían infringiendo el principio de la igualdad (C.P., art. 13)»

En este sentido, la Corporación en sentencia C-836 del 9 de 2001, señala:

“La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades,

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-123 de marzo 21 de 1995. Expediente T-48378. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”

Por lo anterior, si bien la Constitución le otorga plena autonomía al juzgador para interpretar y aplicar la ley, los jueces deben observar las líneas jurisprudenciales trazadas por las altas cortes, porque al armonizar la autonomía judicial con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, permite una igualdad material, y en esta medida, garantizan certeza jurídica dentro de la comunidad, pues tendrán la convicción que los casos iguales se les dará un tratamiento similar.

Así, la línea jurisprudencial sobre la carga de la prueba en procesos de responsabilidad médico asistencial no ha tenido un tratamiento uniforme dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y de esta forma, analizaremos las decisiones adoptadas desde el año de 1990 por la Sección Tercera del Consejo de Estado e identificaremos si los argumentos que ha sustentado el Alto Tribunal satisfacen la carga argumental que establece el artículo 4to de la ley 169 de 1896 y la sentencia C-836 del 9 de 2001²⁶.

Posteriormente, estudiaremos las providencias emitidas por el Tribunal Administrativo de Nariño, y si sus fallos han sido dictados observando la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

3.4 TESIS ADOPTADAS POR JURISPRUDENCIAL SOBRE CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD MÉDICO ASISTENCIAL

3.4.1 CONSEJO DE ESTADO

En años anteriores a 1990, el problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, durante mucho tiempo^{27,28}, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, sustentada a su vez en la mencionada regla general contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, considerando que la prueba de la falla en el servicio de la entidad estatal correspondía a la parte actora, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados.

Posteriormente, en el año de 1990, la Sección Tercera admitió la posibilidad de invertir la carga de la prueba, como lo podemos observar en sentencia del 24 de octubre de 1990, con ponencia del Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, donde se sostuvo:

*“Para la Sala si bien la falla habla por sí misma, ello no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligente de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condenas del caso. **Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita***

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Maria Helena Ayala De Pulido Vs. Instituto De Seguros Sociales. Radicación 5902. Consejero Ponente: Gustavo De Greiff Restrepo.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera. Sentencia del 14 de febrero de 1992. Mariana Barazzutti Chiapolino Vs. Carlos Betancur Jaramillo. Radicación 6477. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración.

*Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de interés) de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos”.*²⁹

Aunque lo anterior no se constituyó en la *ratio decidendi* de aquella providencia, puesto que se trató apenas de una *obiter dicta*, expone la sala que “*en el análisis del caso concreto sometido a su decisión, considera que en la falla del servicio es clara, pero si ha querido mostrar cuál es ‘el estado de la cuestión, para despertar algún interés en que se continúe su estudio’*”³⁰, y se siguió fallando bajo la tesis de falla probada³¹, lo cierto es que esta providencia se constituyó como la referencia más remota de la teoría de la falla presunta, que traslada la carga de la prueba, en cuanto a la demostración de dicha falla, al prestador del servicio médico, pues la víctima no se encuentra en una posición de probar los aspectos técnicos de la falla del servicio y la mayor facilidad que tiene el prestador del servicio de demostrar la inexistencia de la falla del servicio.

La carga de la prueba entendida como el interés de probar, puede ser invertida a cargo de quien se encuentre en mayores condiciones de probar, y la primera vez

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. María Helena Ayala de Pulido Vs. Instituto de Seguros Sociales, Radicación 5902. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo. *Negrilla fuera del texto.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 14 de febrero de 1992. Mariana Barazzutti Chiapolino Vs. Carlos Betancur Jaramillo. Radicación 6477. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

que la sección tercera del Consejo de Estado invirtió la carga de la prueba con base en la tesis carga de la falla presunta, es decir, que quien se encuentra en mayor favorabilidad de probar es el prestador del servicio médico, fue en sentencia del 30 de julio de 1992, en la que se afirmó lo siguiente:

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan”³².

De esta forma se estableció la subregla jurisprudencial en la cual el galeno es quien debe probar, y el Ente Estatal, podrán exonerarse de responsabilidad:

“Mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento”.

Por lo anterior, el relevo de la carga de la prueba se fundamenta en la dificultad que tiene el paciente en probar aspectos técnicos que se tornan más fáciles de probar para el galeno quien tiene un conocimiento basto en la materia. Si bien las

³² CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 30 de julio de 1992. Radicación 6897. Gustavo Eduardo Ramírez y otro Vs. Instituto de los Seguros Sociales, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

decisiones son basadas en este argumento valido, no es novedoso puesto con anterioridad se habían presentado estas dificultades, y asimismo no fundan que dicho cambio sea producto de un error judicial, tal como lo establece el artículo 4to de la ley 169 de 1896.

Posteriormente, la carga de la prueba bajo la tesis de falla presunta, asumió un cambio, en el sentido de que la carga de la prueba no se invierte a cargo solamente del prestador del servicio medico, debido a que no en todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas, y por lo tanto, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien esta en mejores condiciones de probar.

Esta tesis fue reiterada durante varios años por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los siguientes términos: *“la participación de múltiples agentes como lo son la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables que dificulta la actividad probatoria del paciente, por lo que constitucionalmente justifica, según la sala, la inversión de la carga de la prueba de la falla del servicio si la conducta procesal del prestador del servicio es evasiva o dubitativa, no así la carga del nexo causal, que en todo caso puede probarse, aún indiciariamente*³³.

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 7 de octubre de 1999. Radicación 12655. Bernardo Roldán y otros Vs. Instituto Metropolitano de Salud de Medellín (METROSALUD) - Instituto de Seguros Sociales. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Adicionalmente, en providencia del 10 de febrero de 2000³⁴ agrego lo siguiente:

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

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

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878. Josué Reinaldo Durán Serrano y otros Vs. Hospital Universitario Ramón González Valencia y Universidad Industrial de Santander. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

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 decisión³⁵.

Por lo anterior, si bien la providencia emitida por la Sala el 10 de febrero de 2000³⁶ reitera la tesis de la *carga dinámica de la prueba*, expuesta en la citada sentencia 12655 del 7 de octubre de 1999, no obstante, le otorga un mayor alcance al que anteriormente tenía puesto que ahora sostiene que es el juez quien determina en el caso concreto la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, con base, ya no en la conducta procesal del prestador del servicio médico, si no a la mayor o menor dificultad de probar los hechos, lo que servirá como criterio para que el juez establezca si procede o no la inversión de la carga de la prueba.

La tesis de la carga dinámica de la prueba fue consolidada en las sentencias con radicado 13166³⁷ y 13284³⁸ del 22 de marzo de 2001, en las que sintetizó la nueva postura como sigue:

“Puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878. Negrilla fuera del texto.

³⁶ *Ibídem*

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercer, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13166. Clementina López Bautista Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13284. Jesús Alberto Rodríguez López y otra Vs. Hospital San Juan de Dios de Armenia y Otro. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.

*De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la **relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia.***

En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa”³⁹.

Si bien, las consideraciones expuestas en las providencias fundante y consolidadora de la línea se hace un esfuerzo por explicar el cambio jurisprudencial de la tesis de falla presunta a la teoría de la carga dinámica de la prueba en relación a la mayor o menor facilidad probatoria que puede representar para alguna de las partes la demostración de la falla del servicio o de su inexistencia, no se expone tampoco como justificación de la variación de la postura la corrección de algún error en la teoría de presunción de la falla, como tampoco se esgrime que la postura anterior de la sección tercera resultaba violatoria del ordenamiento jurídico.

³⁹ *Ibídem.*

Consecutivamente, las sentencias del 22 de abril de 2004 (radicados 14080⁴⁰, 14212⁴¹), se estableció la excepcionalidad de la variación de la carga de la prueba por cuestiones de equidad, es decir, por regla general seguirá aplicándose la falla probada y solamente de manera excepcional, cuando la carga de la prueba se torne excesivamente difícil o prácticamente imposible para el paciente, cabe la inaplicación del artículo 177 del Estatuto procesal. En estos términos lo considero el la Sección Tercera del Consejo de Estado de la siguiente manera:

*“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, **a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil** -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.”⁴²*

En consecuencia, las anteriores providencias, introducen la concepción adicional de que el juez es quien determina en el caso concreto la procedencia de la

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14080. Fanny de la Pava Vásquez y otros Vs. Hospital Universitario del Valle -Evaristo García. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14212. Carmen Elisa Rodríguez Celemin Vs. Ministerio de Salud. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14212.

inversión de la carga de la prueba de acuerdo a la mayor o menor dificultad de probar los hechos, y señala accesoriamente que la inversión de la carga de la prueba es excepcional, y se basa, no en la facilidad que en un momento pueda tener alguna de las partes para probar, si no en la extraordinaria dificultad o imposibilidad de la víctima de probar la falla del servicio, retomando la regla probatoria general contemplada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo que la víctima es quien debe demostrar la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio médico asistencial, sólo que excepcionalmente puede invertirse la carga de la prueba por razones de equidad.

La nueva doctrina de inversión excepcional de la carga de la prueba por cuestiones de equidad se sintetizó en la sentencia 14786 del 28 de abril de 2005, así:

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

alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio⁴³.

Adicionalmente, la inversión de la carga de la prueba de manera excepcional bajo criterios de equidad, fue sostenida en las sentencias 13542 del 13 de mayo de 2005⁴⁴, 15276 del 14 de julio de 2005⁴⁵, 14400 del 11 de mayo de 2006⁴⁶, 16700 del 28 de enero de 2009⁴⁷, y sentencia 14696 del 1 de julio de 2004⁴⁸, en la cual en esta última se expone:

“El caso concreto es uno de aquéllos en los que la demostración de los hechos que estructuran la falla, salvo en cuanto se refiere a la aplicación de la anestesia no indicada, resulta prácticamente imposible para la víctima, dado que se trata de acreditar la impericia en la práctica de un procedimiento que no fue realizado en presencia de otros profesionales distintos al directamente encargado del mismo, y sobre el cual no fue posible obtener mayor información en virtud de la falta de

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005. Radicación 14786. Dalila Duica de Pereira Vs. Departamento del Magdalena-Hospital Central Julio Méndez Barreneche. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Negritas fuera de texto.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2005. Radicación 13542 (R-1243). Ángela Patricia Gómez y otros Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2005. Radicación 15276 (R-1382). César Humberto Montoya Saldarriaga y otros Vs. Municipio de Santiago de Cali y otros. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación 14400. Lino Antonio Amortegui Guzmán y otros Vs. Nación-Ministerio de Defensa Nacional. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2009. Radicación 16700. Germán Riveros Zarate y otros Vs. Instituto del Seguro Social-Seccional Meta. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2004. Radicación 14696. Carmen Sofía Jaimes de Mendoza Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

voluntad de la entidad demandada para aportar al proceso las pruebas respectivas. Sería procedente, en estas condiciones, con fundamento en la equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial, acudir, **de manera excepcional, a la inversión del deber probatorio de dicho elemento de la responsabilidad, inaplicando el artículo 177 del C. de P. C.**, conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones, y presumir, entonces, que la administración de la anestesia local a la señora Jaimes de Mendoza se hizo con negligencia e impericia, por parte del anesthesiólogo del ISS que tuvo a su cargo el procedimiento⁴⁹.

Las anteriores providencias sostienen su cambio jurisprudencial bajo el argumento que cuando la carga de la prueba se torne excesiva por razones extraordinarias y que contrarié a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política cabe la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, estos presupuestos tampoco son nuevos puesto que con anterioridad también habían existido eventos excepcionales que tornaban inequitativo la aplicación de la regla general de la prueba. En consecuencia, aunque las providencias ya fueron emitidas con posterioridad a la sentencia C-836 de 2001, no encuentran un argumento basado en cambio de la situación social, por resultar errónea por contradicción con el ordenamiento jurídico, o por cambio legislativo para el cambio jurisprudencial.

Posteriormente la Sala del Consejo de Estado, sigue manteniendo la postura de que la carga de la prueba le corresponde a la víctima, sin embargo admitiendo la disminución de la carga de la prueba, como lo expone en las providencias del 31

⁴⁹ Ibídem.

de agosto de 2006⁵⁰, 15725 del 26 de marzo de 2008 y 19 de agosto de 2009, en especial *el aligeramiento de la carga de la prueba del nexo causal*, en el entendido de que puede ser acreditado de manera indirecta, mediante *indicios* y el juez puede valorarlo y declararlo probado mediante la prueba indiciaria cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos, dependiendo del '*grado de probabilidad preponderante*', es decir, fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles.

En consecuencia, la parte demandante en los procesos de responsabilidad médico asistencial no esta obligada a demostrar con exactitud científica el nexo causal entre la conducta estatal y el daño antijurídico, cuando resulte muy difícil-si no imposible—, basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una *probabilidad determinante*.

Finalmente el Consejo de Estado en sentencia del 28 de abril de 2010⁵¹, sostiene que la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la tesis de la falla probada y nuevamente reitera la relevancia de los indicios para probar el nexo causal con la falla en el servicio y el daño antijurídico:

“Con base en la evolución jurisprudencial edificada en relación con la responsabilidad médica es dable concluir que su fundamento encuentra

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 15772. María Olga Sepúlveda Ramírez Vs. Hospital Ramón González Valencia. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 20087. Saul Saavedra Gutierrez y Otros Vs. Instituto De Seguros Sociales-Seccional Valle Del Cauca. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez

*sustento en la falla probada del servicio, en la que deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos. En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, trabajo en el que **cobran especial trascendencia los indicios.**” Negrilla fuera del texto.*

Sin embargo, es importante señalar que en la citada sentencia⁵² el Consejero de Estado ENRIQUE GIL BOTERO aclaró su voto, en el sentido de que si bien admite la existencia del indicio de fallo como un sistema de aligeramiento de la carga de la prueba, este –el indicio- debe ser convergente y conducente, es decir que la pluralidad de indicios se dirijan a un mismo punto:

“ 2.2. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso.

Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexo causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la pluralidad de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia,

⁵² *Ibídem*

la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

2.3. En consecuencia, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria)⁵³, motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la res ipsa loquitur, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico- hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes.

Conceptualmente definiendo la teoría de la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, toda vez que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos.

⁵³ Nota del texto original: “Tal y como lo he sostenido en foros académicos y que, por cuestiones metodológicas, no paso a explicar en esta ocasión.”

2.4. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, ya que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado requiere acreditar un actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla.”

De la misma forma, podemos afirmar que en el salvamento de voto del Doctor ENRIQUE GIL BOTERO no acepta aplicación de la carga dinámica de la prueba, pues considera que necesita de regulación expresa, pero si comparte los sistemas de aligeramiento de la prueba y en este sentido retoma nuevamente la tesis de la falla presunta, es decir, que la carga de la prueba esta a cargo del profesional medico quien debe demostrar en los términos del artículo 1604 del C.C. su actuar diligente y cuidadoso.

En esta medida, en las anteriores providencias, la Sección Tercera del Consejo de Estado retoma la falla probada admitiendo un cierto aligeramiento de la prueba, entre el nexo causal de la falla y el daño, cuando por circunstancias extraordinarias no cabe la prueba directa y el juez, puede llegar a la convicción de que existe mediante indicios. Sin embargo, esta posición fue basada en el artículo 177 del Código de procedimiento Civil, pero sin argumentar que las tesis que fueron adoptadas con anterioridad habían sido objeto de una postura errónea o el cambio jurisprudencial obedecía a un cambio en la legislación.

3.4.2 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

A continuación analizaremos, los fallos emitidos por el Tribunal Administrativo, y si sus providencias han sido proferidas acordes con la línea jurisprudencial del Consejo de estado en la materia.

1. En los siguientes casos el Tribunal Administrativo de Nariño, considera que el demandante en muchos casos puede ser relevado de la carga de probar cuando en consideración al alto grado de dificultad que representa para el demandante acreditar hechos de carácter científico, el juzgador puede dar aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, y proceder a que sea el profesional médico de probar la diligencia y cuidado.

1.1 En sentencia del 19 de enero de 2007, el Tribunal Administrativo⁵⁴, al estudiar la demanda de reparación directa interpuesta por LUIS FELIPE ORTEGA en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con fundamento en la pérdida de capacidad funcional de su dedo índice de la mano derecha ocasionada por la supuesta negligencia y la falta de cuidado de la entidad demandada, no declara responsable a la parte demandada de los daños morales y materiales sufridos a la parte demandante, porque considero que si bien opera una presunción a favor del demandante, esto no lo releva de la prueba de los elementos sustanciales de la responsabilidad por falla en la prestación de servicio médico, y en consecuencia se niegan las súplicas de la demanda.

1.2 La sala cuarta de decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, en providencia del 6 de noviembre de 2009,⁵⁵ al resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, en contra del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Pasto, donde se declaró al Centro de Salud "CAMILO HURTADO" de Bocas de Satinga - Municipio de Olaya Herrera, responsable extracontractualmente de los perjuicios sufridos por la señora JENNY ROCÍO ROJAS RODRÍGUEZ y por el Señor GERMÁN

⁵⁴TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO. Sala Cuarta de Decisión. Sentencia 19 de enero de 2007. Luis Felipe Ortega Vs. Instituto De Seguros Sociales M. P Jorge Ordoñez Ordoñez. Proceso no. 2003-1717

⁵⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO. Sala Cuarta de Decisión. Sentencia del 6 de noviembre de 2009. Yenny Rocío Rojas Y Otro Vs. Centro De Salud Camilo Hurtado De Bocas De Satinga - Municipio De Olaya Herrera. EXP. 520013331002200401877-01.M.P. Jorge Ordóñez Ordóñez

QUINTERO ROJAS derivados de fallecimiento de su menor hija, en lo atinente a las responsabilidades extracontractuales de la parte demandada, la sala cuarta de decisión dispone que si bien cabe la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia de responsabilidad médico asistencial, no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el Juez debe establecer cual de las partes está en mejores condiciones de probar su falla o ausencia, y en consecuencia, en el caso *sub examine* se determina que la carga de la prueba está a cargo de la parte demandada, al considerar que: *“de los controles prenatales se registra una posible posición podálica del feto, tal como se registró en la historia clínica⁵⁶ de la madre, la entidad demandada no demostró haber efectuado ninguna diligencia tendiente a precisar si este factor de riesgo existía o no, pasando por alto su deber intrínseco de la prestación del servicio de salud en forma integral. Para la Sala, es de resorte de la demandada comprobar que se llevaron a cabo todas las diligencias tendientes a establecer la real posición del feto, y consecuentemente las características del, en ese entonces, futuro parto, dado que ella (la demandada) se encuentra en una posición técnica y administrativamente idónea para indicar su proceder responsable y adecuado frente a la paciente.”*

2. El Tribunal Administrativo de Nariño en las siguientes providencias adopta la tesis de que la carga probatoria en responsabilidad médico asistencial le corresponde al paciente, es decir, que se aplica la regla general consagrada en el artículo 177 del C.de P. C. y solo se permite su inaplicación de manera excepcional por cuestiones de equidad.

2.1 La Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Nariño, en fallo emitido el 13 de febrero de 2009⁵⁷, en ocasión a la demanda impetrada por JESÚS HERNEY

⁵⁶ El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 28 de enero de 2009 (Radicación 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700)).

⁵⁷ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO. Sala Tercera de Decisión. Sentencia 13 de febrero de 2009. Jesús Herney Chamorro Guacanes y Martha Elissa Lucero Lara Vs. Departamento De Nariño, Hospital Civil De La Ciudad De Ipiales E.S.E. M.P. Alvaro Montenegro Calvachy. EXP. 2001 – 0746.

CHAMORRO GUACANES Y MARTHA ELISSA LUCERO LARA en contra del DEPARTAMENTO DE NARIÑO y el HOSPITAL CIVIL DE IPIALES, por los daños antijurídicos causados por una falla en el servicio traducida en haber ubicado al hijo de los demandante MATEO SEBASTIÁN CHAMORRO LUCERO, en una incubadora y haberle suministrado oxígeno en altas concentraciones que le propició retinopatía del prematuro cicatrizal, sostuvo que por regla general, la carga de probar la falla médica es de la víctima pero que, excepcionalmente y cuando la aplicación concreta del artículo 177 del C.P.C. resulte contraria al principio constitucional de equidad, se puede acudir a la inversión del deber probatorio, y que en el caso en concreto la parte actora no probó que la permanencia en la incubadora y el suministro de oxígeno propiciado al niño por parte del Hospital, fueron las causas que estructuraron la falla en el servicio médico para atribuirle responsabilidad patrimonial al Estado en cabeza del Hospital Civil de Ipiales, y en consecuencia, niega las pretensiones de la demanda.

2.2 La sala Cuarta del Tribunal Administrativo de Nariño, en la sentencia del 20 de noviembre de 2009⁵⁸, donde la sala confirma el fallo de primera instancia del nueve de diciembre de dos mil ocho proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto, en el cual se negó las pretensiones de la demanda, considerando que si bien la parte demandante afirma que la muerte del paciente se ocasiono por diagnóstico de “obstrucción intestinal”, y no se realizo el procedimiento quirúrgico inmediato al ingreso del paciente a la Clínica, la parte demandada probó que la atención médica fue oportuna y adecuada. En este sentido, afirma que la prueba idónea para probar el nexo de causalidad entre la actividad médica cumplida y el daño sufrido, es sin duda la experticia científica a partir de la necropsia, que en el caso sub examine no se realizó necropsia al

⁵⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO. Sala Cuarta De Decisión. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. EXP. 520013331004200400277-01. Maria Ximena Villamarín Y Otros. Vs. Instituto De Seguros Sociales. M.P. Jorge Ordoñez Ordoñez.

cadáver del paciente ni se probó que tal experticia haya sido impedida por funcionarios del ISS.

3. En la siguiente providencia el Tribunal Administrativo de Nariño admite adicionalmente el aligeramiento de la prueba del nexo causal, es decir, que el nexo causal puede ser probado por el actor de manera indirecta, mediante indicios que le den al juez un grado suficiente de probabilidad.

3.1 En providencia del 6 de marzo de 2007, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Mocoa-Putumayo, al conocer de la demanda que reclama responsabilidad extracontractual del Estado por los daños materiales y morales en ocasión de la muerte del señor CESAR ELIAS PAZMIÑO GOMEZ, en ocasión a la existencia de una fractura craneal, que afirman, no fue percibida por el médico debido a su negligencia, a raíz de lo cual consideran que la herida se infectó.

La sentencia de primera instancia niega las pretensiones, y la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño⁵⁹ al conocer del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, confirma la sentencia de primera instancia al considerar que la Sala acepta la tesis adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 14 de julio de 200560 y 31 de agosto de 200661, sobre “un grado suficiente de probabilidad”, la cual es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. De la misma forma, manifiesta lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a

⁵⁹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO. Sala Cuarta De Decisión. Sentencia 03/04/09. Proceso No. 010156 No. Interno 0381. Segundo Elias Pazmiño Y Otros V.S. Hospital Jose Ma. Hernandez. M.P. Hugo Hernando Burbano Tajumbina

⁶⁰ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 15772. María Olga Sepúlveda Ramírez Vs. Hospital Ramón González Valencia. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales, y por lo tanto, la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

No obstante lo anterior, en el caso sub examine la parte actora, a quien correspondía la carga de la prueba, no ha acreditado en debida forma la falla del servicio que imputa a la parte demandada como causa del fallecimiento del señor CESAR ELIAS PAZMIÑO GOMEZ, y por ello, el A-quo no podía adoptar decisión diferente a la de desestimar las pretensiones de la demanda.

CONCLUSIONES

Con el desarrollo del presente ensayo, es dable concluir, en primer lugar que en las providencias de los procesos de responsabilidad medico asistencial, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no hay un criterio unificado y su posición ha sido variable, puesto que en un principio sus fallos eran sustentados bajo la a teoría de falla probada, después falla presunta, carga dinámica de la prueba, con posterioridad nuevamente falla probada con sustento en la inversión excepcional de la carga de la prueba por criterios de equidad y carga de la prueba a cargo de la victima con aligeramiento de la carga de la prueba del nexa causal.

Así mismo, es dable sostener que los argumentos proporcionados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de carga de la prueba en responsabilidad medica, no satisfacen los presupuestos establecidos en los el artículo 4 de la Ley 169 de 1886 ni los establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, puesto que cada cambio de postura no se basa en un error judicial, ni en la modificación de las condiciones sociales, ni mucho menos en cambio legislativo, como tampoco se demuestra que la correspondiente tesis imperante es contraria al ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, del análisis realizado a las decisiones emitidas por el Tribunal Administrativo de Nariño en materia de responsabilidad médico asistencial, se puede colegir que el fundamento de tales, no han sido apartadas de las tesis acogidas por la Sección tercera del Consejo de Estado, por el contrario, se puede comprobar que en sus providencias han ido acorde con el giro jurisprudencial realizado en esta materia.

En consecuencia, se puede afirmar que a la fecha no se encuentra una línea unificada, y que la tesis actual es la cual la carga de la prueba le corresponde a la víctima-falla probada- pero admitiendo el aligeramiento de la carga de la prueba del nexo causal, el cual en circunstancias extraordinarias, el actor no está obligado a demostrar con exactitud científica el nexo causal entre la conducta estatal y el daño antijurídico mediante la prueba directa, sino que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante, mediante indicios.

Sin embargo, con el sustento de la aclaración de voto realizada por el Dr. ENRIQUE GILBERTO BOTERO⁶², apunta al nacimiento de una incipiente tendencia doctrinaria dentro del seno de la Sección Tercera, que en algún momento podría llegar a ser acogida mayoritariamente, y se retomaría nuevamente la tesis de falla presunta.

No obstante, consideramos que *la teoría de carga dinámica de la prueba* parece ser la más apropiada para la aplicación en los procesos de responsabilidad médica, pues las circunstancias que rodean las intervenciones médicas son disímiles, ya que si bien el prestador del servicio médico posee los conocimientos técnicos y científicos del procedimiento que se ha adoptado y en ocasiones resulta más favorable que sea él quien tenga la carga de la prueba, no todos los casos se encontrará en una situación más ventajosa, y por lo tanto, habrá circunstancias en que la posición del paciente sea favorable para que pruebe la falla en el servicio. De ahí radica la importancia del juzgador para determinar quien se encuentra en mejores condiciones de probar la falla en el servicio y de esta manera atribuir o exonerar responsabilidad al Ente Estatal.

⁶² CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 20087. Saul Saavedra Gutierrez y Otros Vs. Instituto De Seguros Sociales-Sección Valle Del Cauca. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez

BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II.

Código Contencioso Administrativo

Código De Procedimiento Civil

Constitución Política.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decima Quinta Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

www.consejo de estado.gov.co

www.corte constitucional.gov.co

www.rae.es