

**RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA
CARGA DE LA PRUEBA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL HONORABLE
CONSEJO DE ESTADO.**

**NATALIA PAULIN MENDOZA PARRA
LUIS HANDERSON MOTTA ESCALANTE**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRIA DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D. C.
2011**

Nota de Aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C. _____

Texto de la dedicatoria

Este trabajo se lo dedicamos primeramente a Dios y la Virgen, a nuestros Padres y a nuestra familia por que sin su apoyo y ayuda incondicional no hubiera sido posible hacer realidad este gran logro para nuestro crecimiento profesional y personal.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a nuestros padres, a nuestra familia, a nuestro director de Tesis el Dr. Víctor Manuel Buitrago, quien nos ha orientado y apoyado a lo largo de nuestra carrera profesional; a los directivos de nuestra alma Mater, a nuestros amigos y compañeros de la maestría que compartieron a nuestro lado esta valiosa formación académica, a todos ellos gracias por su apoyo incondicional en toda nuestra carrera profesional.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO.	
1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	11
1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	11
2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA.....	16
2.1. Responsabilidad estatal bajo la corte suprema de justicia.....	21
2.1.1 La responsabilidad indirecta.....	21
2.1.2 La responsabilidad directa.....	22
2.1.1.1 La falta o falla del servicio.....	23
2.1.1.2 La tesis organicista.....	24
2.2 Responsabilidad estatal bajo el consejo de estado.....	24
2.3 Situaciones de responsabilidad del estado en Colombia.....	26
2.3.1 Responsabilidad por daño especial.....	26
2.3.2 Responsabilidad por riesgo.....	27
2.3.3 Responsabilidad por trabajos públicos.....	28
2.3.4 Responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de Guerra.....	29
2.3.5 Responsabilidad por almacenaje.....	29
2.3.6 Responsabilidad por falla presunta del servicio.....	29
2.3.7 Responsabilidad por la administración de justicia.....	31

2.3.8	Responsabilidad por el hecho de las leyes.....	32
2.4	Responsabilidad estatal según la Constitución de 1991.....	33
3.	RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL.....	38
3.1	ANTECEDENTES.....	38
4.	RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN COLOMBIA.....	41
5.	EVOLUCION JURISPRUDENCIAL TRAJIDA DESDE UNA LINEA JURISPRUDENCIAL	45
5.1.	Análisis estático de jurisprudencias.....	46
5.1.1.	Sentencia del 27 de Marzo de 1987 Expediente 3671.....	47
5.1.2.	Sentencia del 24 de octubre de 1990 Expediente 5902.....	50
5.1.3.	Sentencia del 30 de julio de 1992 Expediente 6897.....	54
5.1.4.	Sentencia del 3 de febrero de 1995 Expediente 9142.....	57
5.1.5.	Sentencia del 4 de septiembre de 1997 Expediente 10.251.....	61
5.1.6.	Sentencia del 10 de febrero de 2000 Expediente 11.878.....	63
5.1.7.	Sentencia del 1 de julio de 2004 Expediente 14.696.....	66
5.1.8.	Sentencia del 10 de julio de 2004 Expediente 25.416.....	72
5.1.9.	Sentencia del 11 de mayo de 2006 Expediente 14.400.....	75
5.1.10.	Sentencia del 31 de agosto de 2006 Expediente 15.772.....	78
5.1.11.	Sentencia del 26 de marzo de 2008 Expediente 15.725.....	80
5.1.12.	Sentencia del 26 de marzo de 2008 Expediente 16.085.....	83
5.1.13.	Sentencia del 28 de abril de 2010 Expediente 20.087.....	89
5.2	Análisis dinámico de jurisprudencias.....	95
5.2.1.	Línea jurisprudencial avance en el tiempo.....	102
5.2.2.	Metodología utilizada para la identificación de las sentencias hito.....	105
5.2.3.	Telaraña Citacional.....	106
6.	CONCLUSIONES.....	109
7.	BIBLIOGRAFIA.....	114

INTRODUCCION

Con la presente investigación se plantea ahondar en el estudio de la responsabilidad médica del Estado Colombiano, partiendo del análisis del origen y evolución de la responsabilidad estatal y su implicación en Colombia. Asimismo, se expondrá el tratamiento doctrinal y jurisprudencial del Consejo de Estado en relación a la responsabilidad medica y la carga de la prueba, partiendo principalmente del artículo 90 de la Constitución Política Nacional, que desarrolla la Responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios respecto de sus actos, específicamente la de los médicos en general, ya sea por no prestar el servicio, por prestarlo mal, o por prestarlo tardíamente, y que generan como consecuencia un daño, que el estado debe reparar patrimonialmente por tratarse de un daño antijurídico que se le ha imputado.

Para esto no solo se estudio el artículo 90 antes referido, sino que también se estudiarán las posiciones asumidas por los diferentes doctrinantes y por la Jurisprudencia del Honorable CONSEJO DE ESTADO, respecto a el tema de estudio, ya que la jurisprudencia como fuente de derecho debe de tener técnicas especiales de lectura e interpretación diferentes a las tradicionalmente aceptadas, por esto realizaremos un análisis de las sentencias relacionadas por medio de una LINEA JURISPRUDENCIAL respecto de la posición asumida por esta corporación frente la carga de la prueba de la falla del servicio, teniendo como preguntas ¿Qué posiciones jurisprudenciales ha asumido el del Honorable Consejo de Estado sobre la sobre la carga de la prueba en la responsabilidad medica del estado? ¿Quién debe de probar o en quien recae la carga de la prueba en la falla del servicio en la responsabilidad medica del estado? Respondiendo desde la perspectiva jurisprudencial para poder comprender las reglas de conducta de la actividad de los jueces, y que está vigente en un momento dado desde la prespectiva de una línea jurisprudencial, partiendo de la base del libro EL

DERECHO DE LOS JUECES, del Doctor Diego Eduardo López Medina¹, quien plantea el análisis estático y dinámico como formas de interpretación de la jurisprudencia, con la característica fundamental de la unificación coordinada de lineamiento de interpretación y aplicación de la normatividad vigente, específicamente en el tema de la responsabilidad del Médico de Estado colombiano frente a la carga de la prueba, la cual se desarrolló a lo largo de esta línea en cuatro grandes momentos a saber:

En un primer momento se observó que la carga de la prueba de la falla del servicio medico asistencial estaba en cabeza de la parte actora es decir de la parte demandante, también llamada la teoría de la falla presunta del servicio.

En un segundo momento y a pesar de que se reitero que el servicio medico es una obligación de medios, le correspondía al propio estado demostrar que realmente cumplió con la obligación de prestar el servicio medico asistencial de forma correcta, la también llamada teoría de la falla probada del servicio.

En un tercer momento se evidencio la inversión probatoria, ya que no siempre es el demandado (el Estado) quien este en mejores condicione de probar, también el demandante esta en buenas condiciones de probar, aunque en principio a quien le corresponde probar la falla es a el demandante, pero si ha este le es excesivamente difícil es procedente la inversión del deber de probar hacia el demandado basado en la figura de la excepción de inconstitucionalidad con base en el articulo 23 de la Constitución Política (Principio de Equidad), a esta teoría se le denomino la carga Dinámica de la Prueba.

¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *“El derecho de los jueces”*. Bogotá. Ediciones Uniandes - Legis, 2000.

En un cuarto y último momento se considero que para deducir la responsabilidad médica deben de acreditarse por parte de la victima (Falla probada del servicio) que reclama indemnización, todos lo elementos de responsabilidad:

- El Daño
- La falla
- Nexo de causalidad.

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La concepción vigente de la responsabilidad del estado ha sido el producto de un proceso bastante lento en el que inicialmente el Estado no acepto la responsabilidad, para más adelante pasar a reconocerla. En la primera parte de la evolución de la responsabilidad patrimonial del estado, inicia con el Estado monárquico y absolutista, en el cual el príncipe es depositario del poder ejecutivo, no se considera siquiera la posibilidad de que las actuaciones del rey o monarca que dispone de poder y maneja a su antojo a todos, pueda causar un daño menos aún, que ese daño fuera objeto del reconocimiento de indemnización.

La irresponsabilidad estatal inicia, en los regímenes monárquicos, señalándose que si su poder proviene de Dios siendo la ley su voluntad, el monarca solo ante El debe rendir cuentas. El rey no puede cometer errores que le puedan generar obligaciones frente a sus súbditos y estos, por tanto, deben limitarse a obedecer sus disposiciones.²El estado no podía causar daño, pues sus acciones u omisiones eran consideradas buenas por derecho natural. El Estado era irresponsable y omnipotente y cualquier anomalía era considerada como un caso fortuito o fuerza mayor y por lo mismo el afectado carecía de derecho para reclamar indemnización.³

La transición de ese Estado absolutista al liberal burgués en nada modifico la irresponsabilidad de la administración, toda vez que está fundamentado en el pensamiento liberal de dejar hacer dejar pasar, lo cual ocasionaba que el mismo

² AREVALO Reyes Héctor Darío. Responsabilidad del estado y de sus funcionarios, Bogotá 2003.

³ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005.

no interviniera en las actuaciones de los asociados bajo el criterio de no afectar su libertad. Esta falta de intervención llevada necesariamente a la irresponsabilidad del Estado por cuanto si no actuaba, no podía causar daños.⁴

Más adelante dentro de la filosofía liberal que deviene luego de la revolución francesa tampoco aparece el principio de responsabilidad estatal, en razón a que el monarca tiene su origen en fundamentos que surgen de la soberanía del Estado y con base en este pensamiento se continuaba tratando como irresponsable. En este periodo el fundamento de la irresponsabilidad del Estado radicaba en señalar que siendo sus funciones simple ejecución de la ley, como expresión de la soberanía y de la voluntad popular, mediante ellas no pueden causar daños susceptibles de reparación. Y se estima que si en su ejecución existe desviación del funcionario, frente al ser del la ley, será entonces su hecho el causante del daño y por ende lo que comprometerá será su responsabilidad.⁵

El primer avance en la vía de la consolidación de la responsabilidad estatal, se da entonces en la senda de hacer responsables a los agentes del Estado en los casos en que sus actos causaron daños a los particulares.⁶ La responsabilidad estatal se amplía en la medida en que crece el intervencionismo del Estado, al respecto el profesor MANUEL S. URUETA., señala: “En la medida en que se desarrollaron las relaciones capitalistas de producción, aumentaron las desigualdades entre las clases y el viejo Estado liberal clásico se torno por fuerza de las circunstancias en Estado intervencionista de estructura de poder fundada en la noción de soberanía, el Estado se justifico por su capacidad de prestar servicios públicos, hasta el punto de ser definido como la gran organización de estos servicios. Dicho cambio se reflejo a nivel jurídico en la crisis de la noción de

⁴ AREVALO Reyes Héctor Darío. Responsabilidad del estado y de sus funcionarios, Bogotá 2003.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

actos de gestión y de actos de poder y en el nacimiento de la noción de actos de servicio público y actos ajenos al servicio público.⁷

La nueva concepción que se abrió paso tuvo como instrumento la intervención estatal para la realización de sus fines y bajo la nueva concepción política resulta lógico que las posibilidades de perjuicios ocasionados al patrimonio de los ciudadanos por la actividad estatal aumentasen. En ese momento, cuando el Estado liberal se torna intervencionista, aparece la necesidad de admitir que el Estado responda por los perjuicios causados en el desarrollo de su actividad a los particulares.⁸

En el derecho francés la única posibilidad que se le ofrecía a la víctima, consistía es comprometer la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, la cual era exigible conforme lo establecido en el Código Civil, y ante los tribunales ordinarios, pero para que se alcanzara acudir a dicho mecanismo era necesario contar una autorización administrativa previa del Consejo de Estado.

Entre tanto, en el derecho anglosajón, la responsabilidad recaía únicamente sobre los funcionarios y ella podía ser comprendida libremente, pudiendo ser demandados sin ningún requisito especial por los particulares. Y ello se considera como un importante avance, pues en el derecho continental, para comprometer la responsabilidad de los funcionarios, se requería de autorización previa.⁹

Es pues, con la aparición del intervencionismo estatal, que se vienen a sentar las primeras bases para hacer al Estado responsable de los daños que ocasionara

⁷ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005.

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*

con su actuación u omisión, cuando sus dependencias se encargan de la prestación de los servicios públicos.¹⁰

Por otro lado, en el proceso de extensión de la responsabilidad del Estado, el fallo BLANCO, proferido el 8 de febrero de 1873 en Francia por el Tribunal de Conflictos, se constituyó sin lugar a dudas en un antecedente primordial, en el cual se manifestó que “La responsabilidad que puede incurrir al Estado por los daños causados a los particulares por acto de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones del particular a particular, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían sus necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados”.¹¹

En el fallo se demuestra que la responsabilidad extracontractual del Estado se aparta del principio de la responsabilidad civil del Código de Napoleón para comenzar a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público. Esta providencia señaló el sendero a la jurisprudencia para crear normatividad diferente a la del Código Civil, para la responsabilidad estatal. Se perfiló la responsabilidad del Estado distinguiendo la falla del servicio y la falta personal, que desembocó en el abandono de la noción de culpa del agente, como presupuesto inexcusable de la responsabilidad de la administración, para hacerla responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello cause perjuicios a los administrados.¹²

¹⁰ AREVALO Reyes Héctor Darío. Responsabilidad del estado y de sus funcionarios, Bogotá 2003.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

Sentada de esta forma la autonomía del derecho de responsabilidad extracontractual del Estado con el fallo BLANCO, la evolución posterior de la materia se orienta en el sentido de un control más intenso por parte de los órganos competentes y lo que en un principio fue tratamiento benévolo de excepción, se torno con el avance del Estado de Derecho, en un control más rígido que si se hubiese aplicado en el otro considerado riguroso tratamiento privatista.¹³

¹³RAMOS Acevedo Jairo. Responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá 1994.

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

La responsabilidad del Estado ha conllevado un proceso de extensión en las sociedades modernas y como consecuencia de su organización en Estado democrático de Derecho se aprecia una corriente expansiva y creciente de la responsabilidad extracontractual del Estado, así como por ejemplo en Colombia se consagra en el artículo 90 de la Constitución Política señalando lo siguiente, “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, aquel deberá repetir contra este”.¹⁴

Hasta finales del siglo XIX se consideraba irresponsable al Estado colombiano. Ya hacia finales del siglo se reconoce una sentencia del 22 de octubre de 1896 de la Corte Suprema de Justicia, en la que se consagra la responsabilidad estatal en los siguientes términos “Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los recusan con sus bienes...”.¹⁵

Más adelante, en sentencia del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976, se realiza un análisis histórico en materia de responsabilidad en el que se demuestra que la responsabilidad indirecta fue la que inicialmente se reconoció respecto de las personas jurídicas, tanto privadas como públicas. Esta aplicación se fundamenta en la culpa cometida por los funcionarios o dependencias de la

¹⁴ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005.

¹⁵ *Ibíd.*

persona jurídica cuando causaban daños a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.¹⁶

La evolución de la jurisprudencia sobre el tema, señala que la responsabilidad del Estado se fundamenta en las disposiciones del Código Civil, relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes. Dentro de este régimen la culpa del agente hace presumir la de la persona jurídica, pero esta puede exonerarse demostrando diligencia en su elección y su control; su responsabilidad se fundamenta en la denominada *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*.¹⁷

La Corte Suprema de Justicia, que hasta el año de 1964 era la competente para conocer los procesos de responsabilidad estatal, modifica el criterio de la responsabilidad indirecta. Primero lo atenúa con la teoría organicista en la cual se diferencia órganos y subalternos para manejar bajo el régimen de la responsabilidad directa. Dice al respecto el doctor JAIME VIDAL PERDOMO, que “Así como las personas físicas responden por los daños que cause su mano, porque es órgano que le pertenece, así las personas jurídicas responden de los perjuicios que puedan provocar sus agentes, porque son también sus órganos los elementos sin los cuales no podrían actuar”. Y por último se afirma que la responsabilidad del Estado es directa, aludiéndose ya no solo al artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, hoy artículo 2 de la Constitución de 1991, sobre el cual va a desarrollarse, en términos generales la teoría de falla del servicio como fundamento principal de la responsabilidad patrimonial del Estado.¹⁸

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ AREVALO Reyes Héctor Darío. Responsabilidad del estado y de sus funcionarios, p 21 Bogotá 2003.

¹⁸ *Ibíd.*

En sentencia del 21 de agosto de 1939, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia establece: “Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado como garante de los servicios públicos, derivada de los principios del derecho civil que consagran la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, esta revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa de un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que propiamente es su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independiente de él”.¹⁹

En vigencia de la Constitución de 1886, la jurisdicción administrativa declaraba la responsabilidad de la administración por los daños causados a los asociados con ocasión del actuar o de la omisión de las autoridades. Esa responsabilidad no tiene una consagración expresa en la carta política, pero se dibujo jurisprudencialmente de los artículos 16, 20 y 30, normas que preceptuaban el fin para el cual estaban estatuidos las autoridades de la republica, sus límites y el respeto por la propiedad privada y la indemnización previa en caso de expropiación.²⁰

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

El incumplimiento por parte de las autoridades de esas funciones y el irrespeto a tales derechos habiendo sido instituidas por expreso mandato constitucional para su protección, permitir el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad con falla y sin falla; distinguiéndose en el primero en relación con su prueba, la falla presunta de la falla probada.²¹

El régimen general de la responsabilidad del Estado era entonces el denominado de la falla en el servicio, en el cual este respondía de los daños causados porque el “servicio funciono mal, funciono tardíamente o no funciono”. En dicho sistema la prueba del funcionamiento inadecuado, la del daño y la de la relación de causalidad, debía aportarla el propio demandante, salvo para los casos en los cuales esta se considero presunta por la jurisprudencia (ejemplo: responsabilidad medica); en dichos casos era la entidad demandada la que debía demostrar la ausencia de falla (diligencia) para exonerarse de responsabilidad.²²

Al lado de ese sistema general, se incluye los regímenes de responsabilidad objetiva de la administración y junto con la responsabilidad extracontractual del Estado empieza a desarrollarse con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 hoy articulo 2; profiriendo fallos como el del Banco Bananero del Magdalena del 28 de octubre de 1976 reiterado el 28 de junio de 1984 dentro de los cuales se destaca el concepto de responsabilidad presunta (por actividades o instrumentos peligrosos) la teoría del daño especial, la responsabilidad por expropiación y por ocupación de inmuebles en caso de omisión de las autoridades públicas.²³ Posteriormente con ocasión de la

²¹ Ibíd.

²² Ibíd.

²³ Ibíd.

Constitución Política de 1991, el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó a la teoría de la culpa o falla del servicio hacia la del daño antijurídico.²⁴

Entre tanto, para el año de 1941, inició el esfuerzo para someter la responsabilidad del estado a un régimen especial, fue así como a través de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de mismo año, se dio paso a la aplicación en algunos casos de la teoría de la “culpa, falta o falla del servicio” para argumentar la responsabilidad de las personas públicas. A su vez, el Consejo de Estado, en razón a la competencia que le atribuía el Código Contencioso Administrativo en materia de responsabilidad por trabajos públicos, resultó conociendo y tomando decisiones correspondientes a la aplicación de la teoría de la culpa o falla del servicio.

Sin embargo, a pesar de que en esta época se hablara y se aplicara la teoría de la culpa o falla del servicio, para ese entonces el régimen de derecho público no se empleaba para todo tipo de responsabilidad de las personas públicas. La aplicación fue muy parcial, pues en otros fallos se aplicaba la responsabilidad directa con fundamento en la teoría organicista y en otros casos la responsabilidad indirecta. Y aunque el Consejo de Estado encontró normas derecho público en los artículos como el 16 y el 20 de la Constitución de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo, no significaba que el tema de responsabilidad del Estado pertenecía totalmente al régimen de derecho público, en razón a que la competencia para conocer de estos procesos por regla general le pertenecía a la jurisdicción común y de manera excepcional a la jurisdicción contenciosa administrativa. Posteriormente, mediante el Decreto 528 de 1964, finalmente se le atribuyó el conocimiento de las controversias sobre la responsabilidad de la administración, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁴ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005.

Fue así, como posteriormente a través de la Constitución de 1991, en su artículo 90, fundamentándose en el derecho Español y ya no en el derecho Francés, consagro de manera expresa la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto de daño antijurídico, teniendo como características esenciales, el ser un daño que lesiona un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está, en la obligación jurídica de soportar, igualmente se reconoce que el daño antijurídico puede ser el producto tanto de una causa lícita como de una causa ilícita por lo cual comprende los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. Igualmente se requiere de la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza es decir antijurídico y que dicho daño sea imputable a una persona de derecho público. Además implica lo anterior que no todo perjuicio deba ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, que puede contener asimismo causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.²⁵

2.1. Responsabilidad estatal bajo la corte suprema de justicia

Una vez se reconoció en Colombia la responsabilidad del Estado, la Corte Suprema de justicia, considero que la responsabilidad del Estado se asimilaba a la de los particulares por lo cual se sometió a las normas del Código Civil y a la competencia de la jurisdicción común, por lo que condujo a la aplicación de teorías bien delimitadas correspondientes a la etapa de la responsabilidad indirecta y la responsabilidad directa.

2.1.1 La responsabilidad indirecta

La responsabilidad indirecta fue la que inicialmente se reconoció respecto de las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, cuya aplicación se fundamentaba en la culpa cometida por funcionarios o dependientes de la persona

²⁵ *Ibíd.*

jurídica cuando cometían daños a terceros con ocasión de sus funciones. Esas normas fueron principalmente los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, cuyos textos describen “*Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado...*” y el artículo 2349 marcaba lo siguiente. “*Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o pereciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes*”.

Este tipo de responsabilidad tiene su asidero en “*culpa in eligiendo*” (culpa en la elección) y “*culpa in vigilando*” (culpa en la vigilancia),²⁶ pues se considera que esta responsabilidad se justifica señalando que la persona jurídica se encuentra obligada a elegir sus agentes e igualmente a vigilarlos de manera cuidadosa, de tal manera que si sus agentes en ejercicio de sus cargos incurren en culpa, sin importar si era en la llamada *culpa in eligiendo* o en *culpa in vigilando*. Pues, se considera que el daño se produce como consecuencia de una errada elección o de que no se empleo la debida vigilancia. Sin embargo, la aplicación de la responsabilidad indirecta continuó su implementación hasta el año 1939, aunque posteriormente en algunas decisiones mantuvo su aplicación.

2.1.2 La responsabilidad directa

La Corte Suprema de Justicia, abandono la tesis de responsabilidad extracontractual del estado correspondiente a la culpa en la elección y la culpa de la vigilancia al campo de la responsabilidad directa, es decir, paso a la aplicación

²⁶ RAMOS Acevedo Jairo. Responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá 1994.

del artículo 2341 del Código Civil, que señala: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*. Es decir, no era aplicable al Estado los conceptos de culpa in eligendo e in vigilando, en razón, a que el Estado no siempre era libre de escoger su agentes, ya que en ocasiones eran elegidos popularmente, además, es imposible que el Estado pueda ejercer una constante vigilancia sobre sus agentes.

La responsabilidad directa del estado adopta en la jurisprudencia de la Corte Suprema dos modalidades: la tesis de la falta del servicio y la tesis organicista.

2.1.1.1 La falta o falla del servicio

En este nuevo criterio, se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la “falta del servicio”, o culpa de la administración, conllevando a la desaparición de la necesidad obligatoria de demostrar la acción u omisión de un agente de la administración identificado, y es suficiente únicamente acreditar la falla funcional. Es decir, se presume la culpa de la persona jurídica o administración, no derivada de la facultad de elegir y vigilar cuidadosamente a sus agentes, sino por el contrario de cumplir bien con la prestación de los servicios públicos a la comunidad.

A la víctima le corresponde simplemente demostrar la falla causante y el daño consiguiente. A su vez, la administración puede exonerarse con la prueba del caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Por otro lado, si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración responde solidariamente a la víctima. Sin embargo, si se presenta un acto u omisión dañosa del agente de la administración, por fuera de los servicios

públicos, generaría una responsabilidad exclusiva del mismo y no de la administración.

2.1.1.2 La tesis organicista.

La corte introdujo una nueva tesis conocida como la tesis organicista, que establece una distinción entre la actividad de la persona pública desarrollada por sus directivos u otros gestores, de la que realizan o ejecutan sus agentes. Los gerentes o gestores constituyen órganos de la persona moral, depositarios de su voluntad y comprometen su responsabilidad directamente, y por otro lado, los agentes se asemeja o hace referencia a la responsabilidad del mismo modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.

2.2 Responsabilidad estatal bajo el consejo de estado

Una vez se le otorgo la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el Decreto 528 de 1964, (artículos 20, 28, 30 y 32), para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado, esta jurisdicción desarrollo e implemento la teoría de la responsabilidad por culpa o falla del servicio.

El criterio de responsabilidad por falta o falla de la administración, se produce como consecuencia de la irregularidad en la prestación del servicio, sin importar para el sustento de la teoría que el agente o funcionario sea o no identificable; porque se considera que el servicio ha sido prestado mal o tardíamente y este daño debe ser satisfecho y reparado por la administración.

La aplicación de esta teoría fue reiterada en los fallos del Consejo de Estado, y se desprende de una culpa especial, pero no la relacionada con el concepto psicológico, que implica que la culpa es propia de las actuaciones del ser humano, sino por el contrario es una culpa calificada u objetivizada por manifestaciones

exteriores. Es decir, que esta, si bien requiere de una culpa esta se trata de una culpa intermedia entre la culpa objetiva y subjetiva, sin que esto signifique o se refiera a que las personas públicas deban responder por todos los daños que causaran en desarrollo de la prestación del servicio.

El Consejo de Estado, señaló a través de la sentencia del 15 de junio de 1972 lo siguiente: *“En diferentes oportunidades esta Sala ha venido sosteniendo que para que pueda condenarse al Estado por fallas de servicio, sin consideración a un autor individualizado, es necesario demostrar los siguientes presupuestos: 1° Existencia del hecho o falla del servicio. 2° Daño o perjuicio sufrido por el autor, y 3° Relación de causalidad entre el primero y segundo, o mejor dicho, que el perjuicio sea una consecuencia cierta e inevitable del hecho perjudicial imputado a la administración.”*²⁷

Todo ello quiere decir que la culpabilidad del agente, es independiente de la responsabilidad de la administración, ya que no se trata de juzgarlo a él sino al servicio propiamente dicho. A la persona afectada no le concierne el desempeño del funcionario como conducta persona, sino especialmente, el resultado anormal del servicio que es, precisamente, lo que en este caso enjuiciado se trata de dilucidar. Por tanto, la responsabilidad extracontractual es directa y no hay lugar, en consecuencia, a distinguir entre los órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad”. Por su parte, el Estado posee la herramienta de exonerarse de la responsabilidad probando circunstancias como la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

²⁷ Consejo de Estado., Sentencia 15 junio 1972, expediente 1166.

2.3 Situaciones de responsabilidad del estado en Colombia

Como expresión de la evolución progresiva del régimen de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia, la ley han reconocido y establecido la existencia de situaciones en las cuales el Estado en ejercicio de sus actividades la responsabilidad administrativa se comprometía sin que se presentará o se hablará del concepto de culpa, es decir, se reconociera como una expresión de responsabilidad objetiva. Entre ellos se destacan los casos relacionados con la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad por riesgo, la responsabilidad por trabajos públicos, la responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra y la responsabilidad por almacenaje entre otros.

Todos estos casos se constituyen en expresiones específicas del concepto general de daño antijurídico, que sustenta, el régimen actual de responsabilidad del Estado en Colombia, como son:

2.3.1 Responsabilidad por daño especial

El Consejo de Estado mediante fallo del 28 de octubre de 1976 estableció que en algunas oportunidades la administración debe responder por los daños causados siempre y cuando sea como consecuencia de una actividad legítima y a su vez estos pueden ser tomados desde el punto de vista sustancial como del procedimiento, esto es cuando se puede considerar o calificar como especiales.

Este concepto relacionado con el daño especial tiene sus raíces en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, por cuanto si un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar

individualmente una carga normal, esta constituye un daño especial que la administración debe reconocer e indemnizar.²⁸

El consejo de estado en el referido fallo ha sostenido que a pesar de la legalidad de la actuación del Estado, este debe responder “de manera excepcional y por equidad cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se despliega, conlleva a que el administrado sufra un daño anormal, especial y considerable, muy superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas publicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”²⁹.

A partir de la Constitución de 1991, esta teoría pasa de ser una responsabilidad sin culpa u objetiva a convertirse y fortalecerse en una teoría cuyo fundamento se sienta en el concepto de daño antijurídico, llegando a sustentar la declaratoria de responsabilidad del Estado por daños causados por actos generados por conductas terroristas.

2.3.2 Responsabilidad por riesgo

Este tipo de responsabilidad reconocida en fallos por el Consejo de Estado no exige culpa o falla del servicio, esta figura se identifica así: “Responsabilidad por riesgo. Según esta teoría el estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplee medios o utiliza recursos que colocan a los administrados bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un *riesgo de naturaleza excepcional*, que dada su

²⁸ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005.

²⁹ Consejo de Estado., Sentencia 28 octubre 1976, expediente 1.498.

particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”³⁰.

La aplicación de este régimen de responsabilidad se fundamenta en hechos en el cual el daño se fundamenta en la ejecución de actividades peligrosas o la utilización misma de los instrumentos cuya destinación se despliega hacia esas actividades, tales como el manejo de energía eléctrica, armas y vehículos de propiedad del Estado, igualmente en relación a los daños causados con ocasión de acciones terroristas contra dependencias de orden público.

2.3.3 Responsabilidad por trabajos públicos

A partir de 1941, se consagró legalmente una responsabilidad objetiva de la administración por los daños causados a una propiedad particular o por la ocupación de ella, con ocasión de un trabajo público. Los artículos 261 y ss., del Código Contencioso Administrativo, señalan el procedimiento que debía seguirse para hacer efectiva una reclamación por indemnización en razón a los conceptos mencionados, no exigía en ninguna forma la culpa de la administración.

En el caso referido, basta que se demuestre el derecho de dominio sobre el bien y los daños ocasionados a raíz de órdenes y providencias administrativas.

Los artículos 86, 219 y 220 consagrados en el actual Código Contencioso Administrativo no establecieron lineamientos especiales para las indemnizaciones resultantes de los trabajos públicos, por cuanto estos establecen acciones como la de ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos dentro de la acción de reparación directa. Finalmente, en la Constitución de 1991,

³⁰ Consejo de Estado., Sentencia 20 febrero 1989, expediente 4.655

la jurisprudencia ha señalado que los daños ocasionados en razón o ejecución de trabajos públicos constituyen un típico daño antijurídico que los propietarios no están obligados a soportar, aunque sea legítima la actuación de la administración.

2.3.4 Responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.

Este tipo de responsabilidad se fundamenta en el artículo 33 de la Constitución anterior, y se hace referencia a la responsabilidad objetiva o sin culpa, en razón, a que no existían causales exonerativas de la responsabilidad estatal por cuanto bastaba demostrar el título con que se reclama y la ocupación o expropiación, para que proceda la respectiva indemnización.

2.4.5 Responsabilidad por almacenaje

Este otro tipo de responsabilidad de la administración, establecida por la ley, en relación al servicio de almacenaje de mercancías en bodegas oficiales, instituía que el gobierno respondía a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas cuya administración estaba a cargo del Estado, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o hasta que se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal del almacenaje. Asimismo, se consagró que salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, deterioro natural entre otros, el gobierno o la administración responderá a los dueños. Basta que se produzca estas circunstancias más no que se requiera la existencia de culpa en cabeza de la administración.

2.4.6 Responsabilidad por falla presunta del servicio

El Consejo de Estado jurisprudencialmente ha determinado que la responsabilidad por falla presunta, consiste en que el actor debe acreditar que ha sufrido un

perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho de ella imputable, obra de tal manera prudente, que su actuación no puede calificarse como omisiva o negligente que demuestre o comprometa su responsabilidad.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha sostenido al respecto que “En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la Entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo”.³¹

Por otro lado, el Consejo de Estado, en otros casos, ha señalado que la responsabilidad por las actividades peligrosas esta regida por la presunción de responsabilidad, es decir, que se trata de una responsabilidad objetiva, por riesgo, dejando la responsabilidad por falla presunta del servicio o presunción de culpa, para algunas actividades, como la prestación de servicios médicos, la cual si bien “en si no puede calificarse como una actividad peligrosa si puede presentar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en

³¹ *Ibíd.*

condición de evidenciar las fallas que pueden presentarse durante el proceso operativo³².

2.3.7 Responsabilidad por la administración de justicia.

La responsabilidad por la administración de justicia administrativa, fue reconocida inicialmente por la jurisprudencia francesa a partir de 1978, a través del fallo *Darmont*, pero sin abandonar las limitaciones provenientes de la exigencia de culpa grave y del carácter de cosa juzgada de los pronunciamientos definitivos, de tal manera que la responsabilidad que la responsabilidad del Estado por la administración de justicia es excepcional.³³

El Consejo de Estado ha dicho y expresado que en nuestro país la tendencia en relación a la responsabilidad por la administración de justicia que la tendencia a sido la de reconocer únicamente la responsabilidad personal del juez, dentro de lo contemplado en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, pues lo dispuesto en este artículo consagraba la responsabilidad del funcionario y no del Estado, en razón, a que este hace referencia a las actuaciones de los magistrados y jueces por los perjuicios que causaran a las partes en caso de dolo, fraude, abuso de autoridad, o error inexcusable.

La jurisprudencia ha considerado que el Estado es responsable por falla del servicio derivada de la falta de protección a los detenidos, en cuanto los establecimientos carcelarios asumen una obligación de seguridad, que es de resultados y no simplemente de medios.

Mas adelante a través del artículo 414 consagrado en el Código de Procedimiento Penal de 1991, considero que quien haya sido privado injustamente de la libertad

³² Consejo de Estado., Sentencia 24 agosto 1992, expediente 6.754

³³ RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005. p 475.

podía demandar al Estado la indemnización de perjuicios. Pero esta fue eliminada, en razón a que esta disposición no volvió a ser consagrada en leyes posteriores que regulan los procedimientos penales.

Finalmente, el Consejo de Estado dejó abierta la posibilidad de reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por los actos y omisiones de las autoridades judiciales, en razón a la no existencia de distinciones de autoridades públicas a que se refiere el artículo 90 consagrado en la Constitución Política de 1991.

2.3.8 Responsabilidad por el hecho de las leyes

En el derecho francés, dicha responsabilidad inicialmente se ha planteado a través de algunas decisiones jurisprudenciales en las que se acepta la responsabilidad del estado por el hecho de las leyes, siempre y cuando reúna ciertas condiciones, sobre todo cuando se produce un daño especial, como por ejemplo, en consecuencia de la violación al principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas. No obstante autores como ANDRÉ DE LAUBADERE señala que estas decisiones han sido de aplicación restrictiva o excepcional.³⁴

En Colombia con la Constitución de 1991, se desarrolla la tendencia de reconocer la irresponsabilidad del Estado legislador, salvo cuando la misma Constitución o la ley disponga expresamente la obligación de indemnizar. Al respecto el artículo 58, de la Carta Magna consagra la indemnización para los casos de expropiación, y el artículo 336, que establece una indemnización en caso de que la ley establezca un monopolio.

³⁴ *Ibíd.* p 479.

Por otro lado, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia han cambiado de dirección, previendo la posibilidad de reconocer la responsabilidad de Estado por el hecho de las leyes, cuando una ley ha sido declarada inconstitucional y como consecuencia de esta se ha causado un daño especial, en armonía con la aplicación del concepto de daño antijurídico.

2.4 Responsabilidad estatal según la Constitución de 1991.

El Consejo de Estado, señala que el fundamento de la responsabilidad estatal se encuentra consagrado el artículo 90 de la nueva Constitución en el que se reconocen y respetan los elementos de toda relación como son los sujetos activo y pasivo, el perjuicio y la relación de causalidad.

Entre los apartes que plantea el Consejo de Estado se destaca lo siguiente: *“Pero lo que si es evidente es que los hechos rompieron el principio de la igualdad ante las cargas publicas e impusieron al administrado un gravamen excepcional que no tiene por que sufrirlo. La fundamentación de la responsabilidad en casos como el presente se venia manejando con fundamento en el riesgo especial o excepcional. Y hoy puede con mayor facilidad apoyarse en el mandato contenido e articulo 90 de la nueva Carta Constitucional, el que desarrolla la responsabilidad estatal dentro de estos supuestos: a) Que se cause un daño a una persona; b) Que ese daño sea imputable por acción u omisión a una autoridad publica (la administración en sentido anónimo o a un funcionario determinado); y c) Que ese daño sea antijurídico.*

Así, la norma, como se ha dicho en otras oportunidades, respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma (la administración y el tercero lesionado), el perjuicio y la relación causal.

El daño como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño debe ser antijurídico, o sea causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción u omisión) o por una conducta que aunque regular sea lesiva del principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas, derivación del principio de la igualdad ante la ley.

En otros términos, el daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva este ajustada al ordenamiento.

Pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesiono.

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía porque soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía porque sufrirlo. En síntesis la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borro del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.

Aplicando las ideas del caso concreto cabe, entonces, concluir, que la Nación resulto comprometida en los hechos debidamente probados, pero no porque hubiera actuado irregularmente, sino porque al hacerlo rompió el principio de la igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución.”³⁵

El artículo 90 de la Constitución Política, introduce el concepto de daño antijurídico, el cual se establece en razón a que el administrado sufre un daño que no está obligado a soportar, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de sus decisiones ha determinado, por una parte, que el artículo en mención de rango constitucional es el tronco en donde se encuentra fundamentado la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y a su vez de demuestra que esta contiene dos elementos esenciales que son: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.

La ilicitud o antijuricidad del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa, en otros términos el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa lícita, pero también de una causa ilícita. Esa doble causa corresponde, en principio a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.³⁶

Por otro lado, el Consejo de Estado, para efectos de establecer la responsabilidad consagrada en el Artículo 90 de la Constitución Política, se establecen distintas causales de imputación, doctrinariamente se han establecido cuatro causales:³⁷

³⁵ Consejo de Estado., Sentencia 25 febrero 1993, expediente 7742.

³⁶ YOUNES Diego. Curso de derecho administrativo, Octava Edición Bogotá 2007.

³⁷ AREVALO Reyes Héctor Darío. Responsabilidad del estado y de sus funcionarios, Bogotá 2003.

1. Es el funcionamiento normal de los servicios, prestación normal del servicio público, cuando en el funcionamiento normal del servicio público se cause un daño, da lugar a imputarle al estado la responsabilidad.
2. Funcionamiento anormal o irregular del servicio, entonces siempre que el daño se produzca por funcionamiento anormal del servicio, se establece la causal de imputación.
3. Se encuentra en el daño causado por el riesgo a que la administración somete al administrado.
4. Caso de enriquecimiento injusto cuando el administrado ejecuta determinadas actividades que benefician a ala administración y que esta a su vez no paga, entonces genera la posibilidad para el administrado reclame la indemnización correspondiente.

En este orden de ideas, es fundamental señalar a quien se le atribuye la causa del daño que jurídicamente debe estar imputable al Estado, esta consiste en poderle atribuir a un sujeto determinado la obligación de reparar el daño, teniendo en cuenta la relación que se presente entre ese sujeto y el daño causado, para lo cual debe identificarse el patrimonio que resulte afectado con el daño. En el régimen del artículo 90 continúa la falla del servicio, siendo la causa de imputación por excelencia.³⁸

Para efectos de obtener la exoneración, la administración debe probar alguna de las causales que destruyan la imputación de ese daño, como sería la fuerza mayor, la culpa o el hecho exclusivo de la víctima y el hecho exclusivo y determinante de un tercero. En el caso que esa imputación solo sea parcial, la responsabilidad se vera atenuada. La administración también deberá probar que el

³⁸ *Ibíd.*

daño causado no es antijurídico, es decir, que su conducta fue adecuada a la ley y que el particular estaba en la obligación de soportar el daño.³⁹

Lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, ha generado en relación a la responsabilidad del Estado, que el Consejo de Estado tome posiciones que no dejan de ocultar controversias, así se demuestra en primer lugar en relación a la teoría que señala que la responsabilidad es de carácter institucional, el cual se fundamenta en la exposición misma de la norma, el estado responde patrimonialmente.

Entre tanto, una segunda teoría, que plantea admitir la responsabilidad del funcionario. Se le puede reclamar responsabilidad al Estado y al funcionario.

Es necesario además de establecer la relación de causalidad entre el hecho y el daño, determinar igualmente la acción u omisión por parte de la administración o autoridad encomendada de prestar un servicio. Según el Consejo de Estado, en sus decisiones plantea que no basta que exista un daño antijurídico, sufrido por una persona, y que además este daño sea imputable, es decir, atribuido jurídicamente al Estado.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 90 de la Constitución Política, desarrolla la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios respecto de sus actos. “El estado falla cuando con sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho desconoce los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier persona vulnere dichos derechos” ha recordado el Consejo de Estado.⁴⁰

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ GUZMAN, Mora Fernando. Derecho Medico Colombiano. Bogotá 2007.

3. RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

3.1 ANTECEDENTES

Hablar de la responsabilidad del galeno, bien sea civil, penal, administrativa, disciplinaria etc., es referirse inevitablemente a un fenómeno moderno, casi de nuestros días. Sólo la sociedad defensora de los derechos individuales, pudo sentar al banquillo, para pedir reparación jurídica y material, a los médicos que ocasionan un daño para el paciente en el desempeño de su profesión. En los albores de la humanidad la responsabilidad médica no existía, dado el carácter sagrado que tenía el médico, lo cual lo colocaba más allá de toda pena o de cualquier indemnización pecuniaria. Sin embargo, esta era una preocupación social y legal que se corroboraba con las acciones que realizó Hammurabi, Rey de Babilonia, al penalizar a los médicos imperitos y negligentes y la Lex Aquila romana, que reguló el resarcimiento del daño causado a otro⁴¹, ya que desde la época antigua, la organización estatal, entendida como el aparato oficial por medio del cual el rey gobernaba, era totalmente irresponsable de los perjuicios que causara a las personas en razón de su actividad.⁴²

En el marco de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, el concepto de irresponsabilidad del Estado no sería modificado en manera alguna, ya que, aunque el soberano ya no es el rey, lo es el propio pueblo; se entendía la organización estatal como un aparato puesto al servicio de la Nación, por lo que no podía de ninguna forma causar daño a los particulares. A pesar de lo anterior, el funcionario era responsable por los actos ilegales que cometiera en ejercicio de

⁴¹ RUIZ, Wilson. La Responsabilidad Médica en Colombia.

⁴² ALVEAR, Restrepo José. Abogado Colectivo. Responsabilidad Estatal. Junio 2005.

sus funciones, por lo que el particular al que se le hubiera irrogado algún perjuicio podía ejercer una acción contra el funcionario responsable⁴³.

Aunque en el siglo XIX se mantendría la tesis de la responsabilidad de los funcionarios estatales, se evoluciona hasta entender la responsabilidad estatal de manera indirecta, ya que el Estado se asemeja al patrón o amo de los funcionarios públicos y por tanto debe responder patrimonialmente por los daños que se causen en razón de sus actividades. Se trata entonces de un tipo de responsabilidad indirecta por culpa “in eligendo” e “in vigilando”.

Entre los años de 1895 a 1903 las altas Cortes francesas dan un paso adelante, teorizando la responsabilidad directa del Estado, ya que es función esencial de éste prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para la satisfacción de las necesidades más importantes y cualquier daño causado por irregularidades o deficiencias en la prestación de esos servicios debe ser reparado. Estamos ante la llamada teoría de la falla en el servicio, en donde se entiende que es el Estado el directamente responsable y no sus agentes, por lo que la inexistencia de la culpa en el agente no es óbice para que el Estado esté llamado a reparar los daños causados.⁴⁴

A partir de este estado de cosas, se ha venido evolucionando cada vez más en el campo de las responsabilidades estatales, llegándose a elaborar modernas teorías en la actualidad, tales como la teoría del daño especial, en donde, en un evidente desequilibrio de las cargas públicas que implique un daño a un particular que no hubiera estado en la obligación de soportar, se presume el nexo causal entre el daño y el hecho, aligerando la carga probatoria del demandante, con lo que se facilita inmensamente el acceso a una verdadera justicia material. En este mismo orden de ideas, la teoría del riesgo excepcional juega un papel importante en la

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ ALVEAR, Restrepo José. Abogado Colectivo. Responsabilidad Estatal. Junio 2005.

actualidad, ya que, en daños producidos con ocasión de actividades peligrosas ejercidas por el Estado, se presume también el nexo causal entre el hecho y el daño⁴⁵.

La verdad es que los galenos sólo han estado sometidos a las reglas de la ética profesional y a su conciencia y en caso de quebrantarlas sólo estaban sujetos a la censura social. El juramento hipocrático así lo confirma al expresar que “Si observo mi juramento con fidelidad, séanme concedidos gozar plenamente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si los quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria”. Es decir, si cumple con sus oficios terapéuticos será reverenciado como un sacerdote o como un dios verdadero; pero si no es así, paseará su vergüenza ante la sociedad⁴⁶.

Las legislaciones modernas son conscientes de que el médico no se despoja fácilmente de su papel autoritario. Pero al reconocer los derechos de los enfermos han eliminado el despotismo y las conductas exclusivamente paternalistas. Se trata, en última instancia, de establecer sobre el principio de la autonomía y la independencia, las relaciones entre los médicos y los enfermos. Es aquí donde debe situarse su responsabilidad, donde la imputabilidad no penda amenazante a todas horas, cual espada de Damocles, capaz de herir la magnitud de la profesión cuando esta se ejerce con honestidad y pericia; pero tampoco debe olvidarse que el enfermo ostenta la misma dignidad personal que cuando estaba sano y le son inherentes unos derechos inviolables, protegidos por la Constitución y la Ley⁴⁷.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ RUIZ, Wilson. La Responsabilidad Médica en Colombia.

⁴⁷ *Ibíd.*

4. RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN COLOMBIA

La responsabilidad estatal en Colombia se fundamenta en el supuesto de que la administración tiene una obligación con el administrado, determinada en la Constitución, en la Ley, en el Acto o Contrato Administrativo. Establecida la obligación, su incumplimiento por no prestar el servicio, por prestarlo mal, o por prestarlo tardíamente puede generar un “daño”, si se causa, debe ser reparado por el estado. El estado condenado, debe, a su vez, demandar al empleado cuyo que lo ocasiono por una conducta dolosa o gravemente culposa, pues así lo manda el artículo 90 de la constitución Política Nacional.⁴⁸

El artículo 90 de la Constitución Nacional desarrolla la responsabilidad del estado y la de sus funcionarios respecto de sus actos. “el estado falla cuando con sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho desconoce los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier persona vulnere dichos derechos” ha recordado el Consejo de Estado.⁴⁹

La introducción de dichos conceptos en el campo de la responsabilidad patrimonial de Estado, y específicamente en materia de responsabilidad medica genera notables dificultades teóricas si se considera que los daños causados a los particulares por los entes públicos en esta materia, tienen su fuente en el incumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio de atención a la salud (Art 49), y no en la trasgresión del deber genérico de abstenerse de causar daño.⁵⁰

⁴⁸ GUZMAN Fernando, MORA Eduardo, SAAVEDRA Edgar. Elementos básicos, Responsabilidad ética, medica, disciplinaria. Tomo II, Bogotá 2005. P 1604.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.* P 155.

En razón a lo anterior, cuando se genera un anormal funcionamiento de la atención hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual, pues surge de manera exclusiva, de la relación entre el paciente y el hospital, que es de naturaleza legal y constitucional. El daño es imputable a esta Empresa Social del Estado, quien presta de manera directa el servicio público de salud, en desarrollo del mandato del artículo 49 de la Constitución Política.⁵¹

El Consejo de Estado ha estimado que, las obligaciones que adquieran las entidades de salud de carácter oficial frente a sus pacientes, son obligaciones de medio, acudiendo a una tradicional clasificación doctrinaria construida, en el derecho privado, para la responsabilidad contractual.⁵²

Entre tanto, en relación a la responsabilidad de las entidades estatales y la carga de la prueba tiene dos particularidades; la primera, es la prueba de la falla del servicio de la entidad pública, en razón a que esta se encontraba a cargo del actor hasta 1990, pues mediante sentencia del 24 de octubre de ese año, la Sección Tercera de Consejo de Estado, sostuvo que si bien, en el caso en concreto, se encontró probada la falla y se reitero que la médica es una obligación de medios, expreso también, en estos casos se debía acudir a la aplicación del artículo 1604 del C.C., en el inciso tercero que rige – se dijo-, por igual tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual; de todo ello concluyo como no cierto que el artículo 2341 del C.C. deje la prueba de la falla a cargo del actor, pues, en todos los casos, es el deudor(es decir, en nuestro caso, el Estado) quien está al tanto de la forma en que ocurrieron las cosas y, por lo mismo, de la manera en que se presento el incumplimiento, y por consiguiente, quien tiene mayor facilidad para aportar la prueba de la diligencia a que estaba obligado a observar, Esta regla, dijo es aplicable en las obligaciones de dar y hacer, porque

⁵¹ HERRERA, Ramirez Fernando Javier. Manual de Responsabilidad Médica. 2005. p 412.

⁵² *Ibíd.*

en las obligaciones de no hacer hay una negación indefinida y la carga de la prueba será del actor.⁵³

Más adelante en el año de 1992 el Consejo de Estado, tímidamente plantea la posibilidad y la reflexión en relación a que en principio la prueba de la falla, es una carga que le pertenece al actor pero cuando se esté hablando de intervenciones medicas, especialmente las de tratamiento quirúrgico, su cumplimiento es difícil si no imposible, por esta razón, se establece que son los especialistas o los profesionales de la medicina los encargados de satisfacer las dudas o inquietudes que se presenten en relación a la ejecución de los respectivos procedimientos por ser estos quienes tiene el conocimiento técnico de la materia; y así, si se prueba la ausencia de la falla en el servicio o intervención, la entidad quedaría exonerada automáticamente de responsabilidad.

Posteriormente, mediante sentencia del 3 de febrero de 1995, el Juez administrativo invirtió la carga de la prueba de la falla, por cuanto no se encontró desvirtuada la presunción, después de encontrar probado el nexo de causalidad entre la intervención médica (una cesarí) y el daño (extirpación del útero), responsabilizando a la Caja Nacional de Previsión Social.

Para el año 2000, en sentencia del 10 de febrero, el Consejo de Estado señaló que es necesario tener en cuenta una regla fundamental que se debe aplicar cuando se trate de una falla médica:

“En realidad, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta medica ex post, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnostico, correcto. Por esta razón, el fallador no debe

⁵³ Ibíd.

perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico esta ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto el profesor ATAZ LOPEZ previene sobre la imposibilidad de impone a los médicos el deber de acertar.

Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente”.

Sin embargo, es importante resaltar que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, se consagro el principio fundamental de responsabilidad del Estado, cuya disposición debe ser atendida por el juez en el momento de tomar su decisión, para que una vez, así, se precise el alcance de los elementos de la responsabilidad administrativa, como son la imputabilidad y el daño antijurídico. Toda vez, que la labor de determinar la carga de la prueba para el juzgador es ardua y exigente en el camino de señalar cual de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar los hechos relevantes.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado en oportunidades establece que en la responsabilidad médica se aplica la teoría de la presunción de la falla y en otras oportunidades se presume no solo la culpa sino también la causalidad, generando dificultad en la alineación jurisprudencial.

5. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL TRAJIDA DESDE UNA LINEA JURISPRUDENCIAL

Respecto del análisis estático y dinámico de las jurisprudencias, así como su evolución jurisprudencial, el Doctor DIEGO EDUARDO LOPEZ MEDINA en su obra "*El Derecho de Los Jueces*"⁵⁴ plantea un análisis y comprensión de precedentes, por esta razón se analizo primeramente una a una las trece (13) sentencias o fallos del Honorable Consejo de Estado que conforman la línea, que tratan el tema de la responsabilidad medica del estado frente a la carga de prueba, planteada desde la pregunta ¿Quién debe de probar la falla del servicio en la responsabilidad medica del estado? ¿Qué posiciones jurisprudenciales ha asumido el Honorable Consejo de Estado sobre la sobre la carga de la prueba en la responsabilidad medica del estado? Se resumirán los hechos de cada caso resuelto, las consideraciones y finalmente la decisión tomada (Análisis Estático), posteriormente se orientó el estudio en determinar la conexión y posiciones que tiene cada uno de los fallos con la línea jurisprudencial a lo largo del tiempo (análisis dinámico), dentro de la unidad de derecho, con sujeción al respecto de la justicia y del principio de igualdad frente a fallos.

Pero antes de analizar una a una las sentencias, se quiere definir el concepto de precedente, como la decisión que un tribunal o juez toma sobre una materia de derecho planteada sobre un caso concreto, este precedente o decisión es obligatorio para el mismo tribunal y para otros de la misma o inferior jerarquía, en los casos que se plantee el mismo patrón o en los que se plantee la misma cuestión.

⁵⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "*El derecho de los jueces*". Bogotá. Ediciones Uniandes - Legis, 2000.

Igualmente se considera que el precedente es el establecimiento de líneas jurisprudenciales de las altas cortes con la característica de la unificación coordinada de estos lineamientos de interpretación y de aplicación de la normatividad vigente, reglas y principios aplicados por los jueces y tribunales para tomar decisiones que cumplan con la función unificadora de lineamiento de interpretación y aplicación de las normas vigentes, en este caso específicamente con lo que tiene que ver con la responsabilidad del Médico de Estado colombiano frente a la carga de la prueba.

5.1 ANALISIS ESTATICO DE JURISPRUDENCIAS

Para el análisis de las sentencias sobre la carga de la prueba en la responsabilidad medica del estado, vale la pena resaltar los cambios jurisprudenciales que esta a tenido, primeramente la carga de la prueba de la falla del servicio medico asistencial estaba en cabeza de la parte actora es decir de la parte demandante, en un segundo momento le correspondía al propio estado demostrar que realmente cumplió con la obligación de prestar el servicio medico asistencial de forma correcta, en un tercer momento se evidencio la inversión probatoria, ya que no siempre es el demandado (el Estado) quien este en mejores condicione de probar, también el demandante esta en buenas condiciones de probar, a esta teoría se le denomino la carga Dinámica de la Prueba, en un cuarto y ultimo momento (tesis actual) se considero que para deducir la responsabilidad médica deben de acreditarse por parte de la victima (Falla probada del servicio) todos los elementos de responsabilidad, El Daño, La falla y el Nexo de causalidad, evolución que se observa en su orden cronológico de la siguiente manera:

**5.1.1. CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

**Consejero ponente (E): CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Bogotá, D. C.,
veintisiete (27) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1986)**

Radicación número: 3671

Actor: REYNEL GOMEZ GIRALDO

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Decidió la Sala al recurso de suplica, interpuesto por la parte demandante, ya que no quedo probada la falla del servicio médico a que alude el actor; en consecuencia no fue posible declarar la responsabilidad del ente demandado.⁵⁵

ANTECEDENTES.

El señor Reynel Gómez G. mediante apoderado presento demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales para que se declare su responsabilidad por los perjuicios que le produjo y se le condene al pago de la indemnización correspondiente, estimada en más de \$ 12.000.000.00 por concepto de perjuicios materiales y de \$ 5.000.000.00 por morales.

El señor Reynel Gómez G trabajaba en la empresa Molino Don Pepe Ltda., entidad inscrita al Seguro con el número patronal 01-002002300, y el día el 27 de noviembre de 1977 sufrió accidente de trabajo, habiendo sido atendido inmediatamente por los Seguros Sociales y como consecuencia de dicho accidente fue sometido a cuatro operaciones, las que terminaron en un rotundo fracaso, a consecuencia de estas dolencias y por la incrustación de un clavo en el fémur derecho, tenía que acudir con frecuencia a la atención médica.

⁵⁵ SENTENCIA, del 27 de Marzo de 1987 Expediente 3671, CP Carlos Betancur Jaramillo.

El día 12 de marzo de 1982, ante los graves dolores, y luego de los exámenes de rigor, el doctor Suárez Valderrama diagnosticó osteomielitis y posteriormente el día 22 de marzo de ese mismo año se ordenó la extracción del clavo de Jewet, y como consecuencia de dicha operación le quedó un acortamiento de 6 centímetros en la pierna derecha; quedando cojo.

El accidente le produjo como consecuencia el acortamiento de 6 centímetros en la pierna derecha que le generó una incapacidad definitiva, decretada por medio de la resolución número 1453 de 10 de febrero de 1981.

Se alega que la parte demandada es responsable de la incapacidad y de los perjuicios que le produjo y como consecuencia solicita que se le condene al pago de la indemnización correspondiente, se alegan como infringidos los artículos: 66, 67, 68 y siguientes 82, 83, 84, 124 y 125 del Código Contencioso Administrativo; Decreto número 4120 de 1949.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Considero la Sala que en este tipo de proceso deben acreditarse los siguientes extremos:

- a) Una falla del servicio (que este funcionó mal o tardíamente o no funcionó);
- b) un perjuicio, y
- c) La relación de causalidad entre éste y aquella. En otros términos, que esa falla fue la culpa eficiente del daño sufrido por la parte demandante.

Igualmente la sala considero que visto el planteamiento de la demanda, se observo que esta no permitió intuir en qué consistió la negligencia o el inadecuado tratamiento médico que se le dio al señor Reynel Gómez G. Sin este supuesto, condicionante de la carga de la prueba, nada se puede concluir. Un tratamiento

médico ordinariamente no se puede calificar de bueno o malo por su resultado. La obligación profesional médica es, en principio de medio. Por tanto, para comprometer la responsabilidad del médico habrá que establecer que éste, dentro de los conocimientos normales de su profesión, se equivocó gravemente por descuido o negligencia.

Por otro lado no aparece por parte alguna evidenciado que las dolencias que culminaron con la incapacidad definitiva del señor Gómez, fueron causadas por un defectuoso tratamiento médico en el Seguro Social, razón por la cual se desestima la demanda, con aplicación del principio de la carga de la prueba; según el cual le competía a la parte interesada en sacar adelante sus pretensiones demostrar, en forma plena y suficiente, por los medios legales, los supuestos de hecho subsumibles en los supuestos de la norma reguladora del derecho pretendido, por ello la sala denegó las súplicas de la demanda.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala denegó las súplicas de la demanda, por medio de providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de marzo de 1987.

FALLO

DENEGÓ las súplicas de la demanda.

**5.1.2. CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

**Consejero ponente (E): GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, Bogotá, D. C.,
veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa (1990)**

Radicación número: 5902

Actor: MARIA HELENA AYALA DE PULIDO.

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda., mediante la cual se aceptaron las pretensiones formuladas por parte de la parte demandante.⁵⁶

ANTECEDENTES.

La señora María Helena Ayala de Pulido presento demandada en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales-Seccional Sogamoso, con el fin de que se declare administrativamente responsable al demandado por los daños y perjuicios causados con las secuelas permanentes, deformidad física, perturbación del aparato locomotor, perturbación funcional del órgano de la secreción, por falla en la prestación del servicio de la demandada.

El día 23 de marzo de 1982 la señora Ayala de Pulido ingresó Instituto de Seguros Sociales- Seccional Sogamoso para recibir el servicio de "Trabajo de Parto", al siguiente día y por petición escrita de los esposos Pulido Ayala el doctor Juan López Granados, Gineco - Obstetra al servicio del I.S.S. le practicó a la actora la ligadura de trompas para lo que el Anestesiólogo doctor Jaime Arango Velez, también al servicio del Instituto le colocó anestesia raquídea. Al día siguiente de la intervención se presentó en la paciente un dolor intenso en los miembros

⁵⁶ SENTENCIA, del 24 de octubre de 1990 Expediente 5902, CP Gustavo de greiff Restrepo.

inferiores con adormecimiento desde la región inguinal hacia abajo. Dichas molestias se fueron incrementando hasta el punto de concretarse a través de un reconocimiento médico legal del 30 de julio de 1984, en una lesión consistente en parálisis de los miembros inferiores con incontinencia urinaria y fecal, de carácter permanente y con una incapacidad médica legal de 30 días.

Entre septiembre y noviembre de 1982, la actora se le ve más afligida en su movilidad de los miembros inferiores, lo que ocasiona su remisión al Instituto Neurológico de Colombia en donde finalmente se le diagnóstica Aracnoiditis lo que ocasiona la pérdida total de la fuerza en los miembros inferiores quedando parapléjica y sin cambios sensitivos, recomendándose como única terapia la fisioterapia ambulatoria y el control con consulta externa.

Se alega que la parte demandada es responsable de la lesión de paraplejía permanente y definitiva por FALLA DEL SERVICIO, que ocasionó y sigue ocasionando grandes perjuicios morales y económicos a la demandante.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Boyacá encontró probado el daño sufrido por la demandante y consideró que el mismo debía ser atribuido a la parte demandada, con base en los siguientes argumentos:

Respecto de las excepciones propuestas agrupó, las de inepta demanda e ilegitimidad de personería en el demandado y consideró que se fundaban en objeciones de carácter formal, esto es que constituyen meras imprevisiones que por si solas no alcanzan a estorbar el pronunciamiento jurisdiccional.

En cuanto a la caducidad, consideró que tampoco debía prosperar, puesto que el hecho dañoso solo completó su total perfil en el momento en que el Instituto de Medicina Legal lo cataloga como lesión física con carácter de invalidez e inestabilidad de miembros inferiores, lo que ocurrió el 30 de julio de 1984, por lo cual no se produjo la caducidad ya que la demanda se presentó el 16 de agosto de 1985.

Sobre la ausencia de culpa consideró que, siendo ésta de fondo, no podría aceptarse pues la responsabilidad administrativa deviene a la Constitución Nacional, sin que se fundamente en principios propios de la responsabilidad civil.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala en este caso considero que el tratamiento y atención de la señora Ayala de Pulido fue el adecuado; sin embargo, no se realizo la atención médica apropiada antes de la intervención es decir que no se le practicó el más mínimo examen antes de ser sometida a la operación, ya que una intervención quirúrgica por sencilla que sea lleva implícito un riesgo y, por tanto, debe hacerse previa información del estado físico y síquico de la paciente. Y por lo menos lo referente al estado fisiológico amerita siquiera unas pruebas elementales previas al momento de la intervención; las cuales sólo se podrían obviar en casos de extrema urgencia, lo cual no sería predicable en el caso de autos.

La Sala en este caso encontró acreditado el daño, ya que a la lesionada no se le práctico el examen preanestésico; Razón por la cual se declaro probada la falla o falta del servicio y que como consecuencia directa de ella se produjo el daño, esto es, la parálisis, hecho que se encuentra debidamente acreditado, ya que por demás subsiste y es de carácter permanente e irreversible.

Igualmente la Sala encontró que si a la paciente no se le practicó aquel examen previo y si no se aprobó que se tomaron las precauciones previas y concomitantes indicadas por el mismo fabricante de la droga y por tratadistas en la materia y si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, que debe suministrar el deudor (la parte demandada), no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de la demostración sobre ésta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino lo de que hubo falta de diligencia y cuidado, por parte de los agentes de la administración y concomitantemente, que se presentó una falla de servicio.

Se resalta que es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que pueda ocasionar un daño que deberá soportar el paciente pues de ellos nos puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento. Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para cada caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo la falla un daño deba interferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala Confirmando a sentencia de 7 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por las razones antes expuestas por la sala.

FALLO

CONFIRMAR, la sentencia de 7 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

5.1.3. CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992) Radicación número: 6897 Actor: GUSTAVO EDUARDO RAMÍREZ Y OTRO

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 12 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.⁵⁷

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de julio de 1990, los señores Gustavo Eduardo Ramírez Morales y Adiel Ocampo Rivera, en ejercicio de la acción de reparación directa, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda formularon demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales, para que se hicieran en síntesis la siguiente declaración: Condénese al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES y a ADIELA OCAMPO RIVERA o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados por la parálisis facial, permanente e irreversible, como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fuera practicada el 7 de Julio de 1988. De lo anterior deduce la parte actora su derecho a reclamar indemnización por una mala prestación del servicio que genera la responsabilidad extracontractual del ente demandado.

DECISION TRIBUNAL

Concluyó que no existió en caso bajo estudio falla en el servicio. Ya que, se demostró que no existió imprudencia o imprevisión por parte de los médicos

⁵⁷ SENTENCIA, del 30 de julio de 1992 Expediente 6897, CP Daniel Suárez Hernández.

puesto que se le brindaron todos los medios adecuados para el caso; que la cirugía era absolutamente necesaria; los procedimientos fueron correctos; se hizo uso de los medios que la Medicina podía ofrecer y se obtuvo que la enfermedad no siguiera causando peores complicaciones al demandante. Desafortunadamente apareció la parálisis facial, pero por circunstancias totalmente ajenas al querer de los galenos y solamente por los motivos anotados.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Mal se podría censurar la conducta del ente oficial cuando a través de la historia clínica fácilmente se demuestra que el paciente Ramírez Morales, desde años atrás a la intervención quirúrgica, había recibido una satisfactoria atención médico - hospitalaria en la cual se destaca más bien la irresponsabilidad y descuido del paciente en el cumplimiento de las órdenes y tratamientos establecidos por los profesionales que lo examinaron. Así se concluye del examen detenido de las pruebas documentales originadas y respaldadas por el propio ente demandado así como de las declaraciones de los profesionales que intervinieron al demandante. Se puede aseverar entonces con certeza que la parálisis facial se generó en la sección total del nervio facial durante la operación. Igualmente no hay comprobación en el proceso que permita admitir que por parte del médico tratante cirujano se le hicieron las observaciones, advertencias y precisiones necesarias al paciente respecto de las consecuencias que el acto quirúrgico podía originarle.

Infortunadamente nada hizo el médico de Seguros Sociales con miras, de una parte, a una ejecución especializada y cuidadosa del procedimiento en torno al nervio facial, ni en advertir y consultar al paciente sobre las secuelas traumáticas frecuentes en estas operaciones. Al respecto, se infiere del acervo probatorio la aludida falla, pues lo cierto es que de una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasó inconsulta e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y del cual el mayor interesado y

afectado nada sabía, pues así mismo, enseña el proceso que dentro de los exámenes pre - operatorios no se atendió al estado del nervio facial pues sobre el particular se omitieron los estudios necesarios. Estima la Sala que hubo culpa parcial de la víctima en el resultado dañoso que lo afectó, culpa que calculada en un 20%, implica a su vez atenuar la responsabilidad del ente demandado y la correspondiente condena en el mismo porcentaje.

FALLO

Declárase administrativamente responsable, en proporción de un ochenta por ciento (80%), al Instituto de Seguros Sociales por los daños causados al señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales al ser intervenido quirúrgicamente por médicos de dicha entidad, el ocho (8) de julio de 1988

**5.1.4. CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Bogotá, D. C.,
febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995)**

Radicación número: 9142

Actor: VIRGINIO DURÁN RIZO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN.

Decide la Sala al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1993, mediante la cual se declaró responsable a la CAJA NACIONAL DE PREVISION, por las lesiones sufridas por la señora MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA MIRANDA en una la intervención quirúrgica (cesárea).⁵⁸

ANTECEDENTES.

La víctima, MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA MIRANDA y su esposo VIRGINIO DURAN RIZO, reclamaron el pago de los perjuicios materiales y morales sufridos como consecuencia de las lesiones sufridas por la señora MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA MIRANDA en una la intervención quirúrgica (cesárea), contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION, con el fin de que se declare administrativamente responsable al demandado por los daños y perjuicios causados a la víctima.

El día 16 de mayo de 1984 se le practicó a la señora MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA, una cesárea sin complicaciones de la cual nació un niño sano en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION, el día 28 del

⁵⁸ SENTENCIA, del 3 de febrero de 1995 Expediente 9142, CP Carlos Betancur Jaramillo.

mismo mes la paciente ingresó nuevamente a la Clínica presentando dolor abdominal y fiebre, donde se le inicio tratamiento con antibióticos hasta el 30 de mayo, fecha en la cual se retiró de dicha institución en forma voluntaria.

El mismo día, es decir el día 30 de mayo de ese año la víctima fue internada en la CLINICA MARLY, presentando “peritonitis y sepsis por deshicencia en la sutura uterina”, como consecuencia de la cesárea, en esta clínica se le practicó, el 1 de junio, una histerectomía (**extirpación del útero**) y drenaje de peritonitis. Como consecuencia esta histerectomía, la víctima quedó sin el órgano de la gestación y con una perturbación funcional del órgano de la reproducción.

Se observa en el mismo dictamen del expediente objeto de estudio, que la cesárea practicada en la Caja Nacional presentó como única complicación una miometritis puerperal, y que se le inició el tratamiento para la sepsis o infección, y frente a una complicación de este tipo era obligatorio practicarle a la paciente una histerectomía y en determinadas circunstancias extraer también los ovarios para salvar la vida de la paciente, circunstancia que no realizado la parte demandada, razón por la cual la Sala concluyo que el perjuicio recibido por la demandante tuvo origen en el servicio prestado por la entidad demandada, lo que hace entonces presumir que dicho servicio fue inadecuado.

Considero la sala en este caso que según la jurisprudencia, no era a la parte demandante, a quien tocaba demostrar la negligencia que dio origen al perjuicio sufrido por la víctima como consecuencia de la intervención quirúrgica, al contrario era a la parte demandada es decir al estado a quien correspondía aportar la prueba de su diligencia y cuidado en dicha intervención, para eximirse de responsabilidad, demostrar la existencia de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero o acreditar el

comportamiento diligente que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño.

DECISION DEL TRIBUNAL

El tribunal considero que la misma CLINICA DE LA CAJA NACIONAL le hubiere podido practicar la histerectomía a la paciente, pero esto no fue posible porque ella voluntariamente se retiró de allí para acudir a otra Clínica, por esta razón el tribunal eximio de responsabilidad a la entidad demandada.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

la Sala en este caso no acepto el argumento del apelante, que señala que la infección post-cesárea presentada por la paciente constituye un riesgo inherente en este tipo de intervenciones, a pesar de las óptimas condiciones de asepsia del lugar donde ella se practicó, porque dicho argumento carece de respaldo probatorio en el proceso, ya la parte demandada ni siquiera aportó algún elemento probatorio que permitiera deducir que la cesárea se había practicado en las condiciones afirmadas por el recurrente. La infección sufrida por la paciente, de acuerdo con el testimonio de la anesthesióloga de la CLINICA MARLY, DORANY GONZALEZ SEPULVEDA, pudo ser el resultado de una inadecuada preparación de la paciente o de deficientes condiciones de asepsia del lugar en el que se le practicó la cesárea.

Igualmente la Sala precisa algunos aspectos doctrinarios que considera de importancia: La demostración de diligencia que incumbe a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. A la actora le incumbe

demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la demandada, la prueba de diligencia no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada, en las mejores condiciones permitidas por el servicio, oportunidad en la que se preciso:

“(...) la doctrina señala que dicha prueba consiste en “demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámeselos medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso etc.(...)”⁵⁹

.FALLO

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1993.

⁵⁹ VALLEJO, Felipe -La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 300-301 mayo-noviembre de 1993, página 33 - SENTENCIA, del 3 de febrero de 1995 Expediente 9142, CP Carlos Betancur Jaramillo.

5.1.5 CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

**Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, Santafé de Bogotá, D.C.,
septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación
número: 10. 251**

Actor: CARLOS JULIO OVALLE y OTROS

Demandado: HOSPITAL MILITAR – MINDEFENSA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 1994.⁶⁰

ANTECEDENTES

CARLOS JULIO OVALLE y ALBERTINA ESCANDÓN FIERRO, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda el 6 de octubre de 1.992 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se les indemnizara de todos los perjuicios morales y materiales ocasionados con la muerte de su hija LUZ MARITZA OVALLE.

Luz Maritza Ovalle fue atendida en el mes de agosto de 1991 en el servicio de nefropediatría del Hospital Militar por presentar manchas de sangre en la orina, para lo que se le ordenó una biopsia renal que fue autorizada por sus padres. El 10 de noviembre a las 2:30 am, muere Luz Maritza.

DECISION DEL TRIBUNAL

No existen elementos de juicio que permitan concluir que el lapso de tiempo transcurrido entre la biopsia y la cirugía correctora del trauma que sobrevino a

⁶⁰ SENTENCIA, del 4 de septiembre de 1997 Expediente 10.251, CP Ricardo Hoyos Duque.

aquella sea un indicativo de desatención o insuficiencia del cuerpo médico y administrativo de una clínica, y concluye que independientemente del personal encargado de la atención a la paciente, lo relevante es el tratamiento, el servicio que se presta.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

En los procesos por responsabilidad médica se presume la falla del servicio, lo cual implica la inversión de la carga de la prueba de manera que al demandado, para exonerarse de responsabilidad, le corresponde probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

No hay duda, pues, de que a la joven Ovalle Escandón se le practicó una biopsia renal en cuya ejecución se le ocasionaron las lesiones que finalmente produjeron su deceso, de lo cual se concluye que la parte demandante cumplió con la carga probatoria que le incumbía. En consecuencia, como en el presente caso no se desvirtuó la presunción de falla del servicio y además no se acreditó que la paciente hubiera sido monitoreada en forma inmediata con posterioridad a la realización de la biopsia, lo cual habría permitido identificar y tratar en forma oportuna la complicación que presentaba.

FALLO

Declárase la responsabilidad patrimonial del Hospital Militar Central por la muerte de Luz Maritza Ovalle Escandón.

5.1.6. CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de dos mil (2000) Radicación número: 11. 878

Actor: JOSUÉ REINALDO DURÁN SERRANO Y OTROS.

Demandados: HOSPITALUNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA Y UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER - UIS.

Negado el proyecto inicial presentado por la doctora María Elena Giraldo, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 2 de febrero de 1996 por el Tribunal Administrativo de Santander.⁶¹

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de reparación directa y mediante escrito presentado el 17 de septiembre de 1993, solicitó la parte demandante que se declare a la UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER “UIS” de Bucaramanga... y al HOSPITAL UNIVERSIDAD (sic) RAMON GONZALEZ VALENCIA “H.U.R.G.V.” de Bucaramanga... administrativamente responsables de la muerte del joven estudiante JAVIER DURAN GOMEZ, acaecida el día dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), en Bucaramanga por una ostensible y protuberante falla del servicio en la prestación de atención y asistencia médica y hospitalaria.

En resumen, los hechos consistieron en que el diagnóstico de apendicitis interrogado, realizado inicialmente por un médico de la Universidad Industrial de

⁶¹ SENTENCIA, del 10 de febrero de 2000 Expediente 11.878, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Santander, no fue despejado conforme a los métodos técnicos y científicos empleados en medicina, lo que demuestra la negligencia e impericia de los médicos que lo trataron. Afirmó que la muerte de Javier Durán Gómez se debió a una falla en la prestación del servicio, ya que los médicos “no hicieron lo que tenían que hacer”. Consideró que el procedimiento adecuado, frente a los síntomas del paciente, era la práctica de una laparoscopia, para efectos de revisar el abdomen, ya que había pasado mucho tiempo y no se presentaba mejoría alguna.

DECISION DEL TRIBUNAL

Mediante sentencia del 2 de febrero de 1996, el Tribunal Administrativo de Santander declaró responsables a la Universidad Industrial de Santander y al Hospital Universitario Ramón González Valencia de los perjuicios ocasionados a los demandantes con la muerte de JAVIER DURÁN GÓMEZ

En efecto, independientemente de la dificultad que se presentaba para un diagnóstico pronto y acertado, lo cierto es que en dicho centro no se desplegaron toda la diligencia y el cuidado que ameritaban las dolencias del joven DURAN GOMEZ. y aún cuando no lo dicen los peritos, la Sala considera que ante las dudas y la incertidumbre que ofrecían los síntomas del paciente, ha debido ser tratado por un gastroenterólogo, que es el médico especializado en vías digestivas... Sin embargo, el médico especialista sólo hace aparición cuando el paciente llega a la Clínica privada.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

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

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

No desconoce la Sala que la apendicitis padecida por Javier Durán Gómez tenía carácter atípico, dada la ubicación del órgano afectado, sin embargo, resulta de vital importancia advertir, en este caso, que la primera impresión diagnóstica hecha al paciente el 19 de septiembre de 1991, por el doctor Christian Alfredo Santos, fue precisamente de apendicitis.

En el mismo sentido, el doctor Ricardo Ferrada expresa que “El diagnóstico diferencial en apendicitis aguda reviste gran importancia para cualquier médico, por tratarse de una entidad frecuente y porque el error implica complicaciones con morbilidad y mortalidad altas”. Una sospecha de apendicitis, entonces, debe conducir a un seguimiento inmediato y permanente del paciente, con base en nuevos exámenes físicos y la práctica de exámenes de laboratorio. La Sala encuentra acreditada la responsabilidad de la Universidad Industrial de Santander en el presente caso. En efecto, está demostrado que esta institución no utilizó debidamente todos los medios que estaban a su alcance para esclarecer el diagnóstico de Javier Durán Gómez, lo que, a su vez, impidió realizar oportunamente el tratamiento indicado, hecho que ocasionó la muerte del joven estudiante.

FALLO

Declarar responsables a la Universidad Industrial de Santander y al Hospital Universitario Ramón González Valencia de los perjuicios ocasionados con la muerte del joven Javier Durán Gómez.

5.1.7. CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, Bogotá, D. C., primero (1º) de julio de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 08001-23-31-000-1993-7649-01(14.696)

Actor: CARMEN SOFIA JAIMES DE MENDOZA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 1º de octubre de 1997 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual negó las pretensiones formuladas en acción de reparación directa y se declaró administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales - Seccional Atlántico - de los perjuicios ocasionados a la señora CARMEN SOFÍA JAIMES DE MENDOZA, por la pérdida de la visión en su ojo derecho.⁶²

ANTECEDENTES.

La señora CARMEN SOFÍA JAIMES DE MENDOZA, presento demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el fin de que se declare administrativamente responsable al demandado por los daños y perjuicios ocasionados con ocasión de la pérdida de la visión en su ojo derecho.

La víctima en su condición de afiliada al ISS, Seccional Atlántico, acudió a la Unidad Programática Zona Centro de Barranquilla, por padecer de catarata incipiente en el ojo derecho, razón por la cual la víctima fue remitida al servicio de Optometría donde se le registro un aceptable estado general, hipertensión arterial

⁶² SENTENCIA, del 1 de julio de 2004 Expediente 14.696, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

y se le inicio un tratamiento practicándosele una biometría del ojo derecho el día 31 del mismo mes dando como resultado +19.00 de biometría y ecografía normal.

El día 6 de agosto de 1992 se le practico a la victima la intervención quirúrgica destinada a extraerle la catarata y a implantarle una lente intraocular, bajo la dirección del doctor Ramiro Arteta Guzmán, estando en la sala de cirugía, sin conocimiento ni consentimiento del cirujano, conforme lo dejó sentado en la correspondiente hoja quirúrgica, se le aplicó anestesia periorbitaria, lo que inexplicablemente genera quemosis conjuntival al punto de no permitir la adecuada transfixión del músculo recto superior para iniciar la cirugía, la anestesia se le aplicó directamente en el glóbulo ocular, produciéndole hemorragia en el vítreo con posibilidad de generar endoftalmitis.

El 23 de octubre se remitió a la paciente con urgencia, a fin de que se le practicara una ecopatía, con el diagnóstico de padecer hemorragia vítrea y desprendimiento de retina diagnostico que confirmado con el examen el 9 de noviembre de 1992, por ello fue remitida a Bogotá, el día 18 del mismo mes, y se indicó que la paciente sufrió la lesión con aguja y que la misma le había producido hemorragia y desprendimiento de retina.

Posteriormente el día 11 de diciembre de 1992 la Clínica San Rafael le diagnosticó a la victima luego de practicarle un examen especializado: Catarata de ojo derecho, desprendimiento de retina, signos precoces de ptisis bulbi y vitreorrehniara severa.

Se alega que la parte demandada es responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la victima con ocasión de la pérdida de la visión en su ojo derecho

y disminución de la misma en el ojo izquierdo, lo que le ha impedido seguir desempeñándose como modista, actividad de la que derivaba su sustento y el de su familia.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y presento la jurisprudencia contencioso administrativa en materia de responsabilidad por los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial, y concluyó que el régimen aplicable en tales eventos es el de falla del servicio presunta.

El tribunal dedujo que la perforación ocular sufrida por la actora en su ojo derecho, que le quitó la posibilidad de la visión en el mismo fue consecuencia directa del procedimiento quirúrgico que le practicó el ISS, al colocarle la anestesia local en dicho órgano, y agregando que esto hace presumir que el servicio prestado fue inadecuado.

Esta expresó que le correspondía a la demandada, para exonerarse, demostrar que el servicio se había prestado con la diligencia, la prudencia y el cuidado necesarios para “procurar una culminación satisfactoria”, pero no cumplió con esa carga. Por el contrario, se advierte que no hubo acuerdo entre el cirujano y el anesthesiólogo sobre la clase de anestesia que la paciente requería, a fin de establecer cuál era la más adecuada, Así las cosas, consideró demostrada la responsabilidad del ISS.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala en este caso considero pertinente citar algunos apartes del fallo proferido el 10 de febrero de 2.000, dentro del expediente 11.878. En el siguiente sentido:

“(…) 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 relieves 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. (…)”⁶³

La Sala en este concluyo 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

⁶³ SENTENCIA, del 10 de febrero de 2000 Expediente 11.878, CP Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

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.⁶⁴

La Sala encontró demostrado el daño sufrido por la demandante, según lo que consta en el dictamen citado en el literal c), la señora Jaimes de Mendoza perdió la visión en su ojo derecho, igualmente se constató la existencia de una “franca atrofia del globo ocular” y la presencia de signos de “Ptisis bulbi”, lo que, podría causarle daño a la paciente en su ojo izquierdo, en caso de generarse una “ubeitis simpática” u “oftalmia simpática”.⁶⁵

De otra parte la sala considero que el daño se considera demostrado ya que este se produjo como consecuencia de una “ruptura del globo ocular”, por lesión ocasionada con la aguja, en el momento de aplicar la anestesia retrobulbar (de carácter local), que generó, a su vez, una hemorragia retroocular, con edema conjuntival, que causó posteriormente el desprendimiento de la retina.

Igualmente la sala encuentro probado que la entidad demandada y algunas de las personas adscritas a ella, precisamente las encargadas del procedimiento que causó el daño, ocultaron información útil para el esclarecimiento de lo ocurrido, lo cual constituye un indicio de que dicha información resultaba contraria a sus intereses.

En estas condiciones la sala concluyo que existen elementos suficientes para considerar probado que el daño sufrido por la señora CARMEN SOFÍA JAIMES DE MENDOZA, imputado a una falla del ISS, en la prestación del servicio médico

⁶⁴ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

⁶⁵ Ibídem, Pág. 21.

asistencial a su cargo, dicho daño constituyó la concreción de un riesgo típico de la aplicación de la anestesia local que se administró a la paciente, a pesar de que no había sido indicada en su caso concreto, pero si bien dicho riesgo existe, no es frecuente, y la conducta procesal de la entidad demandada y las inconsistencias advertidas en los testimonios de las personas adscritas a ella, directamente responsables del procedimiento cuestionado, permiten inferir que se pretendió ocultar información relacionada con las circunstancias en que se llevó a cabo. Adicionalmente, conforme a la doctrina citada, puede agregarse que, por no haberse demostrado la existencia de condiciones particulares en la paciente que la expusieran de manera especial a dicho riesgo, es probable que su realización estuviera asociada a la impericia del anestesista o a la utilización de una aguja muy larga, por no conocerse suficientemente la biometría del globo ocular.⁶⁶

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmara la sentencia apelada, que declaro la responsabilidad de la entidad demandada

FALLO

CONFÍRMASE la sentencia del 1º de octubre de 1997, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro del presente proceso.

⁶⁶ Ibídem Pág. 26

5.1.8. CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Bogotá, D.C. diez (10) de junio de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 76001-23-31-000-1999-1690-01(25.416)

Actor: JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL.

Referencia: CONCILIACIÓN

Decide la Sala sobre la conciliación judicial celebrada entre las partes ante esta Corporación, el 1 de abril de 2004.⁶⁷

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores JHON JARVI y WILSON ANDRÉS OCAMPO GÓMEZ y, además, LUZ MARINA TOBAR DE GÓMEZ, JHON JAROL GÓMEZ TOBAR y ANA OSORIO, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., demandaron a la Nación-Ministerio de Defensa, con motivo de la muerte de YACKELINE GÓMEZ TOBAR, ocurrida el 12 de agosto de 1997, en la ciudad de Cali. Según consta en el acta de audiencia de conciliación respectiva, las partes acordaron: que la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional pagará debidamente actualizado a la fecha de aprobación de la conciliación, los perjuicios morales y materiales.

Los hechos que originaron este acuerdo conciliatorio pueden resumirse así: El 25 de julio de 1997, la señora Jacqueline Gómez Tobar asistió a consulta médica en la clínica regional Nuestra Señora de Fátima, que pertenece a la Policía Nacional, por presentar dolor en el vientre. “El profesional de la medicina aparentemente se limitó a colocarle una inyección intravenosa y a recetarle Milanta, porque de pronto

⁶⁷ SENTENCIA, del 10 de julio de 2004 Expediente 25.416, CP Ricardo Hoyos Duque.

era una gastritis y la enviaron a la casa, diciéndole que lo que necesitaba era reposo”. Además, ordenó que le practicaran una prueba de embarazo, que dio resultado positivo. Y así por muchas otras reiteradas oportunidades ocurrió el mismo resultado hasta que fallecer.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 17 de enero de 2003, declaró responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, de la muerte de la señora Jacqueline Gómez Tobar, por considerar que “evidentemente hubo una actuación negligente por parte del personal médico de la Clínica de Nuestra Señora de Fátima de la Policía Nacional, lo cual condujo a la producción de varias situaciones, todas ellas reveladoras del funcionamiento anormal y tardío del servicio médico asistencial a que estaban obligados.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Con las pruebas que obran en el expediente, se concluye que la entidad demandada incurrió en falla en la prestación del servicio médico a la señora Jacqueline Tovar Gómez, ya que ésta sólo fue atendida por el especialista el día 11 de agosto, a pesar de que desde la primera consulta, realizada el día 6 anterior, se le diagnosticó amenaza de aborto, el cual degeneró en pocos días en aborto incompleto séptico, que fue la causa de la muerte

Puede afirmarse que, en muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. 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. En consecuencia; el acuerdo al que llegaron las partes está en armonía con las directrices jurisprudenciales de la Sala sobre la responsabilidad del Estado por responsabilidad médica.

FALLO

Aprobar la conciliación total lograda entre las partes en la audiencia celebrada el 1 de abril de 2004, la cual hace tránsito a cosa juzgada.

**5.1.9. CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006) Radicación número: 14.400

Actor: LINO ANTONIO AMORTEGUI GUZMAN Y/O

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander el 14 de agosto de 1997, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.⁶⁸

ANTECEDENTES

El señor Lino Antonio Amórtegui Guzmán y otros, en ejercicio de la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentaron demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional, para la declaratoria de responsabilidad patrimonial y condena al pago de los perjuicios morales y materiales sufridos con ocasión de la muerte de la señora Marieth Torres López.

La señora Marieth Torres López fue intervenida quirúrgicamente de la vesícula biliar en la Policlínica de la policía nacional, falleció el día 21 de abril de 1993, a causa de “depresión respiratoria tromboembolismo pulmonar”, según el certificado de defunción; los demandantes afirman que hubo una falla del servicio médico asistencial (Omisión), porque no se les dio explicación alguna.

⁶⁸ SENTENCIA, del 11 de mayo de 2006 Expediente 14.400, CP Ramiro Saavedra Becerra.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal Contencioso Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, ya que para esta época se daba la teoría de la falla presunta, y considero que la entidad pública demandada demostró que actuó con diligencia y cuidado e idoneidad en el tratamiento de salud de la paciente y que la muerte se dio por problemas que aparecieron posteriormente que descompensaron el organismo de la paciente, por esto se desvirtuó la presunción de falla médica y el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño sufrido por la víctima.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

En este caso como ya se había dado en otras sentencias, se aplicó teoría de las cargas probatorias dinámicas que se trata de que tanto el demandante como el demandado pueden probar, por un lado a el demandante le corresponde demostrar: 1) el daño antijurídico sufrido 2) la falla del servicio 3) una relación de causalidad entre estos dos, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible, es en este caso procedente la inversión del deber probatorio.

En el caso concreto en cuanto al 1) DAÑO: se determina Probado el daño antijurídico debido a el dolor, la angustia y la congoja por la muerte de la señora Marieth Torres, 2) LA FALLA: La Sala determino que la ausencia de diagnóstico y tratamiento oportuno, (omisión) se constituye en una clara falla del servicio, 3) RELACIÓN DE CAUSALIDAD: indicios suficientes que permiten deducir que el deceso de la señora Marieth se produjo como consecuencia de la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada. Es por esto que resulta evidente la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada.

FALLO

REVÓCASE la Sentencia proferida el catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, y Declárase administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional por los perjuicios causados, con ocasión de la muerte de la señora Marieth Torres López.

**5.1.10. CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006) Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15.772)

Actor: MARIA OLGA SEPULVEDA RAMIREZ

Demandado: HOSPITAL RAMON GONZALEZ VALENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual negó las pretensiones formuladas en acción de reparación directa.⁶⁹

ANTECEDENTES

Los señores MARÍA OLGA SEPÚLVEDA RAMÍREZ Y OTROS, en ejercicio de la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentaron demanda en contra del HOSPITAL RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA, de Bucaramanga, con el fin de obtener la indemnización de perjuicios que sufrieron como consecuencia de la falla médica cometida por la entidad, que generó la incapacidad total del menor JUAN CARLOS SEPÚLVEDA.

El menor JUAN CARLOS SEPÚLVEDA estaba presentando problemas cardíacos y por esto lo intervinieron quirúrgicamente el 29 de noviembre de 1991 y como consecuencia de esta cirugía quedó en estado vegetativo, con una incapacidad del 100%, pues requiere de otras personas para atender sus necesidades mínimas, quedando reducido a una cama, sin poder movilizarse y sin ninguna posibilidad de recuperación

⁶⁹ SENTENCIA, del 31 de agosto de 2006 Expediente 15.772, CP Ruth Stella Correa Palacio.

DECISION DEL TRIBUNAL

Consideró el Tribunal que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, había lugar a concluir que la presunción de falla en la prestación del servicio médico que pesaba contra la entidad había quedado desvirtuada y que tampoco se demostró el vínculo causal entre la actuación médica y el daño que sufrió el menor.

El tribunal se baso en que: 1. cuando el menor fue llevado al Hospital ya habían transcurrido 20 días desde el inicio de la afección; 2. no se acreditó la relación causal entre el tratamiento farmacéutico, quirúrgico y hospitalario suministrado al menor y la encefalopatía hipóxica que le sobrevino luego de la práctica de la pericardiotomía; 3. la pericarditis es una enfermedad muy difícil y casi imposible de detectar, 4. la intervención quirúrgica a la que se sometió al menor tenía que practicarse para evitar su muerte, 5. el paro cardiorrespiratorio sobrevino 20 minutos después de la práctica de la cirugía, por lo cual no puede afirmarse que aquella fue la causa eficiente de éste.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala que para definir la *causa petendi*, la demanda debe ser interpretada de manera integral, para entender que el daño que hoy sufre el menor fue imputado por la parte demandante al Hospital Ramón González Valencia por haber incurrido en fallas en la prestación del servicio, que se produjeron no solamente en el acto quirúrgico, sino que abarcaron sucesivas omisiones, retardos y errores durante toda su permanencia en la institución, los cuales constituyeron las causas del paro cardiorrespiratorio que sufrió en el pos operatorio y que le dejó como secuela el estado de postración en el que hoy se encuentra.

A este respecto reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte.

El procedimiento que se siguió con el paciente fue técnica y científicamente adecuado, a tal punto que se salvó su vida, a pesar del irreparable daño a su salud, el cual no es imputable a la conducta del equipo médico ni de la institución sino a las condiciones fisiológicas del paciente, que generaron un debilitamiento progresivo del miocardio a consecuencia del proceso infeccioso por el estafilococo áureos, que determinó la pericarditis crónica, con la reactivación aguda supurativa.

FALLO

CONFÍRMASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Santander, el 10 de diciembre de 1997.

**5.1.11 CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO-26 de marzo de 2008- (15.725)

Actor: LUÍS ANTONIO ALVARADO PANTOJA Y OTROS

Demandados: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA

ANTECEDENTES

Los señores LUÍS ANTONIO ALVARADO PANTOJA, quien actúa en nombre propio y, además, junto con la señora NIMIA INÉS GÓMEZ DE ALVARADO, en representación de sus hijos, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en contra del HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esa entidad de los daños y perjuicios que sufrieron con la muerte del señor MARIO ERNESTO ALVARADO ORTIZ, ocurrida el 10 de mayo de 1993, como consecuencia de una falla médica.⁷⁰

En la evaluación médica inicial del paciente se le diagnosticó: trauma craneoencefálico moderado, fractura fosa media izquierda y fractura huesos propios de la nariz. Con ese diagnóstico, se le practicó un taponamiento en la nariz y se le dejó en manos del médico interno de neurocirugía, cuya intervención se limitó a llamar al jefe de esa Sección, por lo que simplemente se le dejó en observación. El médico regresó a las 7:00 de la mañana siguiente y al ver la gravedad del señor Mario Ernesto dispuso la práctica urgente de una escanografía cerebral, que era el examen indicado desde el comienzo, pero que no se había ordenado porque no hubo quien lo costeara, según lo informó el mismo profesional a sus familiares. Luego se ordenó el traslado del paciente a la sala de cuidados intensivos, porque requería respirador, pero éste falleció al parecer a las 8:30 a.m.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal *A quo* negó las súplicas de la demanda por considerar que, de conformidad con las pruebas que obraban en el expediente, había quedado

⁷⁰ SENTENCIA, del 26 de marzo de 2008 Expediente 15.725, CP Ruth Stella Correa Palacio.

demostrado que la entidad había brindado al señor Mario Ernesto Alvarado Ortiz una atención médica oportuna y adecuada y que la carencia del equipo especializado para la toma de la tomografía axial computarizada no fue la causa eficiente de su muerte, que sí lo fue, en cambio, la severidad e irreparabilidad de las lesiones sufridas en el accidente de tránsito.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

En el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal se concluyó que la atención que se brindó al paciente con los medios de que disponía el hospital fue adecuada. La Sala acoge la conclusión del dictamen porque, como ya se señaló, aparece confirmada con los demás medios probatorios que obran en el expediente. No obstante, cabe aclarar que esa afirmación no sugiere que la responsabilidad patrimonial por las fallas del servicio médico se determinara en consideración a los recursos de que efectivamente disponía la institución hospitalaria y no de aquellos con los cuales debería contar, de acuerdo con el nivel de atención asignado.

En síntesis, si bien el hospital no contaba con el equipo necesario para la práctica de la Tomografía, cuyo valor como medio diagnóstico fue destacado por los peritos, esa sola omisión no es constitutiva de una falla del servicio, porque el examen sí fue ordenado y su práctica era posible, pero la rápida evolución de la lesión impidió el traslado del paciente a la entidad con la cual se había contratado la prestación del servicio para tal efecto. Es decir, no se demostró la existencia de falla del servicio por la omisión de la práctica del examen, ni el vínculo causal entre la asistencia médica prestada al señor Mario Ernesto Alvarado y el resultado final.

FALLO

CONFÍRMASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 10 de agosto de 1998.

**5.1.12. CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D. C.,
veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008)**

Radicación número: 25000-23-26-000-1993-09477-01(16.085)

Actor: ELVIRA CABALLERO CORREDOR

Demandado: CAPRECOM

Decide la Sala al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia el 15 de octubre de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones formuladas en acción de reparación directa presentada por los señores ELVIRA CABALLERO CORREDOR Y OTROS, en contra de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM.⁷¹

ANTECEDENTES.

Los señores ELVIRA CABALLERO CORREDOR y HÉCTOR GAITÁN CHIGUANCHI, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija menor DIANA CATALINA GAITÁN CABALLERO y las señoras AURORA CORREDOR DE CABALLERO y CECILIA CHIGUACHI MANJARRÉS, presentaron demanda en contra de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM-, con el fin de que se declare administrativamente responsable al demandado por los daños y perjuicios causados a los actores con ocasión de la falla en el servicio médico prestados a la señora ELVIRA CABALLERO CORREDOR cuando ésta asistió para ser atendida en el parto de su segundo hijo, quien falleció antes de nacer.

⁷¹ SENTENCIA, del 26 de marzo de 2008 Expediente 16.085, CP Ruth Stella Correa Palacio.

Desde abril de 1992 la señora Elvira Caballero Corredor asistió a CAPRECOM por hallarse en estado de gestación, a los chequeos médicos de rigor, en calidad de beneficiaria de los servicios que debía prestarle esa entidad a su esposo, el señor Héctor Gaitán Chiguanchi.

El 30 de diciembre de 1992, a las 10:15 P.m., la señora Caballero Corredor se trasladó a la Clínica El Bosque Ltda. para que le prestaran atención médica especializada para el parto, donde la recibió el médico de turno Iván Garzón, quien le practicó un tacto vaginal y le informó que el bebé venía de pie y que, por lo tanto, NO era necesario realizar el monitoreo sugerido por el gineco-obstetra tratante, y ordenó trasladar la paciente a uno de los cuartos de la Clínica, en espera de la llegada del obstetra de CAPRECOM Álvaro Medina Molano.

El mismo día aproximadamente a la una de la mañana, la señora Caballero Corredor presentó abundante hemorragia, pero ni el médico de turno, ni el personal paramédico le prestaron atención, sólo hasta las tres de la mañana llegó el obstetra a practicarle la cesárea, pero el feto había fallecido por ahogamiento.

Se afirma en la demanda que el hecho es imputable a la entidad demandada, a título de FALLA DEL SERVICIO, porque la muerte de la criatura se debió a la falta de atención oportuna por parte del médico tratante y del personal que se encontraba de turno en la Clínica El Bosque Ltda., la noche de los hechos.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal Consideró que de acuerdo con las pruebas que obraban en el expediente no era posible aseverar que la causa eficiente y determinante de la

muerte de la criatura hubiera sido la atención negligente prestada por los médicos Medina y Garzón y por el personal paramédico de la Clínica “El Bosque”.

Considero que el embarazo de la señora Elvira Caballero Corredor presentó muchas complicaciones: placenta previa, membranas rotas, posición podálica del feto y *abruptio placentae*; además, en las ecografías practicadas en mayo, junio y octubre de 1992 se diagnosticó un desprendimiento trofoblástico, por lo que en el primer trimestre del embarazo existió amenaza de aborto, circunstancias indicativas de que el parto no sería fácil.

Concluyó el tribunal que en la historia clínica se señaló como causa de la muerte la ingestión de líquido sanguinolento; sin embargo, no se probó que ello fuera una consecuencia atribuible a los demandados, por impericia, negligencia o imprudencia, porque se desconocía, dadas las especiales contingencias que rodearon el parto, cuál era el momento más oportuno para practicar la cesárea.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala en este caso accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por encontrarse demostrado en el plenario que ese daño es imputable a CAPECROM, al haber incurrido en fallas en la prestación del servicio, fallas que abarcaron sucesivas omisiones, retardos y errores durante la permanencia de la madre en la Clínica El Bosque Ltda., los cuales causaron la muerte del ser que estaba por nacer.

La sala en este caso se basó en la tesis que actualmente orienta la posición de del honorable Consejo de Estado⁷², en torno a la deducción de la responsabilidad de

⁷² Ibídem Pág. 14-15.

las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar:

1. El daño.
2. La falla en el acto obstétrico y
3. El nexo causal.

La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado; La demostración a la que hace referencia la sala puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.

En resumen frente a los hechos objeto de esta sentencia, a la señora Elvira Caballero Corredor asistió a la Clínica El Bosque Ltda., a las 10:15 p.m., con el fin

de ser atendida en el parto de su segundo hijo, el cual debía nacer por cesárea, por encontrarse en posición podálica razón por la cual el médico de urgencias de la Clínica ordenó la hospitalización de la paciente y dispuso llamar al médico tratante, hasta este momento el proceso del parto transcurría normalmente hasta la 1:00 o 1:30 a.m. cuando la paciente sufrió una hemorragia, hecho del cual fueron informados el médico tratante, quien aún se hallaba en su casa y aseguró que ya se disponía a asistir al centro médico para practicarle la cesárea a la paciente y el médico de urgencias de la Clínica, quien verificó que el pediatra y el anesthesiólogo estaban dispuestos para la práctica de la cirugía y que ya habían enterado del hecho al obstetra, y regresó al servicio de urgencias a continuar cumpliendo sus funciones. El obstetra llegó a la Clínica poco antes de las 2:30 a.m. e inmediatamente le practicó la cesárea a la paciente, pero el bebé había muerto por absorción de líquido sanguinolento.

La muerte del hijo que esperaba la señora CABALLERO CORREDOR se produjo como consecuencia de absorción del líquido sanguinolento, generado por el desprendimiento agudo de la placenta, que durante todo el embarazo presentó problemas de baja inserción y la falla en la prestación del servicio médico que en ese momento demandaba la señora Elvira Caballero Corredor consistió en no practicarle la cesárea en el momento mismo en el cual se presentó la hemorragia como consecuencia del desprendimiento de la placenta, procedimiento que sólo vino a practicarse una hora u hora y media después de ese evento, porque ese fue el tiempo que tardó en llegar a la Clínica el obstetra.

Se reitera que la sala en este caso concluye que la falla en el servicio médico y la relación causal entre ésta y la muerte del feto, se produjo por no haber practicado la cesárea a la paciente en el momento en el cual sufrió la hemorragia, como consecuencia del desprendimiento de la placenta, lo cual ocasionó que el niño se ahogara, lo único que hizo en la entidad hospitalaria fue esperar que llegara el

médico tratante, hecho que fue acreditado en el expediente con la historia clínica y los informes presentados por el médico y la enfermera que atendieron a la paciente en la Clínica El Bosque Ltda.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada, dado que la entidad demandada incurrió en falla del servicio porque no le prestó a la paciente la asistencia que requería durante el parto de su segundo hijo, y esa falla fue la causa del daño por el cual se reclama la indemnización, la misma deberá indemnizar los perjuicios morales que esa omisión les causó a los demandantes que acreditaron haber sufrido ese daño.

FALLO

REVOCAR, la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 1998.

5.1.13. CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA

**Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D. C.,
veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)**

Radicación número: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20.087)

Actor: SAUL SAAVEDRA GUTIERREZ Y OTROS

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-SECCIONAL VALLE DEL
CAUCA**

Decide la Sala al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 3 de febrero de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones formuladas en acción de reparación directa. No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada.⁷³

ANTECEDENTES.

Los señores Saúl Saavedra Gutiérrez, Nelly Saavedra de Saavedra, Saúl Hernán Saavedra Saavedra, José Gerardo Saavedra Saavedra, María Victoria Saavedra Saavedra, Juan Fernando Saavedra Saavedra, Alberto Saavedra Saavedra, Carlos Eduardo Saavedra Saavedra, Julián Saavedra Saavedra y Gilberto Saavedra Saavedra, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con el fin de que se declare administrativamente responsable al demandado por los daños y perjuicios causados a los actores con ocasión de LA MUERTE del SEÑOR JORGE ENRIQUE SAAVEDRA SAAVEDRA.

⁷³ SENTENCIA, del 28 de abril de 2010 Expediente 20.087, CP Mauricio Fajardo Gómez.

El 26 de abril de 1996 señor JORGE ENRIQUE SAAVEDRA SAAVEDRA, ingresó por urgencias a la Clínica "Rafael Uribe Uribe" del I.S.S., de la ciudad de Cali, por cólicos en el estómago. Allí fue atendido por el médico Manuel Sotelo quien ordenó su hospitalización., el médico Juan Carlos Drada le diagnosticó al señor Saavedra "*Ictericia progresiva*" y se dejó constancia de que el paciente "*presenta un cuadro de dolor tipo cólico en el abdomen principal, en el flanco izquierdo y que presenta debilidad general desde hace 2 días y tiene orina colérica y escleras ictericas*".

El día 11 de mayo de 1996 el señor Saavedra fue dado de alta por cuanto aparentemente se encontraba en buenas condiciones generales, pero por complicaciones posteriores el día 22 de mayo de 1996 volvió a ingresar a la Clínica del ISS Santa Isabel de Hungría de la ciudad de Palmira, por los dolores y la fiebre que padecía que motivaron su hospitalización.

Posteriormente el día 27 de mayo de 1996 se practicó cirugía al señor Saavedra Saavedra por accesos intra-abdominales por divertículos perforados FALLECIENDO durante el procedimiento quirúrgico, siendo el diagnóstico post operatorio "*tres accesos intraabdominales por divertículos de colon perforado*".

Se alega que la parte demandada es responsable de la muerte del señor Saavedra por FALLA EN EL SERVICIO, en consideración a que transcurrieron 31 días desde su consulta y no le practicaron los exámenes requeridos ni la cirugía que con urgencia necesitaba.

DECISION DEL TRIBUNAL

El Tribunal encontró probado el daño sufrido por los demandantes y consideró que el mismo debía ser atribuido a la parte demandada, en atención a que al

paciente NO le fue practicada de forma oportuna una cirugía por divertículos, lo cual implicó que el colon se perforara y que finalmente falleciera a causa de una septicemia.

El tribunal consideró que a pesar de que en la primera oportunidad que el señor Saavedra ingresó al Instituto de Seguros Sociales (clínica Rafael Uribe Uribe de Cali) el día 26 de abril de 1996, se demostró que el paciente fue sometido a múltiples exámenes de diagnóstico, acordes con los protocolos aplicables a la sintomatología que presentaba y a interconsultas con médicos especialistas, razón por la cual se le suministró el tratamiento adecuado para la dolencia que lo aquejaba, un síndrome hepatorenal secundario a intoxicación con alcohol, alcachofas y algas, estas últimas ingeridas por el señor Saavedra para adelgazar y que dicho tratamiento resultó exitoso, por lo cual el paciente fue dado de alta el 11 de mayo de 1996.

Posteriormente el señor Saavedra ingresó por segunda vez al Instituto de Seguros Sociales (clínica Santa Isabel de Hungría del ISS de Palmira) el 22 de mayo de 1996, oportunidad en la que se consideró que el posible diagnóstico era de diverticulitis, pero los exámenes de diagnóstico fueron efectuados 2 días después, por lo cual sólo hasta el 24 de mayo siguiente se estableció con certeza dicho diagnóstico y pese a que, como lo señaló la propia demandada en la contestación de demanda, dicha enfermedad evoluciona en cuestión de horas, la cirugía sólo se programó hasta el 27 de mayo siguiente, día en el cual el señor Saavedra falleció durante la cirugía a causa de una septicemia, toda vez que el colon resultó perforado a consecuencia de la DIVERTICULITIS NO ATENDIDA DE FORMA OPORTUNA.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala en este caso encontró acreditado el daño, consistente en LA MUERTE del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra en la Clínica Santa Isabel de Hungría de la ciudad de Palmira, a causa de una coagulopatía de consumo por septicemia intra-abdominal.

Igualmente la Sala encontró probada la afiliación del señor Saavedra al Instituto de Seguro Social y que ésta se encontraba vigente para la fecha en la cual acudió a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali y a la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, igualmente encontró demostrada la prestación del servicio médico en estas dos instituciones.

El día 26 de abril de 1996 el señor Saavedra ingresó por urgencias a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali en donde fue atendido por el médico general Manuel Sotelo Alpala por el dolor tipo cólico en el hipocondrio derecho y ardor en el epigastrio., allí se le practicaron los exámenes donde se concluyó que el paciente había ingresado con una ictericia que debía ser estudiada y que no se trataba de un cuadro quirúrgico y, por consiguiente, se manejó clínicamente al paciente sin que se hubiere efectuado un diagnóstico definitivo y, como el paciente mejoró y el dolor abdominal que presentaba desapareció, fue dado de alta.

La Sala encontró probado que el señor Saavedra Saavedra volvió a presentar los mismos síntomas, es decir dolor abdominal e ictericia, razón por la cual ingresó a la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, el día 22 de mayo de 1996, en donde fue atendido por el médico general Miguel Antonio Esmeral Cervantes, quien luego de revisar los exámenes médicos que ordenó practicar al paciente, le diagnosticó DIVERTICULITIS, pero a pesar de que se realizó el diagnóstico, el paciente sólo pudo ser intervenido quirúrgicamente 5 días después .

Igualmente la sala considero que con base en el material probatorio se evidencia la falla del servicio en que incurrió la Clínica Rafael Uribe Uribe por que no efectuó diagnóstico concluyente de la causa de la ictericia que padecía sino que, cuando el paciente presentó mejoría se limitó a darle de alta sin disponer de todos los procedimientos necesarios para evaluar todos los síntomas del paciente ni realizar una evaluación con la cual se hubiere podido realizar un diagnóstico y el respectivo tratamiento que resultare acorde con el estado real del paciente.

PERO A pesar de lo anterior, la Sala NO ENCONTRO acreditado el nexo de causalidad entre el daño –la muerte del paciente- y la falla del servicio –omisión de diagnóstico, ya que no existe certeza de que la causa de la ictericia que padeció el paciente cuando fue tratado en la Clínica Rafael Uribe Uribe hubiere sido la diverticulitis, enfermedad que le fue diagnosticada en la Clínica Santa Isabel de Hungría y, a pesar de que el médico que lo trató en la segunda institución médica aseveró que para él el cuadro médico era absolutamente claro en ese momento, lo cierto es que también afirmó que el proceso de diverticulitis y las complicaciones se desarrollan en pocos días.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que el análisis que se debe efectuar en este tipo de casos para deducir la responsabilidad médica es *ex ante*, es decir, el papel de juzgador no consiste en evaluar al paciente cuando el daño ya ha ocurrido, sino que debe ponerse en el momento en el cual el médico debió tomar la decisión con fundamento en el cuadro del enfermo –lo cual no es posible en este caso por la ausencia de la historia clínica- y determinar cuáles eran los elementos con que contaba el profesional de la salud. En otras palabras, el Juez debe estudiar si la acción médica realizada encuadra dentro de los parámetros adecuados para el momento exacto del tratamiento.

A pesar de no existir diagnóstico alguno por parte de la Clínica Rafael Uribe Uribe, lo cierto es que el escaso material probatorio no permite inferir que en ese primer momento la causa de la ictericia hubiere sido la diverticulitis –causa de la muerte del paciente-, puesto que esa manifestación física es simplemente un síntoma que pueda ser causado por diversas enfermedades.

Cabe destacar finalmente que la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal *A Quo* encontró sustento en la presunta falla médica en la cual incurrió la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, en tanto se demoró 5 días para practicarle una cirugía urgente al paciente.

Al respecto, la Sala advierte que tal cuestionamiento no resulta procedente en este caso en consideración a que desborda la causa petendi de la demanda, en la cual el daño se imputó a la Clínica Rafael Uribe Uribe por la omisión de diagnóstico, es decir, los demandantes no imputaron responsabilidad alguna al ISS por tales hechos, circunstancia que obliga a la Sala a abstenerse de realizar pronunciamiento alguno acerca de la eventual falla del servicio del ISS por los hechos ocurridos en la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada, dado que la muerte del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra no es imputable al ISS a título de falla del servicio en los términos en que ello fue planteado en la correspondiente demanda.

FALLO

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 3 de febrero de 2002.

5.2. ANÁLISIS DINÁMICO DE JURISPRUDENCIAS

Por medio del presente Análisis Dinámico se plantea determinar el comportamiento, lineamientos y conexión que tiene cada uno de los fallos analizados con anterioridad a lo largo del tiempo, con la línea jurisprudencial sobre un mismo tema o tópico como lo es la Responsabilidad médica de Estado, y así poder construir una teoría estructural que permita hallar la línea jurisprudencial, que refleje la carga de la prueba en la responsabilidad de Estado según la jurisprudencia del honorable consejo de estado, que en su momento se graficará.

La jurisprudencia de la referida corporación a través de la sección tercera, ha ido evolucionando en el tema de la carga de la prueba en la responsabilidad médica del Estado Colombiano, en cuatro grandes momentos evolutivos en el siguiente sentido:

En un primer momento se considero que la prueba de la falla del servicio de la entidad pública por la prestación del servicio medico – asistencial, era de carácter extracontractual y esta carga estaba radicada en la parte actora, por tratarse de una obligación de medios⁷⁴, se consideró que con la sola ocurrencia del daño no se podía presumir la deficiencia o el error en la prestación del servicio medico para que el demandado, es decir el propio Estado tuviese el deber de reparación frente a la parte actora, este debía ser acreditado por el demandante⁷⁵ (Falla presunta del servicio-postura que se mantuvo hasta 1990).

⁷⁴ SENTENCIA, 3671del 27 de Marzo de 1987. CP. Carlos Betancourt Jaramillo.

⁷⁵ CASTAÑO, De Restrepo María. Responsabilidad civil y patrimonial del estado. Colección Derecho Medico Sanitario. Sideme, Temis. Bogota 2003.P 154.

En un segundo momento, el Honorable consejo de estado mediante la sentencia del 24 de octubre de 1990 expediente 5.902 CP. Gustavo de Greiff⁷⁶, aplico la teoría de la falla probada del servicio de la entidad demandada, sentencia donde reitero que el servicio medico es una obligación de medios y considero aplicable el inciso 3 del articulo 1604 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual, pero en el entendido de que el Estado es el deudor como prestador del servicio medico asistencial y seria este mismo quien conociera lo que realmente ocurrió, como se presento el incumplimiento, por esto seria el mismo Estado quien tendría mas facilidad de probar que realmente cumplió con su obligación de prestar el servio medico asistencial correcta y diligentemente.

Este fenómeno de la Inversión de la carga de la prueba hacia la falla probada del servicio de la entidad demandada, fue asentado por completo en la sentencia del 30 de julio de 1992⁷⁷, pero con fundamentos distintos. En esta se manifestó que aunque la carga de la prueba le correspondía a la parte actora ahora recaía en la parte demandada es decir al Estado, por la complejidad y por los tecnicismos de los médicos, por que era casi imposible que la parte actora o el demandante pudiese probar la falla, debido a que las comprobaciones eran excesivamente difíciles, cuando no imposibles, específicamente para el caso de las intervenciones médicas y quirúrgicas. Muchos de los prestadores de los servicios médicos estatal por tener mayores conocimientos, salían exonerados de responsabilidad y con ellos los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, en el entendido de que la comprobación, que para ellos es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas,

⁷⁶ SENTENCIA, del 24 de octubre de 1990 expediente 5902. CP. Gustavo de Greiff

⁷⁷ SENTENCIA, 6897 de 30 de Julio de 1992. MP. Daniel Suárez.

procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento⁷⁸.

En las sentencias del 3 de febrero de 1995 expediente 9142 CP: Dr Carlos Betancourt Jaramillo; del 13 de julio de 1995 expediente 9848 CP: Dr. Ricardo Hoyos Duque, del 18 de julio de 1997 expediente 10.824 CP: Ricardo Hoyos Duque, del 4 de septiembre de 1997 expediente 10.251 CP: Dr: Ricardo Hoyos Duque⁷⁹, SE CORROBORÓ la teoría planteada en los procesos por responsabilidad médica, donde la presunción de la falla del servicio debía de ser General, de manera que la carga de la prueba recae en el demandado, para que este pudiese exonerarse de responsabilidad le correspondería probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio. Frente a esta presunción, probatoria la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza se tornan difíciles de probar. Pero al demandante no se le releva plenamente de su onus probandi, sino que se reduce a los otros dos elementos de la responsabilidad, esto es, a la existencia del daño y a la relación de causalidad entre daño y falla del servicio⁸⁰.

En un tercer momento se vislumbro que la teoría de la falla presunta del servicio se conservó solo hasta la sentencia del 10 de febrero de 2000 expediente 11.878 CP: Dr. Alier Hernández Enríquez⁸¹, donde se hicieron nuevas reflexiones tendientes a este tema, al analizar que NO en todos los casos de daño causado

⁷⁸ Ibídem.

⁷⁹ sentencias del 3 de febrero de 1995 expediente 9142 CP: Dr Carlos Betancourt Jaramillo; 13 de julio de 1995 expediente 9848 CP: Dr. Ricardo Hoyos Duque, 18 de julio de 1997 expediente 10.824 CP: Ricardo Hoyos Duque, 4 de septiembre de 1997 expediente 10.251 CP: Dr: Ricardo Hoyos Duque

⁸⁰ SENTENCIA, 10251 Del 4 de septiembre de 1997.

⁸¹ SENTENCIA, 11.878 del 10 de febrero de 2000. CP: Dr. Alier Hernández Enríquez

en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, se podía aplicar teoría de la falla del servicio, por que no se le podía exigir siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente para poder exonerarse de responsabilidad, en muchos casos el paciente era quien se encontraba en mejor posición o condición 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 decisión⁸²., en este orden de ideas vale la pena destacar las consideraciones de la sentencia del 1 de julio de 2004, expediente 14.696 CP: Dr. Alier Hernández Enríquez⁸³, en el siguiente sentido:

“(...) la demostración de la falla en la prestación del servicio medico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces excesiva. Solo 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(...)”

⁸² Ibídem.

⁸³ SENTENCIA del 1 de julio de 2004, expediente 14.696 CP: Dr. Alier Hernández Enríquez

En ese orden de idea la carga dinámica de la prueba no tenía consagración legal y desconocía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en el entendido que siempre le correspondía a la parte actora probar el incumplimiento por parte del demandado, pero esta se aplicó por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad con fundamento en el principio de la equidad de nuestra Constitución Nacional, para trasladar así la carga de la prueba a la contraparte⁸⁴.

Es de resaltar que la presunción que ha adoptó El Consejo de Estado, no es excepcional, ya que con base en el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990, sobre la responsabilidad del prestador de servicios, se dispone que “la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios”. Esta inversión de la carga de la prueba parte también, en la comunidad europea, de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de la información y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa⁸⁵.

La aplicación de La carga dinámica de la prueba, fue objeto de muchas críticas, debido a que no se podía señalar claramente cual de las partes era la que se encontraba en mejores condiciones de aportar las pruebas necesarias en el proceso, pero los defensores de dicha teoría argumentaron que con base en el deber de lealtad que se le exige a las partes, estas debían aportar todos los medios probatorios necesarios para llegar a la verdad, en caso de que alguna de las partes faltara a este deber, el juez podría castigar a la parte negligente con consecuencias negativas por el descuido probatorio en la sentencia.⁸⁶

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ SENTENCIA del 10 de junio de 2004, expediente 25.416.

⁸⁶ SENTENCIA del 31 de agosto de 2006, expediente 15.772 CP: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

En el último y cuarto momento, en sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 15.772, CP: Dra. Ruth Stella Correa Palacio⁸⁷, se considero que no era necesario alterar las reglas probatorias que generaban consecuencias adversas para la parte que faltare al deber de lealtad procesal, con base en el Artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, se prevé que el mismo juez debe ser quien deduzca los indicios de la conducta procesal de las partes. Se considero que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad el daño, la falla del servicio y el nexo causal, para lo cual resultan admisibles todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso donde el juez debía ser muy acucioso en valorar todos estos elementos probatorios⁸⁸.

En consecuencia, como se viene exponiendo y para finalizar este avance jurisprudencial, para poder deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en su actividad médica era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal. La demostración de estos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio y las reglas de la experiencia las pruebas por excelencia en estos casos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos⁸⁹.

Por ultimo se resalta que de conformidad con el articulo 177 de C.P.C. la carga probatoria de los supuestos de hecho esta radicada en cabeza de la parte que

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ SENTENCIA, del 26 de marzo de 2008 expediente 15725.

⁸⁹ *Ibidem*.

pretende derivar determinadas consecuencias jurídicas y con fundamento en el deber de lealtad procesal deben aportar estas en las diferentes actuaciones procesales ya sea en la demanda como es su contestación donde se expondrán tolos los fundamentos y pruebas que pretendan hacer valer⁹⁰.

Se puede concluir con base en esta evolución jurisprudencia que la carga de la prueba en la responsabilidad médica se fundamenta y encuentra sustento en la falla probada del servicio, donde deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad:

1. El daño.
2. La falla del servicio y → en la que cobra especial trascendencia los indicios
3. el nexo de causalidad⁹¹.

Esto desde la perspectiva de la falla probada donde se acrediten estos elementos.

⁹⁰ SENTENCIA del 28 de abril de 2010, expediente 20.087, CP: Dr. Mauricio Fajardo Gomez.

⁹¹ *Ibíd.*

5.2.1 LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL AVANCE EN EL TIEMPO

¿Quién debe de probar la falla del servicio en la responsabilidad medica del estado?

Año	Falla presunta	Falla probada del servicio de la Entidad Dda	Carga Dinámica	Acreditación de los elementos de Responsabilidad
1987	<p>✘</p> <p>□ Exp. 3671/87 CP. Carlos Betancourt Jaramillo(</p>	<p>↓</p>		
1990		<p>✘</p> <p>□ Exp. 5902/90 CP. Gustavo de Greiff</p> <p>↓</p>		
1992		<p>✘</p> <p>Exp. 6897/92 CP. Daniel Suárez</p> <p>↓</p>		
		<p>✘</p> <p>Exp. 6754/92 CP.</p> <p>↓</p>		
1993		<p>✘</p> <p>Sentencia Bianchi 9 de abril de 1993</p> <p>↓</p>		
1994		<p>✘</p> <p>Exp. 7973/94 18 de abril.</p> <p>↓</p>		
1995		<p>✘</p> <p>Exp. 9142/95 CP. Calor Betancourt Jaramillo.</p>		

		<p> ¥ Exp. 9848/95 CP. Ricardo Hoyos Duque. ↓ ¥ Exp. 10.824/97CP. Ricardo Hoyos Duque. ↓ ¥ Exp. 10.251/97CP. Ricardo Hoyos Duque. </p>		
1997				
2000			<p> ¥ □ Exp. 11.878/00 CP. Alier Hernández Enríquez. </p>	
2001			<p> ¥ Exp. 12.792 del 8 de febrero de 2001. </p>	
2002			<p> ¥ Exp. 13.166 del 22 de marzo 2001 “evolución jurisprudencial” </p>	
2004			<p> ¥ Exp. 15196 Sentencia del 22 de abril de 2004. </p>	
			<p> ¥ Exp. 25416 del 10 de junio de 2004 </p>	

			<p> ¥ Exp. 14.696 del 1 de Julio de 2004. CP. Alier Hernández Enríquez ↓ ¥ Exp. 14696 del 31 de julio de 2004 ↓ ¥ Exp. 12.830 del 14 de diciembre de 2004 ↓ ¥ Exp. 13542 del 13 de julio de 2005 ↓ ¥ Exp. 15276 y 15332 del 14 de julio de 2005. ↓ ¥ Exp. 14400 del 11 de mayo de 2006 </p>	
2005				
2006				<p> ↓ ¥ <input type="checkbox"/> Expediente 15.772 del 31 de agosto de 2006. CP. Ruth Stella Correa. ↓ ¥ Exp. 15.725 del 26 de Marzo de 2008. ↓ ¥ EXPEDIENTE 20.087 DEL 28 DE ABRIL DE 2010. CP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. </p>
2008				
2010				

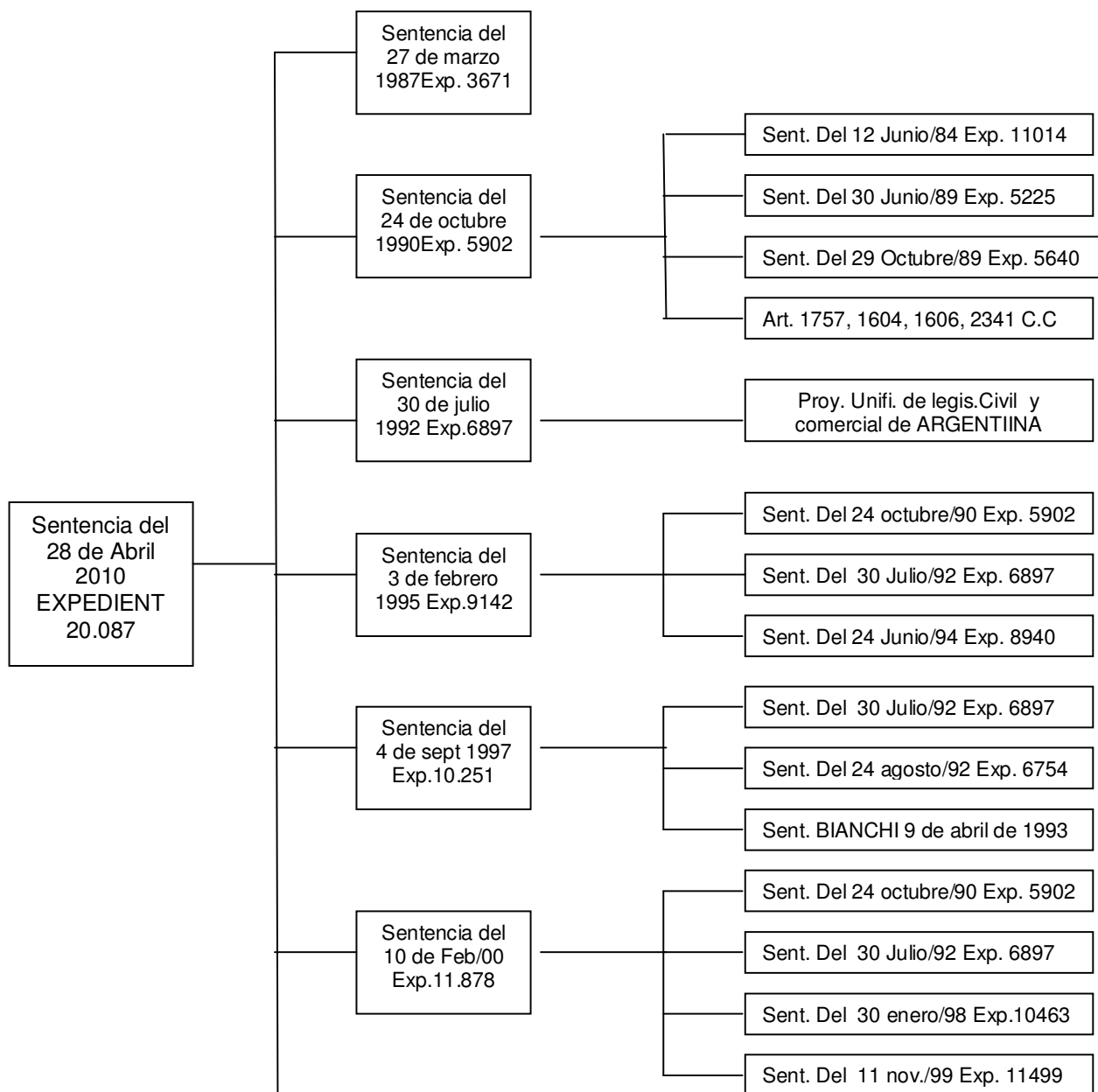
Sentencias donde la Corte Fue Cambiando su postura

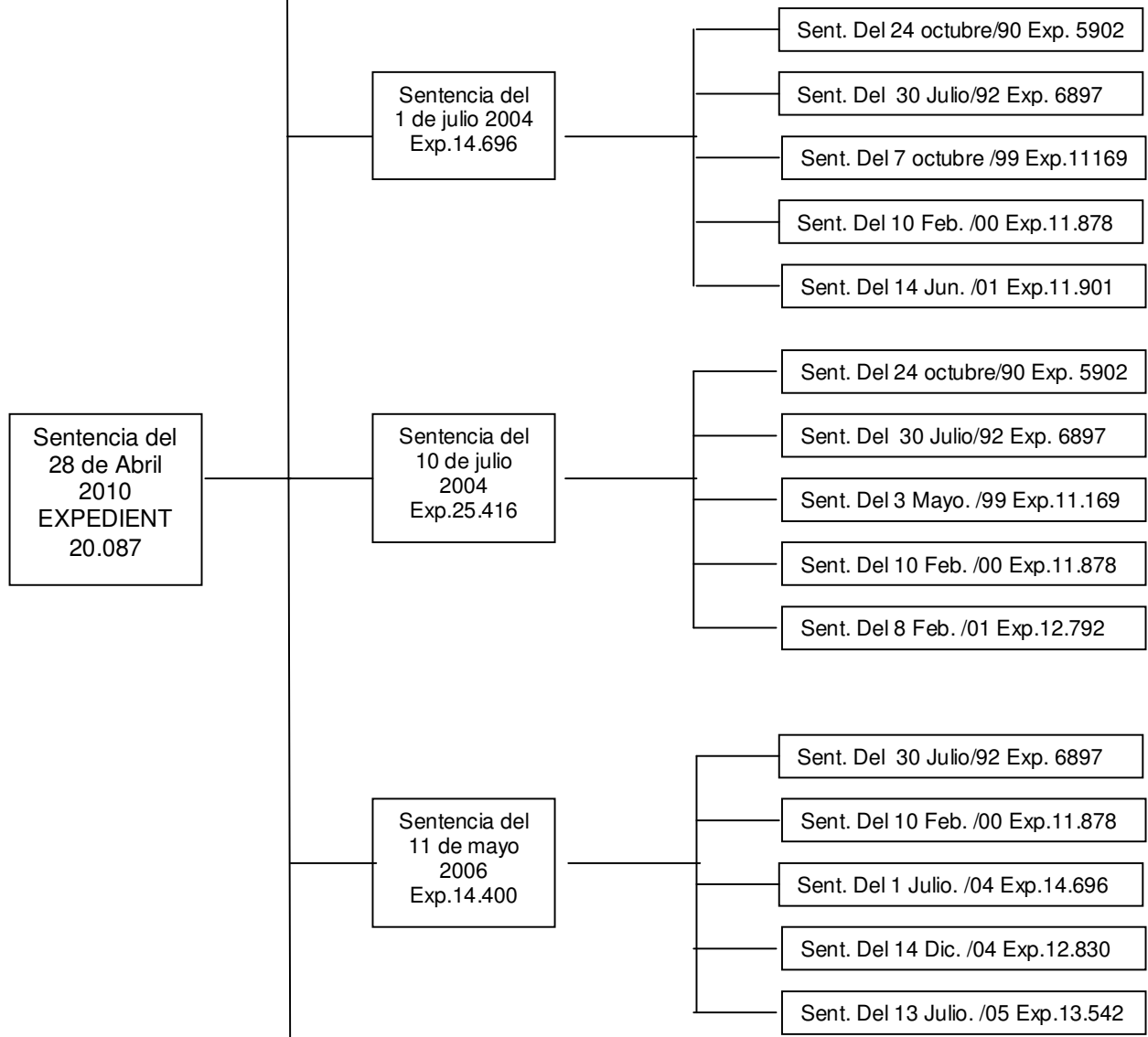
5.2.2 LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS HITO

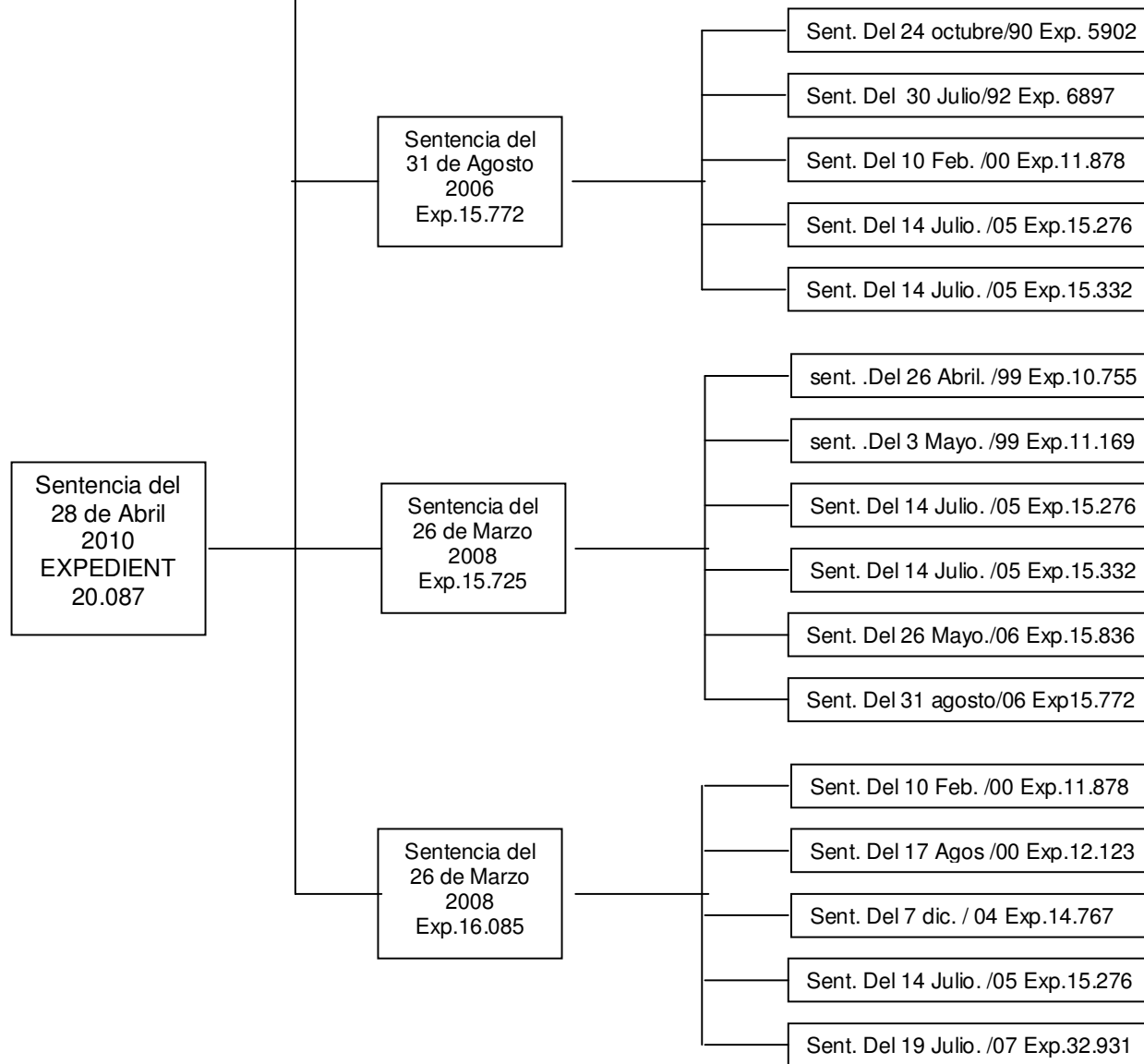
La metodología Utilizada para la identificación de las sentencias Hito en este estudio y que a continuación se graficaran, comprendió tres pasos a saber:

- 1. DETERMINACIÓN DEL PUNTO ARQUIDEMICO:** Con una sentencia se va poco a poco desenredando las relaciones estructurales ente varias sentencias, para poder llegar así la identificación de la o las sentencias Hito si es el caso, con sentencias que sean lo más reciente posible y que los hechos que estas sentencia tengan el mismo patrón.
- 2. INGENIERÍA DE REVERSA:** Esta se desarrollo por medio del estudio de la estructura de citas del punto Arquidemico, desde las sentencias que tengan el mismo patrón haciendo una lista de citaciones jurisprudenciales que la sentencia Arquimedica contiene hasta llegar al nicho citacional o fundacional entendida esta como la mas nombrada o mas citada y que no cita a ninguna otra, por que esta se baso en su propia teoría o su propia posición que es tomada muchas veces de libros, textos y de la doctrina extrajera, ya que esta no tenia precedentes o si los tenia los cambio, tal como sucedió en este estudio donde se observaron que algunas sentencias que cambiaron la posición jurisprudencial frente a la carga de la prueba en la responsabilidad medica.
- 3. TELARAÑA CITACIONAL:** Esta se realizo por medio de la ingeniería de reversaron tomando distintos puntos modales dentro de este nicho para finalmente formal la “Telaraña Citacional” tal como se observa a continuación:

5.2.3 TELARAÑA CITACIONAL







6. CONCLUSIONES

La noción vigente de la responsabilidad del estado ha sido el fruto de un proceso bastante lento en el que originariamente el Estado (monárquico y absolutista) no aceptó la responsabilidad, por cuanto se consideraba que este era omnipotente y sus actuaciones u omisiones eran buenas y provenían del derecho natural, por lo mismo, el administrado carecía del derecho a reclamar los perjuicios ocasionados a su patrimonio.

Con la aparición del Fallo Blanco, se dio origen al sendero que estructuró un régimen específico propio de la responsabilidad del poder público, diferente a lo dispuesto en el Código Civil, haciendo responsable al Estado por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando la administración por medio de sus actuaciones u omisiones cause perjuicios a los administrados.

El reconocimiento de la responsabilidad del estado en Colombia, tiene su aparición a través de la Corte Suprema de Justicia, considerando inicialmente que la responsabilidad del estado se asimila a la de los particulares por lo cual se sometió a la normatividad señalada en el Código Civil y a la jurisdicción común. Sin embargo, la Corte estableció varias tesis como fueron la de responsabilidad indirecta, indirecta hasta llegar a la consolidación de las modalidades de esta última, como son la falta del servicio y la tesis organicista.

Con la aparición de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, implementó la teoría de la responsabilidad por culpa o falla del servicio; siempre y cuando se demuestre los presupuestos como son: a) Existencia del hecho o falla del servicio. b) Daño o perjuicio sufrido por el autor, y c) Relación de causalidad entre el primero y segundo. Siendo la culpabilidad del agente independiente de la responsabilidad de la administración.

La jurisprudencia y la ley han reconocido, en desarrollo del régimen de responsabilidad del Estado en Colombia, la existencia de situaciones que constituyen expresiones específicas del daño antijurídico, que fundamenta actualmente el concepto de responsabilidad del estado, artículo 90 de la Constitución de 1991, como son: la responsabilidad por trabajos públicos, la responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, entre otros.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, constituye el tronco o la base fundamental de la responsabilidad contractual o extracontractual del estado colombiano, y a su vez se demuestra que esta disposición reúne dos componentes que son: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Y convirtiéndose “la falla del servicio” en la causa de imputación más utilizada.

En materia de responsabilidad medica estatal, la carga de la prueba de la falla del servicio ha generado dificultades para determinar en cabeza de cuál de las partes se encuentra esta obligación, en razón a que ha existido múltiples cambios de tesis jurisprudencial del Consejo de Estado, que ha conllevado a que el juez deba realizar un exigente y riguroso análisis para determinar cuál de las partes ostenta la condición más favorable para demostrar los elementos de la responsabilidad administrativa, así:

En un primer momento se observó que la carga de la prueba de la falla del servicio medico asistencial estaba en cabeza de la parte actora es decir de la parte demandante, también llamada la teoría de la falla presunta del servicio.

En un segundo momento y a pesar de que se reitero que el servicio medico es una obligación de medios, le correspondía al propio estado demostrar que realmente

cumplió con la obligación de prestar el servicio medico asistencial de forma correcta, la también llamada teoría de la falla probada del servicio.

En un tercer momento se evidencio la inversión probatoria, ya que no siempre es el demandado (el Estado) quien este en mejores condicione de probar, también el demandante esta en buenas condiciones de probar, aunque en principio a quien le corresponde probar la falla es a el demandante, pero si ha este le es excesivamente difícil es procedente la inversión del deber de probar hacia el demandado basado en la figura de la excepción de inconstitucionalidad con base en el articulo 23 de la Constitución Política (Principio de Equidad), a esta teoría se le denomino la carga Dinámica de la Prueba.

En un cuarto y último momento y actual tesis del Honorable Consejo de Estado se considero que para deducir la responsabilidad médica deben de acreditarse por parte de la victima (Falla probada del servicio) que reclama indemnización, todos lo elementos de responsabilidad:

- El Daño
- La falla
- Nexo de causalidad.

Por ultimo se quiere resaltar que de las 13 sentencias que se analizaron, en 7 de estas sentencias se revoca el fallo el fallo emitido por el tribunal y en 6 se confirma, es decir que se tiene un 54% en los que el Honorable Consejo de Estadío revoco los fallos del tribunal y un 46 % en que los confirmó, cifra que es mediana mente alta, y que deja entre ver que se esta desconociendo parcialmente por parte de los tribunales las líneas jurisprudenciales establecidas por el Honorable Consejo de Estado.

La metodología Utilizada para la identificación de las sentencias Hito, comprendió tres determinantes a saber (i) Determinación del punto arquidemico: Con una sentencia en la que se van desenredando las relaciones estructurales ente varias sentencias, para poder llegar a la identificación de la o las sentencias Hito con sentencias que sean lo más reciente posible y que los hechos que estas sentencia tengan el mismo patrón. (ii) Ingeniería de reversa: Que se desarrolla por medio del estudio de la estructura de citas del punto Arquidemico, desde las sentencias que tengan el mismo patrón haciendo una lista de citaciones jurisprudenciales que la sentencia Arquimedica contiene hasta llegar al nicho citacional o fundacional. (iii) Telaraña citacional: Realizada por ingeniería de reversaron tomando distintos puntos modales dentro de este nicho para finalmente formal la “Telaraña Citacional”.

Las sentencias más nombradas son las sentencias hito, donde el Honorable Consejo de Estado Cambio su posición jurisprudencial en el tema de la responsabilidad del Médica de Estado colombiano frente a la carga de la prueba, tal como se evidencia en la gráfica 5.2.1 (Línea jurisprudencial avance en el tiempo) donde se planteo la `pregunta ¿Quién debe de probar la falla del servicio en la responsabilidad medica del estado?, las sentencias en referencia son:

- Exp. 3671/87 CP. Carlos Betancourt Jaramillo. (Falla presunta)
- Exp. 5902/90 CP. Gustavo de Greiff. (Falla probada del servicio de la Entidad Demandada)
- Exp. 11.878/00 CP. Alier Hernández Enríquez. (Carga Dinámica de las pruebas)
- Expediente 15.772 del 31 de agosto de 2006. CP. Ruth Stella Correa. (Acreditación de los 3 elementos de Responsabilidad)

- TESIS ACTUAL EVOLUCION JURISPRUDENCIAL: EXPEDIENTE 20.087 DEL 28 DE ABRIL DE 2010. CP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. (Acreditación de los 3 elementos de Responsabilidad)

7. BIBLIOGRAFIA

ALVEAR, Restrepo José. Abogado Colectivo. Responsabilidad Estatal. Junio 2005.

AREVALO Reyes Héctor Darío. Responsabilidad del estado y de sus funcionarios, Bogotá 2003.

CASTAÑO, De Restrepo María. Responsabilidad civil y patrimonial del estado. Colección Derecho Medico Sanitario. Sideme, Temis. Bogota 2003.P 154.

GUZMAN Fernando, MORA Eduardo, SAAVEDRA Edgar. Elementos básicos, Responsabilidad ética, medica, disciplinaria. Tomo II, bogota 2005. P 1604.

GUZMAN, Mora Fernando. Derecho Medico Colombiano. Bogotá 2007.

HERRERA, Ramírez Fernando Javier. Manual de Responsabilidad Médica. 2005.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *“El derecho de los jueces”*. Bogotá. Ediciones Uniandes - Legis, 2000.

RAMOS Acevedo Jairo. Responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá 1994.

RODRIGUEZ Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano, Bogotá 2005.

RUIZ, Wilson. La Responsabilidad Médica en Colombia.

SENTENCIA, 15 junio 1972, expediente 1166, CP Oswaldo Abelló.

SENTENCIA, del 28 octubre 1976, expediente 1.498.

SENTENCIA 20 febrero 1989, expediente 4.655.

SENTENCIA, del 27 de Marzo de 1987 Expediente 3671, CP Carlos Betancur Jaramillo.

SENTENCIA, del 24 de octubre de 1990 Expediente 5902, CP Gustavo de greiff Restrepo.

SENTENCIA, del 30 de julio de 1992 Expediente 6897, CP Daniel Suárez Hernández.

SENTENCIA 25 febrero 1993, expediente 7742.

SENTENCIA, del 3 de febrero de 1995 Expediente 9142, CP Carlos Betancur Jaramillo.

SENTENCIA, del 4 de septiembre de 1997 Expediente 10.251, CP Ricardo Hoyos Duque.

SENTENCIA, del 10 de febrero de 2000 Expediente 11.878, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

SENTENCIA, del 1 de julio de 2004 Expediente 14.696, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

SENTENCIA, del 10 de julio de 2004 Expediente 25.416, CP Ricardo Hoyos Duque.

SENTENCIA, del 11 de mayo de 2006 Expediente 14.400, CP Ramiro Saavedra Becerra.

SENTENCIA, del 31 de agosto de 2006 Expediente 15.772, CP Ruth Stella Correa Palacio.

SENTENCIA, del 26 de marzo de 2008 Expediente 15.725, CP Ruth Stella Correa Palacio.

SENTENCIA, del 26 de marzo de 2008 Expediente 16.085, CP Ruth Stella Correa Palacio.

SENTENCIA, del 28 de abril de 2010 Expediente 20.087, CP Mauricio Fajardo Gómez.

YOUNES Diego. Curso de derecho administrativo, Octava Edición Bogotá 2007.