

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DEL
CONSEJO DE ESTADO POR RESPONSABILIDAD ESTATAL
CUANDO SE PRESENTA FALLA PROBADA O PRESUNTA
DEL SERVICIO MÉDICO A PARTIR DEL AÑO 1991**

**FABIO CAMPO VELÁSQUEZ
CLARA XIMENA RUEDA TENORIO**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA
2016**

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DEL
CONSEJO DE ESTADO POR RESPONSABILIDAD ESTATAL
CUANDO SE PRESENTA FALLA PROBADA O PRESUNTA
DEL SERVICIO MÉDICO A PARTIR DEL AÑO 1991**

**FABIO CAMPO VELÁSQUEZ
CLARA XIMENA RUEDA TENORIO**

**Monografía para optar al título de
ABOGADO**

**Presidente de Monografía
Doctor CIRO ALEXANDER MORÁN**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA
2016**

Nota de aceptación

Presidente de Jurado

Jurado

Jurado

Tuluá, febrero de 2016

A mis padres, por el apoyo dado siempre.

A mis hermanas y amigos, por su alegría y comprensión.

Fabio

A mi abuela, por todo el amor, comprensión, ternura que me ha brindado siempre.

Clara Ximena

AGRADECIMIENTOS

El autor agradece a:

Los profesores de la Unidad Central del Valle del Cauca, por su valiosa enseñanza.

Fabio

AGRADECIMIENTOS

La autora agradece a:

Doctor *Ciro Alexander Morán*, Presidente de monografía, por el apoyo y conocimiento brindado en el proceso de elaboración del trabajo de grado.

Clara Ximena

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. EXISTENCIA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO	14
1.1 LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU IMPORTANCIA	14
1.2 CARACTERÍSTICAS	15
1.3 DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	18
1.4 CASOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	21
2. ANÁLISIS DE LA PRIMERA Y SEGUNDA ETAPA DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO	25
2.1 FALLA PROBADA DEL SERVICIO	25
2.2 FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO	27
2.3 ANÁLISIS PRIMERA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: EL PACIENTE DEMUESTRA LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO	28
2.4 ANÁLISIS SEGUNDA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: LA ENTIDAD ESTATAL DEBE DEMOSTRAR QUE SU ACTUACIÓN FUE CORRECTA, RESPECTO A LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS	39
3. ANÁLISIS DE LA TERCERA Y CUARTA ETAPA DE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO A LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO	62

3.1 ANÁLISIS DE LA TERCERA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: EQUILIBRIO ENTRE LA CARGA PROBATORIA DEL PACIENTE Y EL HOSPITAL	62
3.2 ANÁLISIS DE LA CUARTA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: REGRESO A LA SEGUNDA ETAPA DONDE LA CARGA DE LA PRUEBA LA LLEVABA LA ENTIDAD ESTATAL	74
4. CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFÍA	82

GLOSARIO

ÁLEA: azar, suerte, riesgo.

ANFIBOLOGÍA: doble sentido, vicio de la palabra, cláusula o manera de hablar a que puede darse más de una interpretación. Figura que consiste en emplear adrede voces o cláusulas de doble sentido.

ANOXIA: falta casi total de oxígeno en la sangre o en tejidos corporales.

APODÍCTICA: incondicionalmente cierto, necesariamente válido.

ASEPSIA: conjunto de procedimientos científicos destinados a preservar de gérmenes infecciosos el organismo, aplicados principalmente a la esterilización del material quirúrgico.

COLEGIR: inferir. Juntar. Sacar consecuencia de otra cosa.

COMPRESOMA: término usado para referirse a una compresa quirúrgica olvidada en el interior del cuerpo, luego de una intervención.

CONCOMITANTE: que aparece o actúa conjuntamente con otra cosa.

CRASA: indisciplinable.

DÁDIVA: cosa que se da gratuitamente. Intentar o pretender cohecho o soborno.

FARDO: lío grande de ropa u otra cosa, muy apretado, para poder llevarlo de una parte a otra. Se hace regularmente con las mercancías que se han de transportar, cubriéndolas con arpillera o lienzo embreado o encerado, para que no se maltraten.

INHUESTO: levantado.

IRROGAR: causar, ocasionar perjuicios o daños.

MECONIO: alhorre: excremento de los niños recién nacidos.

ORTOTANASIA: es la palabra que se emplea también para designar el concepto de muerte digna. Implica la muerte de un individuo, que padece alguna enfermedad terminal o irreversible, es decir, está comprobado que su situación médica no tiene vuelta atrás, acompañada de todos aquellos cuidados médicos y alivios que estén al alcance para que la misma no provoque ningún tipo de padecimiento adicional al paciente. Se diferencia de la eutanasia dado que la ortotanasia bajo ningún punto de vista propone el adelantamiento deliberado de la muerte.

POR CONTERA: por remate, por final.

PURIDAD: cualidad de puro. Aquello que se tiene reservado y oculto. Sin rebozo, claramente y sin rodeos.

SEPSIS: septicemia: afección generalizada producida por la presencia en la sangre de microorganismos patógenos o de sus toxinas.

TUBECTOMÍA: es la esterilización de la mujer como método permanente para evitar embarazos no deseados.

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución Política de 1991, el Gobierno colombiano responsabilizó patrimonialmente al Estado por daños que hubiesen sido causados por sus funcionarios, consagrándolo en el artículo 90.

Así pues, la responsabilidad administrativa comprende dos características: daño antijurídico e imputabilidad del daño jurídico al Estado. Esta responsabilidad surge en la práctica médica, cuando existe una baja calidad en la prestación del servicio médico lo que implica la responsabilidad médico – estatal por fallas en el servicio, como es el caso por fallas probadas y presuntas en el servicio médico de obstetricia.

Por otro lado, la investigación tiene como objetivo general: analizar la evolución jurisprudencial que han tenido las diferentes posiciones que ha adoptado el Consejo de Estado frente a la responsabilidad médica por falla probada o presunta del servicio en la rama de obstetricia, en lo que respecta a las cargas probatorias en Colombia. Y como objetivos específicos:

- ◆ Explicar la carga de la prueba cuando existe una responsabilidad por falla en el servicio médico.
- ◆ Analizar la primera etapa: el paciente demuestra la falla del servicio médico, la segunda etapa: la entidad estatal debe demostrar que su actuación fue correcta, respecto a la distribución de las cargas probatorias.
- ◆ Analizar la tercera etapa: equilibrio entre la carga probatoria del paciente y el hospital: cuarta etapa: se presenta un regreso a la segunda etapa donde la carga de la prueba la lleva la entidad estatal, estudiándose de forma más concienzuda la Sentencia de agosto 29 de 2013 del Consejo de Estado

Por otro lado, la investigación es de tipo descriptivo, presentando la evolución de la posición del Consejo de Estado en lo que se relaciona con la carga de la prueba cuando ocurre una falla en el servicio médico de obstetricia, utilizando el método analítico.

Igualmente, el documento está estructurado en cuatro partes: en la primera se expone la existencia de la carga de la prueba en la responsabilidad por falla en el servicio médico. En la segunda se aborda el análisis de la primera y segunda etapa de sentencias del Consejo de Estado en la distribución de las cargas probatorias por falla del servicio médico. La tercera parte se ocupa del análisis de la tercera y cuarta etapa de jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la distribución de las cargas probatorias por falla del servicio médico. Finalmente, se presentan las conclusiones.

1. EXISTENCIA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO

La carga de la prueba se ha constituido con el paso del tiempo en una teoría con la que se busca que cuando no han sido probados los hechos suficientemente, pueda el juez con un “no está claro”, dictar la sentencia sin terminar el proceso, esto es, que la carga de la prueba entra a reemplazar la prueba que no da la certeza, mostrándole cómo debe fallar. Igualmente, la carga de la prueba es orientadora en la actividad probatoria que realizan las partes intervinientes, ya que señala la necesidad existente para probar los hechos que se están citando en el proceso para impedir los resultados nocivos que pueda traer el omitirlos. Así pues, la carga de la prueba *“es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”*¹. Entonces, se puede decir que la carga de la prueba permite que el interesado que tiene un hecho favorable a su causa, pueda allegar una prueba o el juez lo solicite y así puedan asumir las consecuencias los intervinientes en el proceso. Sin embargo, si el hecho no necesita prueba, no se puede hablar de carga probatoria.

1.1 LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU IMPORTANCIA

Su importancia se destaca en lo siguiente:

- ◆ Puede llegar a reducir los gastos en los procesos, puesto que elimina el riesgo de costos por una sentencia inhibitoria.

¹ PÉREZ RESTREPO, Juliana. La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica, decaimiento de su aplicabilidad. Disponible en Internet: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/11386/10399> En: PÉREZ GARZÓN, Carlos Andrés. Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. Popayán, mayo 22 de 2102. En: Revista Justicia y Derecho. Volumen 1. Enero-Julio de 2013. ISSN: 2323-0533. Disponible en Internet: www.ssrn.com/abstract=2544203 {Consulta: 16 agosto de 2014}.

- ◆ Para las partes intervinientes también significa reducción de gastos, especialmente para la parte que estaba perjudicada mayormente, puesto que con una absolución, perdería el derecho para volver a demandar por los mismos hechos.
- ◆ Eleva los niveles de certeza de las decisiones judiciales, puesto que se busca verdad y justicia.
- ◆ Se constituye en un criterio o regla verdadera que sirve como orientación de la conducta de los intervinientes en todo el proceso.

Por otra parte, la carga de la prueba tiene su fundamento: i) en su aplicación cuando existen casos de inseguridad probatoria en que resulta necesaria la seguridad jurídica y que sea más eficaz la administración de justicia; ii) todo proceso debe garantizar a las partes que para defender sus derechos tengan iguales oportunidades.

1.2 CARACTERÍSTICAS

De acuerdo con el autor Pérez Garzón², tiene las características siguientes la carga de la prueba:

- a. Le permite al juez tomar una decisión de fondo de un derecho subjetivo cuando falta la prueba formando parte de la Teoría General de la Aplicación del Derecho.
- b. En toda clase de procesos es una regla general que se aplica tanto al principio dispositivo como la inquisitivo (muy pocas veces el juez recurre a ella).
- c. Posee una regla de juicio con la que el juez puede decidir de fondo, y actúa como una pauta cuando las partes ejercen su derecho probatorio, ya que

² PÉREZ GARZÓN, Carlos Andrés. Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. Popayán, mayo 22 de 2102. En: Revista Justicia y Derecho. Volumen 1. Enero-Julio de 2013. ISSN: 2323-0533. Disponible en Internet: www.ssrn.com/abstract=2544203 {Consulta: 16 agosto de 2014}.

- señala los hechos y los que mediante una prueba podría aportar o interesar a las partes para que sea practicada.
- d. Exige que aparezca la prueba, pero no importa quien la aporte, no exige quién de las partes debe hacerlo, sino que determina el que corre el riesgo de que no lleve a cabo la prueba.
 - e. Deberá estar consagrada en la ley como una regla objetiva, como principio general único o determinados casos deberá ser establecida.
 - f. Cuando se aplica se convierte en una cuestión de derecho, puesto que la ley la regula, y cuando un juez comete un error en la distribución de la carga entre los intervinientes en el proceso, se constituye en una violación de la norma.
 - g. El juez debe aplicar la carga de la prueba con criterio objetivo, sin que interfiera la dificultad que puede haber en conseguir la prueba o que no sea posible conseguirla, a excepción en los casos específicos que se torne imposible conseguirla, como por ejemplo cuando existen afirmaciones o negaciones indefinidas o sea una conducta obstructiva de alguna de las partes. Y tiene un criterio subjetivo de parte del juez cuando éste considera que cuál de las partes está en mejores condiciones para entregar la prueba.
 - h. Es una regla que no sustituye la actividad probatoria de quien lleva la carga en las partes, puesto que se acude a ella cuando falta la prueba o es insuficiente para que el juez pueda tomar una decisión de fondo.
 - i. Se aplica a hechos alegados y no exentos de prueba. Los hechos alegados se refieren a la necesidad o el tema de prueba de cada proceso que se encuentran en debate y no están aceptados por las partes intervinientes por medios probatorios, como por ejemplo la confesión cuando se necesita. Los hechos no exentos de prueba se trata de los que por su naturaleza: hechos indefinidos o por prescripción legal están exentos, por lo tanto, quien debata un hecho exento de prueba tendrá la carga de la prueba y sino la ejerce, el juez la aplicará en su contra.
 - j. Tiene influencia en todo el proceso, ya que ofrece un criterio orientador a las partes con el fin de que prueben los hechos pertinentes al caso; pero, es aplicada por el juez cuando toma la decisión, puesto que su finalidad es que el

juez tome una decisión de fondo cuando la prueba no tiene la certeza necesaria para emitir un fallo.

- k. Se aplica en el caso concreto, en la parte de la sentencia en la que los hechos se encuentran en discusión, se examinan las pruebas y se realiza una calificación jurídica de los hechos que se han demostrado.
- l. Tiene independencia: i) del sistema de valoración de las pruebas: libre apreciación de la prueba, valoración con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, etc.; ii) de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes; pero, esto no significa que disminuya la importancia de la carga de la prueba pues su influencia continúa en sus dos aspectos fundamentales que son: guía de la actividad probatoria de las partes y como regla de juicio para que el juez pueda tomar una decisión en lo concerniente a los hechos.
- m. No solo se determina al inicio del proceso sino que con los actos de la demanda y la contestación se puede identificar y distribuir las cargas a todo lo largo del proceso pudiendo cambiar su posición entre cualquiera de las partes, pudiendo aumentar o disminuir la carga de la prueba a quien resulte beneficiado.
- n. Tiene aplicación a cuestiones procesales tales como los incidentes, la justificación por inasistencia a la audiencia que pide pruebas, etc.
- o. Se diferencia del objeto de la prueba, puesto que refiere a lo que se puede probar en general bien sea en un proceso o fuera de él. También, se diferencia del tema o necesidad de la prueba en lo que concierne a los hechos del proceso que vienen a constituir la materia de la actividad probatoria y que deben ser probados por las partes. Con la carga de prueba se indica concretamente los hechos que conforman el tema de la prueba y le dice al juez cómo debe de fallar en el evento de que las pruebas falte, esto es, que en el tema se seleccionan los hechos precisos que deben probarse; pero, con la carga de la prueba se reseleccionan los hechos en los que están interesados cada parte interviniente que establezcan lo que alegan.
- p. Su noción es compleja, puesto que admite un aspecto subjetivo y concreto y otro objetivo y abstracto siendo el mismo tipo de carga de la prueba.

- q. Está consagrada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento de manera expresa o implícita, ya que regulan las facultades del juez y sus deberes que tiene como juzgador y permiten que se pueda dirigir la actividad probatoria de las partes.

1.3 DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Según Hernando Devis Echandía citado por Pérez Garzón, comprende ocho criterios a saber³:

- 1) La carga de la prueba le es impuesta a quien demanda, pero, por una excepción también al demandado

Se asienta en las siguientes máximas:

- i) *Onus probando incumbit actori*: la carga de la prueba le corresponde al actor.
- ii) *Necessitas probando incumbit ei qui agit*: la necesidad de probar incumbe a quien demanda.
- iii) *Actori non probante, reus est absolvendus*: no probando el actor su demanda, deber ser absuelto el demandado.
- iv) *Reus in excipiendo fit actor*: el demandado al plantear una excepción se convierte en demandante⁴.

La doctrina considera que existen hechos que tienen una presunción legal o tienen una naturaleza indefinida que a pesar de ser la base del demandante, no necesita que lo pruebe ya que es al demandado el que tiene que probar lo contrario, en otras palabras, el demandante no debe probar todos los hechos. Por consiguiente, la carga de la prueba no se puede determinar de acuerdo a la condición de demandante o demandado, ya que en el proceso se puede cambiar de acuerdo a los hechos en litigio y teniendo en cuenta su posición de acuerdo a las normas legales que se han citado.

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Santafé: Editorial Rubinzal Culzoni, 1984, Tomo 1. En: PÉREZ GARZÓN, Ibid.

⁴ Ibid.

- 2) En esta teoría la carga de la prueba se impone a quien afirma y releva de ella a quien la niega

Entre otras expresiones latinas, se basa en las siguientes:

- i) *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*: le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega.
- ii) *Affirmanti non neganti incumbit probatio*: a quien afirma y no a quien niega le incumbe probar
- iii) *Negativa non sunt probanda*: los hechos negativos no se prueban⁵.

La distribución de la carga procesal, va del sujeto a los hechos que son objeto de la prueba de acuerdo a si son afirmativos o negativos. Esta tesis ha recibido varias críticas, ya que por simple redacción los hechos pueden ser positivos o negativos o el hecho de afirmarlo o negarlo, no quiere decir que pueda ser o no ser probado puesto que es la naturaleza definida o indefinida la que determina si se exige o no la prueba; sin embargo, tampoco esto es suficiente, porque puede suceder que cualquiera de las partes encuentre la posibilidad de probar los hechos negados o afirmados por ambas. Y puede suceder lo mismo que en el punto anterior, que la contraparte lo niegue y le corresponde probar su negación. De todas formas, esta tesis se considera inexacta porque negaciones pueden probarse.

- 3) Cuando se exige al demandante probar los hechos en los que fundamenta lo que pretende y al demandado en qué se fundan sus excepciones

Sucede algo similar con el primer caso, entonces, la carga de la prueba no puede ser determinada por la condición del demandado o el demandante, puesto que en el proceso se pueden cambiar los hechos y por ende cambiar la posición de los intervinientes tomando en cuenta las normas legales existentes.

- 4) Teoría de regla (normal) y excepción (anormal)

La parte que alega el hecho anormal es quien lleva la carga de la prueba y la que presenta el hecho normal se presume que no prueba los hechos, se aceptan como están. Un hecho normal es el que cumple y respeta la ley, así que cuando se viola este orden el afectado adquiere el derecho a ser reparado, por lo que el demandado tendrá la carga de la prueba, puesto que deberá demostrar que hubo una extinción legal como por ejemplo, una prescripción “*en un proceso de declaración de pertenencia lo normal es que el propietario sea el dueño del bien y*

⁵ Ibid.

*que tenga el uso, el goce y la disposición sobre aquél, y lo anormal sería que ese derecho le haya prescrito a favor del demandante poseedor, en cuyo caso tendrá que probarlo; si el demandado es el poseedor, entonces éste tendrá que excepcionar la prescripción a su favor con su correspondiente prueba*⁶. Esta regla ha recibido críticas porque tanto el juez como las partes manejan un criterio subjetivo y variable, dado que no se puede consagrar en normas jurídicas todos los casos por su naturaleza variable de acuerdo a los principios políticos, jurídicos, religiosos y morales de cada época, por lo que no puede ser una regla general de la carga de la prueba.

5) La carga de la prueba se le adjudica a quien pretenda innovar

Entendiéndose innovar por todo aquello que modifica la realidad. Con esta regla también se manejan criterios subjetivos que dada la naturaleza variable que tienen los principios políticos, jurídicos, religiosos y morales de cada época no se puede consagrar en normas jurídicas por lo tanto no puede ser una regla general de la carga de la prueba.

6) Tesis en la que los hechos presentados en la demanda o en las excepciones qué hechos deben ser probados por cada parte sean afirmados o no

Le corresponde al demandante probar los hechos constitutivos, mientras que al demandado debe probar los hechos impeditivos, es decir, los que impiden que los hechos constitutivos produzcan efectos y los hechos extintivos, esto es, los que extinguen el derecho o los efectos jurídicos por los que se hace la demanda. Pero, en ocasiones la ley cambia esta situación invirtiendo la posición de los intervinientes en el proceso, ya que los hechos no son estables y un mismo hecho puede ser constitutivo, impeditivo o extintivo de acuerdo al efecto jurídico buscado por el que hace la afirmación.

7) En esta tesis cada parte debe probar los supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable

La regla general es “que la carga de la prueba la debe llevar quien resulte favorecido con el efecto jurídico que consagra la norma”, a excepción que haya una confesión o que por hacer parte de un hecho notorio e indefinido no se pida prueba; en otras palabras, las partes involucradas deberán probar los supuestos de la norma que le son favorables, ya sean positivos para que aplique la norma o

⁶ Ibid.

negativos para que no se aplique. De todas maneras, al utilizar estos criterios no existe claridad para la forma de distribuir la carga de la prueba.

- 8) Tesis en la que la distribución de la carga de la prueba se realiza de acuerdo a la posición de las partes intervinientes en relación con el efecto jurídico perseguido

Según Devis Echandía la fundamentación de la carga de la prueba en esta tesis está *“en la posición sustancial de las partes respecto de la norma legal que consagra el efecto jurídico perseguido con su pretensión o excepción”*⁷.

Así las cosas, las dos últimas tesis son las vigentes en la legislación procesal colombiana, contempladas en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil cuando afirma que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

1.4 CASOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El autor ya citado Devis Echandía cita algunos casos tales como⁸:

1. Cuando se cita de forma expresa o tácitamente que no hay personas que tienen el mejor derecho a recibir lo que se pretende: si existe una demanda por alimentos a un pariente de segundo o tercer grado, no tiene la necesidad de probar que no hay otros más cercanos y en el evento que el demandado diga que si los hay, en él recae la carga de probarlo.
2. Carga de la prueba del dolo, de la buena y mala fe, del error, la violencia y la ignorancia: lleva la carga de la prueba quien los invoque para sacar efectos jurídicos favorables. Sin embargo, si una de las partes tiene un cargo de dolo o mala fe, la contraparte no lleva la carga de probarlos.
3. “Carga de la prueba y del caso fortuito o de la fuerza mayor que la exime”: debe demostrar la culpa contractual o extracontractual la parte que la invoque

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

como pretensión o excepción, excluyéndola cuando la ley la presuma. Cuando se trata de la fuerza mayor o el caso fortuito, si es contemplado por la norma como presupuesto para ciertos efectos jurídicos y es reclamada, llevara esta parte la carga de la prueba; pero, si las dos partes se inculpan mutuamente, cada una tendrá la carga de la prueba.

4. La carga de probar el inicio de la obligación o su extinción bien sea por incumplimiento u otra causa: quien lo cita deberá probarlo por ser el postulado de la norma que contempla el efecto jurídico. *“En el caso de las obligaciones de no hacer, existe una excepción a la regla general pues el acreedor demandante debe probar el hecho positivo que viola la conducta, es decir, debe probar que sí realizó lo que no debía, por ser presupuesto para la aplicación de la norma que le otorga el derecho a la indemnización o a la destrucción o suspensión de lo hecho por el demandado, cuando esto sea posible. Si el demandado alega que el no cumplimiento se debió porque existía un plazo o condición o que su cumplimiento fue oportuno por ese motivo, le corresponde probarlo”*⁹. La carga de probar lo contrario deberá ser asumida por la otra parte, cuando se presenta una presunción de cumplimiento o incumplimiento.
5. Cuando existe una excepción de incumplimiento: si la excepción le concierne a una obligación del demandante de dar o hacer algo que no efectuó, el demandado solo tendrá que probar su inicio y al demandante le corresponde la carga de la prueba; en el evento de que la obligación hubiese sido de no hacer, es el demandado el que llevará la carga de la prueba para comprobar el incumplimiento.
6. Las negaciones: la carga de la prueba del hecho negativo no indefinido le corresponde a la parte que busque los efectos jurídicos que se encuentran contemplados en la norma. Sin embargo, cuando hay una negación indefinida, se presenta exclusión de la prueba.
7. La carga de la prueba en las afirmaciones indefinidas: no se exigen pruebas.
8. La carga de la prueba en cuestiones procesales: siempre que al aplicar una norma jurídica procesal que presuma un presupuesto de hecho se debe acudir a la carga de la prueba. Por ejemplo, al demandante le corresponde la carga

⁹ Ibid.

de la prueba cuando *“alegue una nulidad del proceso o un motivo de recusación o una objeción a un dictamen de peritos, o a unos costos, o una tacha de un testigo, o a un documento auténtico”*¹⁰, entre otras situaciones.

9. Cuando hay vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada: si el comprador o arrendatario la reciben sin rechazar nada, entonces les corresponderá probar la existencia de los vicios ocultos cuando lleven a cabo su alegato.
10. Carga de la prueba cuando no se aplican las normas legales supletorias o subsidiarias: “Por ejemplo, cuando se realiza una interpretación de las cláusulas especiales de un contrato, que se encuentren en la ley, la carga de la prueba será para quien alega la estipulación especial o accidental y la interpretación diferente”¹¹. Si una persona reclama la norma supletoria no necesita probar que no hubo pacto en contrario, pero el que reclame es pacto o estipulación especial deberá probarlo.
11. Cuando se necesita probar si los documentos son falsos o auténticos: si el documento es auténtico, la parte que lo niega deberá llevar la carga de la prueba. En caso de que sea falso, quien diga que es auténtico deberá probarlo y no la parte contraria.
12. La carga de la prueba en cuestiones de prescripción bien sea como pretensión o excepción: quien alegue es quien debe probar los hechos que son considerados supuestos para aplicar la norma legal que lo contempla, como por ejemplo, el hecho del tiempo para la prescripción.
13. La carga de la prueba en juicios reivindicatorios, la prueba del dominio y la posesión: en la acción reivindicatoria el demandante debe probar los tres presupuestos de esta acción: el dominio del demandante, la cosa donde se radica tal derecho real y la posesión material de demandado sobre tal cosa. Pero, en el evento que sea el demandado el que alegue por ejemplo la prescripción adquisitiva a su favor, entonces le corresponderá probar este hecho.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

14. La carga de la prueba en los juicios de petición de herencia: el demandante debe probar su título de heredero y la ocupación que ha hecho el demandado de la herencia de acuerdo con el artículo 1321 del Código Civil. Pero, cuando el demandado alega que tiene más derecho, entonces tendrá la carga de la prueba.

15. La carga de la prueba en los juicios de posesión en los que se discute la posesión material: en el evento de una restitución por despojo el demandante es el que debe probar que tenía la posesión antes de que fuese despojado al menos desde hacía un año sin interrupciones y que fue desposeído por el demandado; ya si este último se opone, le corresponderá entonces probar que su posesión lleva más de un año.

16. La carga de la prueba en los juicios ejecutivos y similares: el demandante es quien tiene la carga de la prueba cuando presenta la demanda, demostrando que la obligación es exigible y a su favor y a cargo del demandado. Sin embargo, el demandado puede excepcionar la prescripción de la obligación, por consiguiente le corresponde la carga de la prueba.

17. Carga de la prueba en los procesos de simulación o nulidad de contratos: la parte que reclame a su favor la nulidad o la simulación tiene la carga de la prueba de los supuestos normativos que las configuran.

2. ANÁLISIS DE LA PRIMERA Y SEGUNDA ETAPA DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO

2.1 FALLA PROBADA DEL SERVICIO

Tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo han aplicado este régimen común de responsabilidad estatal, cuyos elementos constitutivos lo componen:

◆ Falta o falla del servicio

Está constituida por el hecho perjudicial que es ocasionado, porque se presenta una violación del contenido obligacional del Estado procedente de textos definidos tales como leyes, reglamentos o estatutos que contienen obligaciones y deberes tanto del Estado como de los ciudadanos, también de los funcionarios, de la función genérica del Estado que se encuentra en la Constitución cuando dice que las autoridades están instituidas para proteger a las personas que viven en Colombia en su vida, honra y bienes, creencias, derechos y libertades para asegurar que el Estado cumple sus deberes sociales y los particulares igualmente (artículo 2º de la Constitución Política de 1991, párrafo segundo). Suele ser un elemento muy importante, porque cuando la persona afectada quiere conseguir una indemnización debe probar que ocurrió una falla, en caso de no poder hacerlo, su demanda será desestimada y no logrará la indemnización. Usualmente, la jurisprudencia reclama que el demandante presente la prueba que debe mostrar cómo se produjeron los hechos, cuándo y dónde ocurrieron.

◆ Perjuicio

Es el detrimento que soporta el patrimonio de la víctima (perjuicio patrimonial). Igualmente, las lesiones que aquejen los bienes extrapatrimoniales que pueden ser un daño moral, fisiológico o alteraciones en sus condiciones de vida que aunque no hayan sido reconocidos por el Consejo de Estado están escondidos (perjuicios extrapatrimoniales).

◆ **Nexo causal entre falla y el perjuicio**

Es la relación directa entre la falla invocada y demostrada y los perjuicios ocasionados y probados.

◆ **Causales de exoneración**

El Estado para probar el rompimiento del nexo causal puede utilizar los siguientes fundamentos:

a) Fuerza mayor

Es un suceso externo imprevisto e impensado de tal magnitud que es poco probable que sea contrarrestado o neutralizado.

b) Caso fortuito

Es un suceso no previsible, pero que ocurre en la situación interna de la actividad del agente.

c) Culpa exclusiva de la víctima

Sucede cuando el daño es configurado por la actuación culposa o dolosa de la víctima. Cuando es exclusiva la culpa de la persona perjudicada el Estado no tiene ninguna responsabilidad. Pero, en el caso de que haya culpa de parte de la víctima y del Estado la responsabilidad sería compartida, se determinaría cuál sería el perjuicio de la víctima en el caso del Estado y se determinaría la indemnización por los daños causados y se presentaría la compensación por la culpa.

d) Hecho exclusivo y determinante de un tercero

Cuando la culpa proviene de un tercero, en este caso es obligatorio que el daño haya sido provocado por su accionar y si no se presenta de esta manera no se establece como causal exonerativa.

2.2 FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO

Este régimen es intermedio entre el sistema de falla probada y los regímenes objetivos, en el cual la entidad que es demandada es la que tiene la mayor carga de la prueba. Surgió, debido a que en muchos casos se negaba la indemnización de los perjuicios debido a que la carga de la prueba era muy exigente para el demandante y muchas veces no podía cumplir lo que requerían, así que el Consejo de Estado empezó a aplicar esta teoría. Los elementos que la constituyen son:

◆ Falla del servicio

La carga probatoria se presume, por tanto, para el demandante es más fácil presentar las pruebas pues solamente debe acreditar.

◆ Perjuicio

El demandante debe demostrar que ha tenido un perjuicio que puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

◆ Nexo causal entre el perjuicio y el hecho de la administración

El demandante es quien debe construir y presentar dicha relación.

◆ Causales de exoneración

- a) Cuando la entidad demandada aclara que las medidas que tomó en el caso fueron realizadas con prudencia y diligencia y por tal motivo no se compromete la responsabilidad.
- b) Cuando la entidad demandada explica que hubo una causa extraña, en otras palabras, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hubo un evento distintivo y concluyente de un tercero.

- c) Cuando es un caso fortuito la entidad demandada debe probar que actuó de manera prudente y diligente, es decir, que el hecho de que sea imprevisto no prueba la ausencia de culpa y no la exime de probar cómo sucedió.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha aplicado este sistema en los casos de responsabilidad del Estado por perjuicios causados por armas de dotación oficial, afirmando que es un caso de presunción de falla, pues de acuerdo con el artículo 2356 del Código civil, la responsabilidad civil en este evento es un caso de presunción de falla ya que este artículo establece una presunción de culpa para quien de forma imprudente dispare un arma de fuego, por lo que en materia de responsabilidad administrativa se trata de igual manera que la civil. También, el Consejo de Estado lo ha aplicado cuando se presentan perjuicios por el servicio médico, puesto que es mucho más fácil para el médico probar que su actuar fue correcto, prudente y diligente mientras que el demandante debe probar que el médico se equivocó, que fue negligente y no hizo su trabajo correctamente, pues es difícil que él pueda calificar la actuación del médico sino se tiene la misma profesión por lo tanto, el Consejo de Estado, cuando se trata de perjuicios por el servicio médico, la falla del servicio se presume y es el médico el que por lo general tiene la obligación de desvirtuar la presunción pues es más fácil que lo haga, que el paciente demostrar la falla; aunque, en los procesos administrativos el Consejo de Estado ha cambiado de posición respecto a la carga de la prueba, unas veces la lleva la entidad prestadora, otras es el demandante u otras equilibra la carga tanto para la entidad demandada como para el demandante, no ha sido estática su posición a través del tiempo, y algunos tratadistas consideran que ha presentado en sus sentencias cuatro etapas a saber:

2.3 ANÁLISIS PRIMERA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: EL PACIENTE DEMUESTRA LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO

PREGUNTA DEL ESQUEMA DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE 1990 A 2011

¿El mal funcionamiento del servicio médico deberá ser demostrado como falla del servicio por el paciente?

La siguiente línea jurisprudencial muestra un breve desarrollo acerca de la falla en el servicio médico en una primera etapa:

1) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 24 de 1990. Radicación número 5902. M.P.: Gustavo de Greiff Restrepo

Problema jurídico planteado:

Ahora bien, ¿quién tiene la carga de la prueba (probar las obligaciones en este caso), en lo que se refiere a un determinado hecho?

Como incumbe probar las obligaciones (en este caso, la indemnizatoria) a quien las alega (art. 1757 C.C. y 177 del C. de P.C.), el actor dentro del proceso tendrá, fundamentalmente, esta carga. Se dice que fundamentalmente porque en el moderno derecho procesal, cuando se habla de carga de la prueba no se está significando quien debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quién no cumplió con el deber sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo quien tiene interés jurídico en que resulte demostrado un determinado hecho¹².

Y se pregunta el Consejo de Estado, la carga probatoria qué límite, el cómo y hasta dónde tiene para el demandante y se expresa en los siguientes términos:

...

Pero, ¿cómo y hasta dónde, hasta qué límite llega esa carga? El cómo lo señala el Código de Procedimiento Civil normando, regulando la forma de aducir la prueba e indicando la especie probatoria adecuada (testimonial, documental, pericial, etc.) y su valor (también aquí, el moderno derecho procesal ha evolucionado y ha sentado el principio de la libre evaluación o apreciación de la prueba por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En nuestro derecho positivo, por ej. el Código de Procedimiento Civil, art. 187 y el Código Contencioso Administrativo, art. 168, han acogido este postulado). El Límite estará determinado, en cada caso, por la naturaleza misma del hecho a demostrarse sin que se olviden naturalmente, las reglas especiales que el legislador haya establecido¹³.

Igualmente, el Consejo de Estado cuestiona cuándo un servicio funciona mal, no funciona o lo hace tardíamente:

¹² Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 24 de 1990. Radicación número 5902. M.P.: Gustavo de Greiff Restrepo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}

¹³ Ibid.

...

¿Pero cuándo un servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente? Pues, responde la Sala, cuando debiendo operar, para alcanzar un determinado fin (f. gr. proveer de agua potable a los asociados) o con un cierto propósito (v. gr., impedir una asonada), éstos no los alcanza o no lo hace en forma que ellos puedan conseguirse o lo hace a destiempo o, finalmente, no opera. (En realidad, todas esas maneras pueden reducirse a una mala operación; cuando un servicio no opera a tiempo, opera mal, como sucede también cuando no opera o cuando se desvía del fin para el cual está establecido).

Se ha dicho que "cuando debiendo operar" para significar la necesidad de que exista o una norma legal reglamentaria que establezca la función o el hecho de que ésta haya sido efectivamente asumida por el ente administrativo a quien se le achaca su mala operación.

También se dice que funciona mal el servicio cuando no alcanza el fin o propósito perseguido con él, porque no puede concebirse un servicio establecido por la ley o los reglamentos o asumido de hecho por quien lo presta, sin una finalidad, sin un objeto.

Ahora bien, lo anterior no quiere significar que el elemento culpa esté ausente de la responsabilidad por falla del servicio. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer¹⁴.

Hace notar el Consejo de Estado que la administración debe ser la más interesada en demostrar que no hubo negligencia en el servicio:

...

En lo que no hay claridad absoluta es en sí esa negligencia o descuido debe demostrarse o si ella resulta inferida de la presencia de la falla misma.

Para la Sala si bien la falla habla por sí misma, ello no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligente de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condenas del caso.

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

¹⁴ Ibid.

administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos¹⁵.

Pero, también el Consejo de Estado, considera que el demandante deberá probar que hubo un mal funcionamiento del servicio:

...

En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño. (El hecho de tercero se subsume en el concepto de fuerza mayor por cuanto aquél sólo exonerará de responsabilidad, tanto en el campo civil como en el administrativo, cuando reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad propias de la fuerza mayor)¹⁶.

En esta sentencia el Consejo de Estado establece una diferencia entre responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta:

e) Precisa ahora la Sala que la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, radica entonces, en que en la primera especie el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control¹⁷.

El Consejo de Estado, afirma que por más que una intervención quirúrgica sea sencilla, implica un riesgo, por tanto deberá tomarse todas las precauciones pertinentes que permitan una mayor seguridad para el paciente:

Lo anterior indica que a la lesionada, no se le practicó el más mínimo examen antes de ser sometida a la operación. Este hecho, en consideración de la Sala merece especial análisis

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

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.

...

De esta forma, al comprobarse por la declaración del médico mismo que a la lesionada no se le practicó el examen preanestésico, que por lo general consiste en información verbal simplemente, lo cual de por sí excluye que se tratara de un examen especializado de muy alto costo, la Sala no puede menos que declarar que está 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 (fis. 85, 98, 100, C.4).

Con lo anterior no quiere significarse que si se hubiera demostrado la práctica del examen mencionada por ese sólo hecho se exculparía la administración (pues otras precauciones también hubieran debido tomarse) sino que lo que se pone de presente es que la falta de dicho examen ya muestra que no se tuvo la diligencia y cuidado debidos¹⁸.

Así pues, la Sala afirma que hubo falta de diligencia y cuidado y por tanto se presentó una falla en el servicio médico:

...

Aplicando los principios generales atrás expuestos por la Sala, debe decirse 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.

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 no 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 acomodamiento¹⁹.

¹⁸ Ibid.

En consonancia con lo anterior, la Sala encuentra probada la responsabilidad administrativa por falla del servicio médico, y por consiguiente, confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá y reconoce los perjuicios morales y materiales solicitados por la demandante. Y al respecto afirmó:

....

FALLA DEL SERVICIO MEDICO / DAÑO / CULPA

El descuido o negligencia en que consiste la culpa no es demostrable sino por sus manifestaciones externas, es decir por el acto que causa el daño, que como producido por un ser humano debe presumirse que es el resultado de una elección que se presentó al sujeto entre realizarlo o no y que desde el momento, en que escogió ejecutarlo debe ser imputable, es decir debe responder por sus consecuencias, que no son otras que la reparación del daño. Si a la paciente no se le practicó el examen previo y si no se probó que se tomaron las precauciones previas y concomitantes indicadas por el mismo fabricante de la droga (xylocaína) 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 la que hubo falta de diligencia y cuidado, por parte de los agentes de la administración y concomitante, que se presentó una falla del servicio²⁰.

2) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1991. Radicación número 6243. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo

Problema jurídico planteado

Falla en el servicio médico de parte de la Policlínica de la Policía Nacional:

"En este orden de ideas, se advierte que el demandante basa la falla en el servicio en el comportamiento irregular del doctor Castellanos Durán la noche del 29 de mayo de 1986, así como el sulfato de cobre que como vomitivo le suministró el enfermero de turno de la policlínica de la ciudad de Bucaramanga al agente Pedro Jesús Medina Suárez, antes de que hubiera sido trasladado a la Clínica Bucaramanga de dicha ciudad"²¹.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1991. Radicación número 6243. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

El Consejo de Estado, considera que la falla del servicio está bien probada en el expediente, así:

...

Para la sala esa falla del servicio resultó bien probada dentro del expediente. El agente llegó en busca de asistencia médica a la clínica señalada por la organización del servicio para ese efecto. Y pese a haber ingresado con intensos dolores abdominales, ictérico, febril y con otros síntomas alarmantes, el médico disponible y llamado para el efecto, el doctor Cairo Castellanos Durán no solamente se negó a acudir a la clínica, pese a las varias llamadas que se le hicieron con disculpas impropias de quien desempeña una profesión como la medicina, sino que descargó su rabia contra el enfermero que angustiosamente lo requería, tratándolo soezmente. Y si a lo anterior se suma que ante tal ausencia se la había asignado esas responsabilidades, para las horas nocturnas, a un lego, se pone de presente todavía más dicha falla. Falla que también se descubre con el tratamiento inadecuado que el enfermero Bernal B. le dio al paciente al suministrarle sulfato de cobre como hermético, sin saber el estado de salud que presentaba e ignorando las consecuencias que podía producir dicha droga.

Aunque se ignora la dosis que le suministró (los dos médicos declarantes hablan de que el sulfato de cobre sólo es tóxico en cantidad exagerada) el acervo probatorio permite inferir que no fue una dosis inocua, dados los síntomas alarmantes que manifestó el paciente después de su ingestión y su desenlace final.

Además del informe que el mismo enfermero rindió dentro de la investigación disciplinaria se desprende que no fue la cantidad apropiada, ya que éste olímpicamente declara: "En vista de que no mejorara le coloqué hielo abdominal, le di agua y le preparé un vomitivo con sulfato de cobre, posiblemente se me fue la mano y llamé de inmediato a la Estación 100 para que llamaran al médico Cairo". "El mencionado doctor me llamó por teléfono a las 23:00 horas todo enfurecido, diciéndome que porque "putas" tenía que llamarlo a él que él no era el único "marica" para estar atendiendo a todo "verraco" que se enfermara. Le comuniqué que como él era (sic) médico jefe era (sic) su obligación, después de regañarme un rato me ordenó que le colocará una dextrosa, otro, calmante y una ampolla de Plazil (ilegible) lo cual le aplique."

Este informe fue luego ratificado con testimonio que obra a folio 149 y ss. Allí dice que no había, médico de turno cuando llegó el paciente; que por teléfono le contó al Dr. Cairo sobre el estado del paciente y sus deseos de vomitar; que el indicado profesional le dijo que no le molestara, que le diera cualquier cosa, ante esto "busqué en los haberes que habían allí en la clínica y encontré sulfato de cobre, le di una pequeña porción"...y que el paciente siguió peor²².

Además, el Consejo de Estado menciona el hecho de que el paciente fue tratado de forma poco humana e irresponsable:

²² Ibid.

...

Que debió practicarse un dictamen pericial y acompañarse la necropsia correspondiente, anota asimismo el a - quo. También es cierto y quizás habría sido lo más aconsejable para salir de dudas. Pero, no constituirán esos testimonios de médicos, enfermero y familiares, unidos a los documentos, indicios serios de lo que se hizo y no se hizo con el paciente, el que fue tratado en forma irresponsable y deshumanizada y como si a nadie le importa su suerte²³.

Y se presenta la falla del servicio médico en relación de causalidad:

Para poner en evidencia la falla del Servicio probó no sólo la conducta negligente y anti - ética del médico obligado a la atención del paciente y la torpeza del enfermero que lo trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera, sino que también demostró el suministro de una droga potencialmente tóxica como es el sulfato de cobre. No era necesario probar (la parte actora) que la dosis fue excesiva y que por eso y sólo por eso ocurrió el deceso. Incumbía a la parte demandada demostrar que la dosis suministrada fue tan pequeña que en ninguna forma pudo desencadenar el síndrome hepatorenal que causó la muerte del agente. Es posible colegir que hubo relación de causalidad entre el suministro del sulfato de cobre y el desarrollo del síndrome hepatorenal mencionado como causa de la muerte²⁴.

Finalmente, el Consejo de Estado revocó la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander y declaró culpable a la Nación (Ministerio de Defensa Policía Nacional) de los perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte del agente.

3) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 7 de 1991. Radicación número 6367. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo

Problema jurídico planteado

Sobre la inexistencia del vínculo causal entre la prestación del servicio y la muerte de la señorita Buriticá, circunstancia también alegada como excepción por la demandada, la sala estima que aunque en estricto sentido procesal no tenga esta característica, su estudio se entiende subsumido en el análisis de los supuestos de la responsabilidad²⁵.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

El Consejo de Estado hace hincapié en la ineficiencia del servicio médico estatal y la indolencia burocrática oficial en detrimento del derecho a la salud de los pacientes:

...

La falla del servicio se puso en evidencia y la conducta del Instituto frente a este doloroso caso pone de presente una vez más la ineficiencia del servicio médico estatal, el que ha venido perdiendo su razón de ser en la maraña de la burocracia y ante la mirada indolente oficial.

Es increíble que en un centro de tanta importancia como Armenia un paciente de urgencia no encuentre un médico especialista que lo atienda pronto y ni siquiera un médico general que le preste sus primeros auxilios; que cuando se le encuentra, tres horas más tarde (¿no había o estaba dañado el buscapersonas?), ordena una operación de urgencia que no se le puede practicar por falta de sangre, anestesiólogo y bisturí eléctrico; que se remite a otro hospital de la ciudad, supuestamente mejor dotado, en el que tampoco se le puede hacer nada por iguales carencias; que debe enviársele a otra ciudad, en su grave estado, para que fallezca en la sala de cirugía.

Y que, por contera, el mismo Instituto quiera poner en duda su responsabilidad y defender su conducta con arandelas legales. Francamente, por eso el país está como está: destruido, desmoralizado, anticristiano e indolente. Quizás por eso la defensa apela a las minucias irreales: un día de caducidad, una incompetencia territorial porque la paciente terminó muerta en Pereira; una delegación que, dizque no es delegación²⁶.

El Consejo de Estado menciona el hecho de que no cuestiona el servicio médico oficial en que tiene una obligación de resultado, sino en la obligación del servicio médico frente al paciente que es de medio:

...

La sala al confirmar la decisión del a-quo quiere recalcar, para evitar equívocos, que cuando cuestiona el servicio médico oficial no parte del supuesto de que en éste va envuelta una obligación de resultado. No podría aceptar, entonces, vbgr. que en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico. No, la obligación de éste frente a su paciente es de medio; vale decir, que éste cumple a cabalidad y no compromete su responsabilidad ni la del ente a que pertenece, cuando pone a disposición de aquél toda su ciencia y los medios adecuados, aconsejables y oportunos que la infraestructura del servicio debe poseer.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 7 de 1991. Radicación número 6367. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

²⁶ Ibid.

Y en el caso sub-judice se puso de presente que esa obligación de medio fue flagrantemente incumplida. La paciente ingresa a urgencias, consciente y orientada pese a su traumatismo craneano, a eso de las 7.30; nadie la atiende médicamente; pasan las horas, más de tres, sin poder localizar al neurocirujano (no había o no funcionó el buscapersonas o no había teléfono); el neurocirujano ordena inmediatamente la intervención quirúrgica, la que no puede cumplirse por falta de anestesiólogo y de un bisturí eléctrico; se remite al Hospital de Zona y allí tampoco se puede hacer nada por carencia de los más elementales medios. Pasa el tiempo y a las 5 horas fallece en el Hospital de Pereira. Más inoportunidad y negligencia es imposible de detectar.

Si esto no es falla del servicio, habría que afirmar que esta figura jurídica no existe en el derecho colombiano. La falla no sólo se da cuando el servicio no opera, sino que se produce cuando funciona mal o tardíamente²⁷.

Y reitera el Consejo de Estado que hubo falla del servicio médico y no existe una excusa plausible para liberar a la entidad demandada de su obligación, pues se confirma la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío y al pago de perjuicios morales:

...

Para la sala, entonces, apoyada en el dictamen pericial médico que obra a folios 21 y 23 y 34 a 36 del C. No. 3 y en las declaraciones de los médicos que en una u otra forma tuvieron que ver con el caso, no existe duda alguna que el servicio falló en forma notoria y que esa falla fue causa de la muerte de la señorita Buriticá y de los perjuicios que reclaman los damnificados.

Quiere la sala insistir en dos aspectos: La falla no se imputa por la intervención quirúrgica que se hizo en Pereira. Era la única salida y nadie ha dicho y menos probado que la operación estuvo mal ejecutada. De allí que todo ocurrió en Armenia y fue en ésta donde se puso de presente la protuberante falla del servicio que se imputa al Instituto.

Tampoco sirve de excusa lo afirmado en el sentido de que la lesión era necesariamente mortal. Y no sirve porque las pruebas muestran que adquirió ese carácter por falta de atención oportuna y adecuada y porque, y esto es elemental, la obligación médica estaba en prestar toda la atención posible y oportuna y esto no se dio.

Lo expuesto muestra que la sentencia deberá mantenerse en su integridad, con la única salvedad relacionada con la demandante Juliana Buriticá Muñoz, ya que la prueba que le sirvió de apoyo al tribunal para su inhibición, fue oportunamente corregida.

No comparte la sala la apreciación de la fiscalía cuando estima que la condena se debe disminuir o compensar, porque en la ocurrencia del hecho intervino un tercero (el ciclista). Y no se comparte porque cuando se da este fenómeno, no se produce una compensación, sino la concurrencia de sujetos responsables y solidarios por el daño causado, o la exoneración de responsabilidad cuando el hecho del tercero sea la causa única de dicho

²⁷ Ibid.

daño. En cambio, la compensación, como lo ha dicho en repetidas veces esta Sala, se da cuando concurre la falla del servicio con la culpa de la víctima y la de ésta no es exclusiva²⁸.

¿El mal funcionamiento del servicio médico deberá ser demostrado como falla probada del servicio por el paciente?

Esta primera etapa se presentó en las providencias del Consejo de Estado, antes de 1992, cuando la persona argüía que había sufrido un daño porque el Estado había actuado irregularmente en la prestación del servicio médico y debía demostrar lo que pretendía, esto es, que existía una falla probada del servicio. Si el demandante no probaba que hubo la falla de parte de la entidad demandada, ésta era declarada exenta de los cargos que se le imputaban y les negaban a los pacientes y/o su familia las pretensiones que hubiese formulado. El peticionario era obligado a probar todos los elementos que conformaran la responsabilidad que tenía la Nación, bien fuera porque no funcionó o lo hizo tardíamente o de manera irregular, no prestando el servicio en las mejores condiciones que lo permitía la infraestructura de la entidad de acuerdo con la dolencia que el paciente presentaba, sino utilizaron bien los equipos con los que contaban o hubo deficiencias en la atención por parte del personal médico o paramédico. Por lo que la conducta que bien no se cumplió o se omitió causó un daño al usuario y así llevó a comprometer la responsabilidad de la entidad estatal a quien le prestaba el servicio y así hubo una relación de causalidad entre el paciente y la entidad estatal.

A través del estudio de las anteriores sentencias, se puede apreciar la posición del Consejo de Estado que le exige al demandante probar que la entidad estatal cometió tal cúmulo de errores que llevó al fallecimiento o perjuicios del paciente.

²⁸ Ibid.

2.4 ANÁLISIS SEGUNDA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: LA ENTIDAD ESTATAL DEBE DEMOSTRAR QUE SU ACTUACIÓN FUE CORRECTA, RESPECTO A LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS

PREGUNTA DEL ESQUEMA DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE 1992 A 2011

¿El mal funcionamiento del servicio médico deberá ser desvirtuado por la entidad prestadora del servicio médico o la entidad estatal?

La siguiente línea jurisprudencial muestra un breve desarrollo acerca de la falla en el servicio médico en una segunda etapa:

1) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 1992. Radicación número 66255. M.P.: Julio César Uribe Acosta

Problema jurídico planteado:

Obligación de medio de la entidad demandada.

La Sala del Consejo de Estado manifestó que aunque no hubo autopsia del paciente, la secuencia de los hechos prueba que el deceso se produjo y la atención que recibió el enfermo no fue cumplida:

"La Sala examinó detenidamente las numerosas pruebas aportadas al proceso y con fundamento en el análisis que de ellas se hizo se determinó lo siguiente:

"Si bien es cierto que no existió autopsia, en el caso del paciente OSCAR PEDRAZA, la secuencia de los hechos permite afirmar que el deceso se produjo como síndrome de broncoaspiración que determinó el cuadro de una neumonitis bilateral con insuficiencia respiratoria y shock irreversible.

...

D) De la valoración de los hechos que se dejan descritos la Sala concluye que la OBLIGACION DE MEDIO, que estaba a cargo del Instituto de Seguro Social de Santander, y que éste pretendió cumplir con la atención que se brindó al enfermo en la CLINICA BUCARAMANGA, no se cumplió, por las siguientes razones:

1 o.) Porque entre las ocho de la noche del día ocho de octubre de 1986, y las 14:00 horas del día nueve del mismo mes y año, no se le brindó al paciente ninguna atención médica seria y adecuada, no obstante la gravedad de la enfermedad, que se vivenciaba con la sintomatología que tenía. El Dr. Josué Higuera Páez, quien lo trató inicialmente, se limita a decir que en la primera noche "... se le quitó toda vía oral, se aplicaron líquidos parantelares y antiespasmódicos..." y que al amanecer del día siguiente encontró "ALGO DE DISTENSION ABDOMINAL" habiendo ordenado su traslado a Bucaramanga, pues le parecía que se estaba estableciendo "UN ABDOMEN AGUDO". Pero resulta que el tratamiento con antiespasmódicos, en casos como el presente, no es ni adecuado ni aconsejable²⁹.

Por otra parte, el Consejo de Estado considera que existía llamamiento en garantía y falla del servicio médico porque existía una obligación de medio de la entidad demandada.

...

LEGITIMACION POR PASIVA / LLAMAMIENTO EN GARANTIA

La falla del servicio en que incurrió la Clínica Bucaramanga, es inseparable de la del ISS de Santander. La ausencia, defecto o mal funcionamiento de la primera, en la atención del personal afiliado, que le es enviado por éste para atención médica, etc., es su propia falla, y por lo mismo, debe responder del pago de los perjuicios causados. De lo contrario, le bastaría a los organismos oficiales contratar los servicios con terceros para exonerarse de sus propios deberes jurídicos. La administración tiene la posibilidad de llamar en garantía a la persona natural o jurídica con la cual contrató los servicios.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO / FALLA DEL SERVICIO POR RETARDO / OBLIGACION DE MEDIO

La obligación de medio que estaba a cargo del Instituto de Seguros Sociales de Santander y que éste pretendió cumplir con la atención que se brindó) al enfermo en una clínica, no se cumplió, entre otras razones porque se dejó por mucho tiempo al enfermo sin atención médica alguna y se procedió a operar al paciente sin la paciencia sin la asistencia de un neumólogo. La obligación del médico, sin ser de resultado, se cumple proporcionando al paciente cuidados concienzudos, atentos, y conforme a los datos adquiridos de la ciencia. La responsabilidad se da, en el caso en comento, por retardo en la prestación del servicio³⁰.

Igualmente, revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, condenando a la entidad estatal, por lo que debía pagar perjuicios morales a las personas demandantes.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 1992. Radicación número 66255. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

³⁰ Ibid.

2) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 24 de 1992. Radicación número 6754. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo

Problema jurídico planteado:

El servicio médico del I.S.S. no funcionó adecuadamente y se produjo la muerte de la paciente.

El Consejo de Estado, menciona que en el expediente se consignó el mal funcionamiento que existió en la atención de la paciente:

...

En parte alguna aparece la prueba que la víctima recibió una esmerada atención, sujeta a los más rigurosos cánones de la ciencia médica, y que pese a ello murió.

Por el contrario el expediente muestra que el servicio no sólo funcionó mal sino increíblemente mal como pasa a explicarse:

En primer término, porque pese al diagnóstico médico de que una tercera cesárea revestía por esa sola razón riesgo obstétrico establecido, no se le practicó en el Centro Unidad Programática Institucional que contaba con mayores medios y recursos, sino en una unidad auxiliar o intermedia. Aquí se pregunta la sala, ¿por qué las dos primeras se le practicaron en dicho Centro y no la tercera, obviamente la más delicada? ¿Por qué se le operó en Las Palmas, si allí no existían todos los medios adecuados?

En segundo, porque pese a estar señalada la operación para el día 5 de marzo a las 2 y media, nada se había dispuesto; y si se cumplió horas más tarde no fue en cumplimiento de ese programa, sino por haberse agravado repentinamente la paciente. Como es obvio, por falta de programación no se tomaron las medidas necesarias, aconsejables y adecuadas para cubrir el riesgo obstétrico establecido y como consecuencia de ello advino el deceso. Obsérvese, que en los registros y programas de dicha semana no aparece siquiera el nombre de la señora Yomaira Bermúdez (ver inspección judicial a folios 51 y siguientes C.#2)³¹.

³¹ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 24 de 1992. Radicación número 6754. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

Además, la Sala del Consejo de Estado hace una aclaración acerca del manejo de la carga de la prueba, así:

...

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

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

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, 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.

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

En tercer lugar, por qué no se demostró que, pese al estado que presentaba la paciente (especialísimo por el peligro que encerraba el tercer embarazo y parto por cesárea por el sangrado pre a que hizo referencia el Doctor Gutiérrez), hubiera recibido el necesario y adecuado cuidado entre las 8 y media de la mañana del 4 de marzo (fecha de ingreso por fuertes dolores abdominales) y el 5 a las 4 p.m. cuando se le practicó la primera operación. En cuarto lugar, por qué pese al postoperatorio que tuvo la paciente, con abundante sangrado, sólo fue remitida a la Unidad Programática Institucional (centro mejor dotado desde el punto de vista médico) varias horas después a eso de las 9 p.m., para que se le detuviera la hemorragia por medios quirúrgicos (histerectomía abdominal); lo que dio por resultado la aplicación de anestesia por dos veces consecutivas en menos de 12 horas; mediando la circunstancia que ni siquiera existía suficiente provisión de sangre para las transfusiones requeridas.

El recuento anterior muestra una vez más el cuadro de postración a que ha llegado el servicio médico oficial. El asunto revela una dolorosa realidad y una notoria ineficiencia en el citado servicio, el cual es deshumanizado y frío y clama más que por un cambio de

infraestructura (que también la requiere a gritos) por un cambio de alma, de moralidad y aún de mentalidad.

Lo procedente da a entender que el fallo será revocado. El tribunal no quiso ver más allá de lo que declararon los médicos del I.S.S., obviamente interesados en cubrir con tierra otro nuevo desierto.

La sala se orientó, fuera de lo que muestra el expediente, en los conceptos fiscales de primera y segunda instancia, los que revelan estudio y buen sentido de justicia³².

Y aclara lo anterior, manifestando que:

Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración sino sólo el daño antijurídico, produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad. La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende. En los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado. En estos eventos se mira más el daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial³³.

Por consiguiente, el Consejo de Estado, revocó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico y declaró culpable al Instituto de los Seguros Sociales por la muerte de la paciente y lo condenó al pago de perjuicios morales y materiales a sus deudos.

3) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 5 de 1992. Radicación número 6817. M.P.: Daniel Suárez Hernández

Problema jurídico planteado:

³² Ibid.

³³ Ibid.

Demanda por falla en el servicio por daños sufridos por la paciente debido a una intervención quirúrgica.

En la demanda la paciente afirma que debido la intervención quirúrgica se le produjo una parálisis facial que le provocó problemas de índole anímico, laboral y económico. Así que la Sala del Consejo de Estado, señala que:

...

De los hechos anteriormente relacionados y demostrados, la Sala infiere, sin lugar a dudas, que la parálisis facial que soporta la demandante, fue consecuencia de la intervención quirúrgica a que fue sometida en el Instituto Nacional de Cancerología por remisión que de ella hiciera la Caja de Previsión Social de Bogotá. Esta deducción, empero, no significa que la lesión facial haya sido resultado necesario de una falla en el servicio médico quirúrgico del Instituto mencionado.

Precisamente, como la responsabilidad administrativa reclamada se fundamenta en una falla o falta del servicio, corresponde a la parte actora demostrar que aquél no se había prestado, o se brindó en forma deficiente o inadecuada. Tal comportamiento probatorio no cumplió su cometido, pues apenas acreditó que la intervención quirúrgica se había efectuado y que como secuela de la misma había sufrido la demandante la parálisis facial.

...

Agréguese a lo anterior que la referida operación no es tan " simple " como la plantea la parte actora, porque no todos estos casos son idénticos, el manejo del nervio facial y sus ramificaciones cuando se adhiere al tumor mismo, la llamada divulsión de las fibras, las variaciones anatómicas etc., son circunstancias que dificultan este tipo de intervención que por regla general ocasiona parálisis facial, pasajera o permanente, y de ahí que se constituya en un riesgo normalmente asumido en esta cirugía, la que además consistía en el único tratamiento indicado para el tumor que afectaba a la demandante, cuya naturaleza benigna o maligna no estaba con seguridad determinada, pues para lograrlo se requería un estudio patológico que solo al extirparlo se podía efectuar.

En este orden de ideas, al no existir en el proceso prueba alguna que permita cuestionar la idoneidad y capacidad profesional de los médicos y paramédicos que intervinieron en la referida operación, o que dé lugar a censurar las técnicas y procedimientos utilizados, o que demuestre insuficiente sepsis, instrumental inadecuado, condiciones clínicas inaceptables, etc., mal podría la Sala declarar probada una falla o falta del servicio médico de la Caja, o del Instituto Nacional de Cancerología, con base en las solas afirmaciones e hipótesis consignadas en la demanda y alegatos de la actora. De ahí que resulta acertada la conclusión del a quo en este mismo sentido y, por consiguiente, proceda su confirmación³⁴.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 5 de 1992. Radicación número 6817. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

Por consiguiente, la Sala del Consejo de Estado considera que hubo insuficiencia probatoria que acredite la falla del servicio médico afirmando:

...

La Sala en el caso bajo estudio observa una ostensible insuficiencia probatoria para acreditar la falla del servicio y, por el contrario, el proceso deja ver que los servicios administrativo, médico y clínico fueron idóneos y que la intervención se desarrolló en condiciones normales y sin complicaciones. En tales condiciones, mal podría calificarse el procedimiento quirúrgico por los resultados del mismo, cuando, en principio, la obligación profesional del médico es de medio y no de resultado, y por consiguiente, para comprometer su responsabilidad se hace necesaria la demostración de que dentro de un ámbito normal de conocimiento y en un medio quirúrgico igualmente normal, el profesional incurrió en grave error originado en una actuación negligente, irresponsable y descuidada. Ya se advirtió que en tal sentido no existe comprobación procesal.

Ahora bien, como la responsabilidad que la actora endilga a las entidades oficiales demandadas se fundamenta en el régimen de la falla del servicio, y como se ha establecido que en el sub - judge este elemento no fue acreditado, se impone concluir que no se estructura la responsabilidad de la administración, y consecuentemente, que no hay lugar a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, confirmándose así lo decidido en el fallo apelado³⁵.

4) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 30 de 1992. Radicación número 6897. M.P.: Daniel Suárez Hernández

Problema jurídico planteado:

“... Corresponde a la Sala establecer si en el caso bajo estudio se dio la falla del servicio planteada por el actor como fundamento de sus pretensiones o, si por contrario, fue acertada la decisión recurrida en cuanto absolvió al ente demandado porque consideró que no se había acreditado la aludida falla de la administración”³⁶.

³⁵ Ibid.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 30 de 1992. Radicación número 6897. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

El Consejo de Estado, analizó el tipo de cirugía realizada y el proceso llevado a cabo por el médico tratante y la institución, respecto al manejo de la misma, considerando la Sala, que el médico no hizo lo suficiente y por ende se presentaron complicaciones que llevaron a la demanda por falla del servicio médico:

...

Para la Sala, el comportamiento médico quirúrgico asumido por el Instituto de Seguros Sociales frente al demandante Ramírez Morales debe analizarse y valorarse haciendo una clara separación entre los objetivos previstos y estudiados de la cirugía encaminada a conseguir la reparación de las lesiones auditivas y el procedimiento que se siguió sobre el nervio facial para que éste resultare lesionado. En torno del primer aspecto 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.

Diferente es la situación en cuanto se relaciona con la parálisis facial que sobrevino al demandante como secuela del procedimiento quirúrgico. En efecto, de acuerdo con el historial clínico - probatorio el señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales antes de ser intervenido quirúrgicamente no presentaba lesión del nervio facial. 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, entre ellas, una posible, dada la localización del campo operativo, la de lesionar el nervio facial y los efectos físicos y psicológicos que le sobrevendrían, así como las posibilidades ciertas de recuperación, período de la misma, etc., que le permitieran al enfermo disponer con entera libertad e independencia sobre su salud personal y futura.

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.

Estima la Sala que para cirugía de esta naturaleza, en las que puede resultar comprometido el nervio facial, se requiere una especial conducta quirúrgica, complementada igualmente con un instrumental y equipo especial de cirugía que le facilite la labor al cirujano y, por consiguiente, le garantice en alto porcentaje un resultado favorable para el paciente.

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, lo cual generó, como era apenas natural, que la lesión

de dicho nervio tomara al cirujano desprevenido y lo llevara a cumplir su labor en torno del facial sin los aditamentos, sin la preparación y sin los estudios previos para enfrentar las complicaciones quirúrgicas que surgieran, como en efecto surgieron al seccionarse totalmente el facial derecho con los resultados conocidos, frutos de una conducta imprudente y contraria al buen sentido que debe regir el ejercicio de la medicina, esto sin contar con la situación sicofísica del paciente cuya confianza no sólo en el cirujano, sino en los servicios médicos oficiales se vio burlada e irrespetada al someterlo a un riesgo quirúrgico para el cual no había sido examinado, ni preparado, mucho menos advertido³⁷.

Así las cosas, dice el Consejo de Estado, por norma general el demandante deberá demostrar los hechos y cargos referentes a la demanda. No obstante, existen eventos en los cuales al ciudadano común le es más difícil probar los hechos científicos de una intervención médica por ejemplo, por tanto, es más fácil y práctico que los médicos puedan exonerar su responsabilidad e igualmente la de los centros clínicos en los que se encuentra el paciente:

...

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

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

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

³⁷ Ibid.

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

...

En el caso que es objeto de análisis, ha debido entonces, el ente demandado acreditar que frente al procedimiento quirúrgico que seccionó el nervio facial se habían adoptado las medidas de precaución anteriores, tales como exámenes y análisis del paciente encaminadas a la prevención de la lesión de dicho nervio o, por lo menos, haber enterado al paciente Ramírez Morales de la situación comprometida de aquel, sus complicaciones y consecuencias dañosas, con miras a que el enfermo participara en la decisión de un acto quirúrgico que afectaría su futuro estado físico y emocional. Ante la omisión probatoria que en tal sentido se observa por parte del Instituto de Seguros Sociales resulta evidente para la Sala la falla del servicio que a la larga originó los perjuicios materiales y morales causados a Gustavo Eduardo Ramírez Morales y a su esposa, en una situación tal de conexidad que sin aquella los daños no se hubieran ocasionado. Se dan pues los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual administrativa y así, lo declarará la Sala en esta providencia.

Ahora bien, como se precisó anteriormente en este mismo fallo, los antecedentes consignados en la historia clínica del actor enseñan que a pesar de la delicada lesión diagnosticada radiológicamente desde octubre de 1986, el paciente se abstuvo de concurrir a exámenes y consultas de control hasta el año 1988 cuando dada la gravedad de su lesión se hizo necesario intervenirle quirúrgicamente. Sin duda alguna el comportamiento omisivo de Gustavo Eduardo Ramírez Morales repercutió en la agravación de su enfermedad, permitió el proceso infeccioso y, consecuentemente facilitó las dificultades para adelantar el tratamiento de cirugía a que se sometió y que culminó con la parálisis facial del lado derecho. En tales condiciones, 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.

Para efectos de liquidar el monto de los perjuicios causados a los demandantes, se toman en consideración dos aspectos : uno, el que se refiere al porcentaje de culpa atribuible al actor (20%) y, otro, la valoración de su incapacidad laboral cuya disminución fue establecida por Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en un 15%³⁸.

En este sentido, el Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, declaró administrativamente responsable al Instituto de los Seguros Sociales en un 80% y lo condenó a pagar perjuicios morales y materiales al paciente. La entidad fue responsable en un 80% porque el demandante no tuvo desde el principio de su enfermedad el debido cuidado entonces su culpa fue valorada en un 20%.

³⁸ Ibid.

5) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 7 de 1993. Radicación número 7715. M.P.: Daniel Suárez Hernández

Problema jurídico planteado:

Falla del servicio médico de parte de la entidad demandada.

“Jaime Moncada Marín, se encontraba hospitalizado en el Seguro Social (Clínica Pío XII) de Pereira, para tratamiento de una lesión de la columna cervical, cuando sufrió una crisis convulsivo que ocasionó su caída del lecho de enfermo al suelo, a cuya consecuencia recibió una "luxofractura cerrada a nivel del hombro derecho", generadora de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante”³⁹.

Para la Sala del Consejo de Estado, la lesión del paciente fue probada por las diferentes informaciones procesales, por testimonios médicos con lo que se demostró la falla en el servicio médico prestado por la entidad demandada:

...

Para la Sala la lesión **padecida** por el actor, si bien no fue probada directamente en su ocurrencia, es factible deducirla de las distintas informaciones Procesales, especialmente de la historia clínica, en donde el ortopedista y cirujano tratante consignó que "Estando en el servicio presentó crisis convulsivo con pérdida del conocimiento y caída haciéndose una luxofractura a nivel del hombro derecho..... así mismo los Jefes del área de Salud Ocupacional y de la División de Salud, aluden a que el Actor "... presentó crisis convulsivo, con pérdida del conocimiento y caída".

Adicionalmente se hallan en el proceso distintas referencias médico testimoniales que permiten afirmar, como lo hizo el a – quo - que la crisis convulsiva no era de tan extraña ocurrencia en el departamento de neurología, como para no prever la situación de Moncada Marín y prestarle oportunamente los mecanismos de prevención, adecuados, tales como la vigilancia constante y la colocación de barandas laterales.

Hubo, pues, una falla en el servicio por parte de la entidad demandada al permitir por descuido y negligencia que el paciente Moncada Marín cayera de su cama y se lesionara su hombro derecho. El usuario ingresó al servicio sin la fractura y al salir lo hizo disminuido

³⁹ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 7 de 1993. Radicación número 7715. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

físicamente por razón de la lesión de su hombro, sin que en su causación se hubiera presentado alguna causal eximente de responsabilidad. En tales condiciones la falla del servicio es incuestionable, como lo es el daño sufrido y el nexo causal entre éste y aquélla, de donde resulta configurada la responsabilidad extracontractual de la administración.

Con relación a la indemnización por los perjuicios morales cuyo valor lo tasó el Tribunal en suma equivalente en pesos a 600 gramos de oro, estima la Sala que dada la naturaleza de la lesión y la incidencia de la misma en el demandante, a más de la razonable discrecionalidad del juzgador en la valoración de este tipo de perjuicios, lo decidido en el fallo impugnado es acertado y por consiguiente debe confirmarse.

Con respecto a los perjuicios de índole material cuya indemnización negó el Tribunal porque el perjuicio económico no se probó, considera la Sala que tal apreciación es equivocada. En efecto, si bien el ingreso laboral del demandante no fue disminuido, lo cierto es que el daño sí se dio, y que el mismo se tradujo en una incapacidad permanente parcial del 20%, la cual se debe indemnizar, pues así el señor Moncada Marín prosiga su actividad y devengue el mismo salario, su incapacidad laboral parcial no ha desaparecido, la limitación de movimiento y los dolores que debe soportar lo acompañarán hasta su muerte⁴⁰.

Además, el Consejo de Estado señala que: *“que el reconocimiento indemnizatorio debe hacerse de acuerdo con el valor de los ingresos de la víctima, y por el término de supervivencia de ésta, conforme a los procedimientos y fórmulas de matemáticas financieras utilizadas por la Corporación”*⁴¹. Igualmente, el Consejo de Estado aprobó algunos ordinales de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar una indemnización por los perjuicios de orden material al demandante.

6) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 9 de 1993. Radicación número 7795. M.P.: Julio César Uribe Acosta

Problema jurídico planteado:

"Básicamente, se discute en el caso sub - judge la existencia o inexistencia del consentimiento de la señora ARACELLY VALENCIA para que su médico le practicase una tubectomía, luego de una operación cesárea llevada a cabo en el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN. La paciente afirma que ese consentimiento nunca existió, mientras que el médico afirma lo contrario⁴².

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

Y el Consejo de Estado considera que la falta del consentimiento por parte de la paciente y su esposo se encuentra probada por ciertos indicios que aparecen en el expediente, por lo que la falla en el servicio por parte de la entidad demandada queda comprobada:

(...)

"6. En el otorgamiento del consentimiento por parte de Aracelly Valencia y su esposo para la práctica de la operación se encuentra probado a través de los varios indicios que aparecen en el expediente:

"6.1. El primero de ellos es que acudieron los esposos Velásquez Valencia al consultorio del doctor IVAN SALAS VERGARA para determinar la causa de su dificultad para concebir (declaraciones de folios 115 y ss., 191 y ss).

"6.2. Otro es la presentación de la demanda contra la entidad presuntamente responsable.

"6.3 La ausencia en la historia clínica de Aracelly Valencia de alguna explicación que justificara la intervención que le hicieron; o que indicara que la situación era excepcional por encontrarse la paciente en peligro de muerte, y que su vida sólo se podía salvar con la operación realizada.

"6.4. Un cuarto indicio de la ausencia de consentimiento de la paciente para la tubectomía practicada es la falta de fundamento del médico que operó al calificar como especial o excepcional una circunstancia que no era ni lo uno ni lo otro.

"6.5. La falta de sinceridad del médico interviniente al rendir su testimonio, queriendo en él señalar que obtuvo el consentimiento verbal para tal intervención, obviamente tratando de favorecerse y de favorecer a la entidad vinculadora, por ser tal afirmación imposible de creer por el sinnúmero de operaciones que él realizaba en ese entonces, el tiempo que había transcurrido desde ello, y el conocimiento que tuvo de la paciente a quien solamente atendió en la sala de partos.

"7. Y aun en el caso de que la paciente hubiese dado su consentimiento, el mismo estaría viciado porque habría sido logrado bajo los efectos de una anestesia parcial (fol. 127); con la pared abdominal expuesta (folio 197); sometida a una situación de extrema intranquilidad y sin que le advirtieran las consecuencias esterilizadoras de la tubectomía a practicar.

"8. Según lo declara el doctor IVAN SALAS (folios 116 y ss.; 191 a 194), en las historias clínicas de Aracelly Valencia no se encuentra ninguna justificación médica para la tubectomía, de manera que la misma se hizo como una medida de oportunidad de control de natalidad so pretexto de que la paciente "no debía ni debe tener más embarazos, así pudiera tenerlos" (folio 197, declaración del Doctor Ocampo Jiménez).

"9. No se ve, entonces, ningún caso de urgencias ni ningún evento excepcional que exonera al médico de obtener el consentimiento - por escrito como lo exige el Hospital General - de

⁴² Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 9 de 1993. Radicación número 7795. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

Aracelly Valencia para hacerle la tubectomía. Como el médico que operó no procedió con la diligencia y cuidado necesarios, hizo incurrir en responsabilidad a la entidad.

"10. Como la afirmación de la señora Aracelly Valencia de que no dio su consentimiento para que le practicaran el corte y ligadura de las trompas de Falopio es una negación indefinida, de imposible prueba directa (no por ser negativa sino indefinida, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia) la carga de la prueba de la existencia de tal consentimiento correspondía a la entidad demandada.

"11. Como la entidad demandada tiene un reglamento para la práctica de tubectomías, requiriendo la autorización por escrito en el programa electivo; o una autorización verbal ante la existencia de condiciones especiales o excepcionales en la paciente y no de oportunidad, nada de lo cual se presentó o se probó en el caso que nos ocupa, hubo violación de los reglamentos y, consecuentemente, falla del servicio de salud con la que se irrogaron perjuicios a los demandantes cuya indemnización corresponde al ente demandado⁴³.

El Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y declaró responsable a la entidad y la condenó a pagar al paciente los perjuicios morales.

7) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 18 de 1994. Radicación número 7973. M.P.: Julio César Uribe Acosta

Problema jurídico planteado:

Demanda de una paciente y su esposo por la muerte de su hijo y reclaman indemnización por perjuicios morales a la clínica de los Seguros Sociales por falla en el servicio médico.

"Que se declare al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable de la muerte del hijo de los demandantes ocurrida durante la atención del parto correspondiente al 24 de octubre de 1988 en Pereira, y que en consecuencia se condene al Instituto a pagar a cada uno de los actores, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a mil gramos de oro"⁴⁴.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 18 de 1994. Radicación número 7973. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

Para El Consejo de Estado no hubo la suficiente demostración de la falla del servicio y por tanto:

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad - quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho.

El sentenciador de instancia llegó a la conclusión de que en el caso *sub - exámine* se dio la falla del servicio porque "... Hubo negligencia, consistente en injustificada demora en practicar la cesárea, que se sabía era indispensable, en procura de obtener una criatura...". Ocurre, sin embargo, que para el *ad - quem* esta conclusión no tiene respaldo probatorio alguno, como pasa a demostrarse⁴⁵.

Así que, con el acervo probatorio la Sala del Consejo de Estado, considera que no hubo negligencia en el manejo de la paciente:

A la luz del anterior acervo probatorio resulta imposible para la Sala aceptar que, en el caso *sub - exámine*, hubo negligencia en practicar la cesárea a la señora MARIA DANCY VELEZ DE ACEVEDO, pues como lo afirma el Dr. Carlos Augusto Durango Medina, cuando se presenta desprendimiento prematuro de la placenta, la intervención puede llevarse a cabo en un término de cuatro a seis horas, contados a partir del momento en que se registra la novedad. Este período no fue superado en el caso que se estudia, pues entre el momento en que se hizo la valoración médica (1:10 p.m.) y el momento de la operación (1:45 p.m.) sólo transcurrieron treinta y cinco minutos. El Dr. José Hebert Aristizábal Bustamente relata muy bien el estado de salud de la paciente, en distintos momentos del tiempo físico, que avalan la anterior conclusión. El afirma que a las 12:30 del día los signos vitales fetales y maternos estaban conservados, sospechándose una "abruptio de la placenta". Se programa entonces la cirugía para la 1:10 p.m. y ella empieza a la 1:45 p.m., pues era necesario dar unos pasos de preparación de la enferma (instaurar la anestesia). En apoyo de esta última perspectiva médica viene el testimonio técnico del Dr. Jaime López Marín, quien con apoyo en la historia clínica destaca que, ordenada la cirugía, se imponía "... iniciar el manejo médico, es decir, compensarla, estabilizar sus signos vitales y mejorar sus condiciones generales para ser llevada al quirófano...", actividad que **"NO SE PUEDE CUANTIFICAR EN TIEMPO EXACTO PUES TODO DEPENDE DEL ESTADO DE LA PACIENTE..."**. Así las cosas, cómo concluir, con fuerza de convicción, que la intervención quirúrgica se dilató en el tiempo físico, más de lo razonable? La Sala valora, en todo su universo, lo depuesto por el Dr. Jaime López Marín en el sentido de que no se debe llevar una paciente a cirugía "SIN ANTES MEJORAR SUS CONDICIONES", pues proceder en sentido contrario podría dar lugar, con sólidos fundamentos fácticos, a la falla del servicio en la prestación de la atención médica⁴⁶.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado decidió revocar la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda y denegar la sentencia, al considerar que no se probó suficientemente que hubo una falla en el servicio médico.

8) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 15 de 1994. Radicación número 8380. M.P.: Julio César Uribe Acosta

Problema jurídico planteado:

"Establecido como está en el proceso que el menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO fue atendido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, sometido a cirugía y posteriormente falleció durante el período post operatorio, el sub -júdice viene a gobernarse por el régimen de falla presunta en la prestación del servicio médico oficial. Es decir, se presume que la atención del servicio médico asistencial prestada por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales funcionó de manera inadecuada y que esa circunstancia causó la muerte del señalado infante"⁴⁷.

El Consejo de Estado menciona el hecho de que en anteriores sentencias se refiere a la falla presunta en los términos siguientes:

(...)

"Sobre la base del criterio que se deja expuesto, el Honorable Consejo de Estado en el segundo de los fallos antes referidos, amplió el concepto de la corporación sobre este régimen de responsabilidad, de la manera siguiente:

"Como se observa, la nueva jurisprudencia, que implica un trascendental avance en este campo, consagra en forma más técnica la noción de falla presunta. Y aunque esta especie del género falla del servicio se asemeja en cierta forma a la noción que se ha venido aplicando como tal con esa misma denominación (en los eventos de lesiones o muertes causadas por arma de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía), estima la Sala que debe hacer algunas precisiones, porque entre una y otra existen matices diferentes. Así:

"Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, con el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 15 de 1994. Radicación número 8380. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriocde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la Constitución Nacional), produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad⁴⁸.

Y considera la Sala del Consejo de Estado que no existe duda acerca de la falla en el servicio: *“en el caso sub - exámine no hay espacio para la duda que impida concluir que se dio la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica el ad - quem hace suya la valoración jurídica, fáctica probatoria que hizo el sentenciador de instancia, por encontrarla seria, ponderada, y ajustada a la lógica de lo razonable, pues el fallo en puridad de verdad es JUSTO”*⁴⁹. Por consiguiente, el Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cauca y condenó la Instituto de los Seguros Sociales a pagar los perjuicios morales ocasionados por la muerte del paciente. Y concluye que:

Frente a los temores que el cuerpo médico viene registrando por las continuas condenas que la justicia contencioso - administrativa hace contra los centros de imputación jurídica a cargo del Estado, la Sala desea recordar que ellas toman apoyo en realidades fácticas como las que se recogen dentro del presente proceso, que conmueven por la falta de consideración y respeto por la persona humana enferma. Esta es tratada con frecuencia, como una cosa, y muchos médicos desempeñan su papel como simples TÉCNICOS, pues no ven en el hombre más que una MÁQUINA, y no al SER HUMANO que soporta la enfermedad. Un centro de atención médica responsable debe contar con los elementos necesarios para atender a los pacientes, y los profesionales de la medicina no deben avalar con su comportamiento complaciente las deficiencias que ellos presentan, como consecuencia de la burocracia o el desgreño. Tampoco deben obligarse a cumplir jornadas de trabajo más allá de lo razonable. Un médico fatigado es un peligro para el enfermo, que definitivamente no puede ser en sus manos, un juguete del destino. Él tiene derecho a esperar su muerte, si de eso se trata, con valor y dignidad. Para el logro de estos fines el centro hospitalario, y el profesional de la medicina, están obligados a hacer el mejor de los aportes, ora en la prestación del servicio, ora como sacerdotes educados para dar la respuesta correcta a los problemas que el enfermo plantea. La ORTOTANASIA es también un derecho fundamental de la persona humana⁵⁰.

9) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 3 de 1995. Radicación número 9142. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo

Problema jurídico planteado:

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

La paciente realiza una demanda por falla del servicio en atención a su salud después de practicársele una cesárea.

La demandante se basó en los siguientes hechos:

A.- Que a la demandante, MARIA MERCEDES CABEZA MIRANDA, quien tenía derecho a los servicios de la entidad demandada en virtud de que su esposo es empleado público y afiliado a la misma, se le practicó en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION NACIONAL una cesárea el 18 de mayo de 1984, de la cual nació una niña normal, siendo dada de alta la madre el 21 de mayo del mismo año, sin ordenársele tomar ningún tipo de droga.

B.- Que la paciente regresó a la clínica el 24 de mayo, con fiebre, inapetencia y malestar general, sin que se le brindara ningún tipo de atención; que nuevamente acudió allí el 28 del mismo mes, pues su estado de salud no había mejorado y en dicha ocasión fue hospitalizada de urgencia; y que ante el deficiente tratamiento recibido, la paciente fue trasladada por sus familiares a la CLINICA MARLY.

C.- Que en la CLINICA MARLY la paciente tuvo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces porque presentaba una peritonitis generalizada ocasionada por “un hueco encontrado en la matriz o útero debido a la mala sutura en el acto quirúrgico de la cesárea practicada en la Clínica Cajanal”; que en la intervención hubo necesidad de extirparle la matriz para detener el proceso infeccioso; y que en la segunda intervención “hubo necesidad de reseca el epiplón y extirparlo lo mismo que 20 centímetros aproximadamente del intestino delgado”.

D.- Que como consecuencia de las operaciones a que tuvo que ser sometida, la demandante perdió la posibilidad de procrear más hijos⁵¹.

Dentro de esta óptica, el Consejo de Estado considera que de acuerdo con lo anteriormente expuesto lo sucedido a la paciente fue consecuencia del perjuicio recibido y era la parte demandada la que debía demostrar su ausencia de culpa en la producción del daño ocasionado a la paciente:

2.- De las pruebas anteriores se deduce que la intervención quirúrgica a la que debió ser sometida la paciente en la Clínica Marly (histerectomía o extracción del útero), perdiendo el órgano de gestación y por lo tanto la posibilidad de procrear nuevamente, fue consecuencia directa de la cesárea que se le practicó en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 3 de 1995. Radicación número 9142. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

PREVISION. Dichos medios probatorios permiten a la Sala entonces concluir 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.

3.- Frente a tal presunción le correspondía a la entidad demandada, 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 bien acreditar el comportamiento diligente que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño.

No era, pues, 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. Era a la parte demandada a quien correspondía aportar la prueba de su diligencia y cuidado en dicha intervención⁵².

Y menciona el Consejo de Estado otros fallos relacionados con la falla presunta del servicio médico, así:

“Aunque el *a-quo* algo menciona sobre la tesis de la falla presunta aplicable a la responsabilidad por falla del servicio médico y hospitalario oficiales, es menester reafirmarla conforme a las pautas señaladas por la corporación, entre otros, en los procesos 6897 y 6754, con ponencia de quien ahora redacta esta, se dijo sobre el particular:

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

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

...

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

⁵² Ibid.

“En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará adelante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial o sea el daño y la relación causal: quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

“Se justifica esta diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condiciones de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio (sent. agosto 24 de/92, actor: Henry Enrique Saltarín Monroy)⁵³.

Así pues, el Consejo de Estado confirmó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y condenó a la entidad demandada al pago de perjuicios materiales.

10) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 22 de 1996. Radicación número 11301. M.P.: Jesús María Jaramillo Ballesteros

Problema jurídico planteado:

La paciente demanda a la entidad del Estado por falla del servicio médico cuando se le practicó una cesárea y le dejaron material médico en el vientre:

El día 22 de septiembre de 1989, en el Hospital San Vicente de Paúl del Municipio de Anserma (C.) los doctores Emma Pinzón y Joaquín Castaño, intervinieron quirúrgicamente a la señora Laura Rosa Gil Rendón, para practicarle una cesárea por embarazo post - maduro, al cabo de la cual le dejaron en el vientre material médico con que efectuaron la cirugía.

Refiere que al término de dos días se le dio de alta pese a lo cual continuó la paciente soportando profundo dolor lo que hizo necesario que acudiera nuevamente al centro hospitalario, diagnosticándose por la Dra. Emma de Pinzón que presentaba “Masa Abdominal”, “Hematoma pared abdominal”. A raíz de la intensidad del dolor y del mal estado

⁵³ Ibid.

de salud que enfrentaba la paciente, en el Hospital de Guática, fue atendida por galenos quienes la remitieron a una interconsulta con el especialista.

En el examen médico que se le adelantó en la clínica Los Rosales de la ciudad de Pereira, se descubrió que en la parte interna de su organismo, se hallaba incrustado un compresoma, instrumento de uso médico que le fue extraído, con la práctica de una nueva cirugía, que se llevó a cabo en la mencionada clínica el día 13 de febrero de 1990⁵⁴.

El Consejo de Estado, estima que hubo un daño antijurídico contra la paciente y por tanto:

La vía indiciaria permite afirmar que en el caso *sub examine*, la administración es responsable patrimonialmente del daño antijurídico causado a los demandantes. Se predica lo anterior porque si bien no aparece directamente probado que a la señora Laura Rosa Gil Rendón, le dejaron en su vientre una “compresa” luego de practicarle una cesárea por los galenos al servicio del Hospital San Vicente de Paúl de la ciudad de Anserma; si obran en el informativo diversos elementos probatorios que permiten inferir que el menoscabo de salud que sufrió la paciente, después de la intervención quirúrgica obedeció a la reacción de su organismo por la presencia de objetos extraños, que no se requerían para su adecuada recuperación.

...

De otro lado, se hace preciso considerar en torno de algunos aspectos íntimamente relacionados con el juicio de responsabilidad por el ejercicio de la medicina con ocasión de la prestación del servicio público de Salud por parte del Estado.

La jurisprudencia administrativa ha desarrollado sobre el punto, la teoría de la responsabilidad con fundamento en la falla del servicio que por su naturaleza puede ser anónima y se presenta eventualmente en desarrollo de la prestación de un servicio público a diferencia de la responsabilidad civil ordinaria que surge en el mismo campo de la actividad científica en donde se cuestiona la conducta individual, concreta y profesional de un galeno con fundamento en la culpa probada e individualizada, en lugar de la referida falla propiamente dicha, habiéndose definido las obligaciones en este campo, como de medio, en contraste con las obligaciones de resultado.

El estudio del acto médico dentro del marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, condujo a esta Corporación entre otros desarrollos doctrinarios a la adopción de criterios tales, según los cuales el ejercicio de la medicina comporta obligaciones de medio y no de resultado y por otra parte a admitir que en el evento de un juicio de responsabilidad la culpa no demanda prueba por parte del paciente o víctima sino que, compete al profesional demandado (administración), la prueba de haber obrado con diligencia y cuidado debidos de conformidad con los conocimientos adquiridos por la ciencia médica. Esta tesis fue adoptada en desarrollo de la teoría de la carga dinámica de las pruebas según la cual no es absoluto el principio “*actor incumbi probatio*” sino que, dependiendo de las circunstancias es

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 22 de 1996. Radicación número 11301. M.P.: Jesús María Jaramillo Ballesteros. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriocde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

posible que excepcionalmente se invierta la carga de la prueba de la culpa por lo cual no se eliminó este concepto como fundamento de la responsabilidad sino que se removió el obstáculo del fardo probatorio tradicionalmente a cargo del actor para reemplazarlo por el deber de probar radicado en quien es conocedor y mejor situado fáctica y científicamente para explicar su conducta.

...

Semejante olvido o grave negligencia de suyo suficiente para edificar por ese concepto la responsabilidad, parece inexcusable y de allí que en el caso concreto pudiera hablarse de una responsabilidad sin culpa derivada de la violación de una obligación de seguridad de garantía a favor del paciente.

El daño, que debe ser probado cierto y directo para que sea indemnizable, presenta en el caso subanálisis un patético realismo por la presencia de un cuerpo extraño dentro de la paciente víctima, que le causa trastornos y molestias que por ningún motivo debía padecer ni hay justificación para que le corresponda soportar dicha carga perjudicial. En su lugar se cuantificará el daño moral y material, de carácter reparable⁵⁵.

El Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas, y declaró administrativamente responsables de las lesiones sufridas por la paciente a la Nación – Ministerio de Salud, el Departamento de Caldas, Dirección Seccional de Salud de Caldas y condenadas a pagar a la paciente y sus familiares los perjuicios morales y materiales.

¿El mal funcionamiento del servicio médico deberá ser desvirtuado por la entidad prestadora del servicio médico?

El Consejo de Estado en las anteriores sentencias emite el concepto de que deben ser las entidades médicas las que deben llevar la carga de la prueba cuando existe una falla del servicio médico de parte de éstas, puesto que en el estudio de los casos se evidencian detalles que permiten apreciar los trastornos, molestias, negligencia, falta de humanidad, etc., que han sufrido los pacientes. Además, la institución hospitalaria del Estado no prestó bien el servicio y por lo tanto para eximirse de su responsabilidad le correspondía garantizar diligencia y cuidado, llegando al proceso con una presunción de falla en su contra.

En esta segunda etapa la entidad estatal deberá entrar a demostrar que su actuación en el caso estudiado por el Consejo de Estado fue correcta. Fue a partir del año 1992 que el Consejo de Estado adoptó la posición de la falla presunta del

⁵⁵ Ibid.

servicio en lo que se refiere a responsabilidad médica. El Consejo de Estado en los casos de responsabilidad médica toma en cuenta que los médicos y las entidades prestadoras del servicio de salud tienen conocimientos científicos y técnicos específicos lo que les da una ventaja para probar que obraron con prontitud, diligencia y cuidado, así que el Consejo de Estado instituyó una presunción jurisprudencial en su contra, es decir, la presunción de la falla o culpa.

3. ANÁLISIS DE LA TERCERA Y CUARTA ETAPA DE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO A LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO

3.1 ANÁLISIS DE LA TERCERA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: EQUILIBRIO ENTRE LA CARGA PROBATORIA DEL PACIENTE Y EL HOSPITAL

PREGUNTA DEL ESQUEMA DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE 2009 A 2011

¿Existe equilibrio de la carga probatoria entre la entidad hospitalaria y el paciente?

La siguiente línea jurisprudencial muestra un breve desarrollo acerca de la falla en el servicio médico en una tercera etapa:

1) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 19 de 2009. Radicación número 18364. M.P.: Enrique Gil Botero

Problema jurídico planteado:

Daño antijurídico provocado por entidad demandada.

Los hechos de la demanda de acuerdo con lo planteado en la Sentencia del Consejo de Estado son los siguientes:

En el caso concreto se tiene que la paciente, según se colige de los testimonios del proceso, fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, como lo reconoce el propio doctor Diego Encinales, quien valoró a la madre gestante y determinó, basándose única y exclusivamente en la altura uterina y en la dilatación vaginal que se trataba de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la

doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado⁵⁶.

Asimismo, el Consejo de Estado considera que hubo confianza legítima en el primer diagnóstico y por ende los médicos que posteriormente vieron a la paciente no ampliaron la información, por lo que hubo un error de valoración y diagnóstico desde el inicio del cuadro clínico:

En esa perspectiva, en el *sub examine*, se presentó un evento de *res ipsa loquitur*, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término.

La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transversal, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante. Como se aprecia, la única forma de explicar la generación del daño está radicada en la culpa o negligencia de la entidad demandada, por cuanto, según se desprende del acervo probatorio, dada la congestión de la Clínica Rafael Uribe Uribe en la sala de partos, se generó un diagnóstico y orden médica por completo errados, que fueron el factor determinante en la producción de la muerte de las tres bebés Echeverry Giraldo.

...

En el caso concreto, el daño (deceso de las trillizas Echeverry Giraldo) constituye un suceso que normalmente no ocurriría y se presentó por la ausencia de un parámetro mínimo de diligencia y cuidado; fue originado a causa de la valoración de los agentes de la entidad demandada, quienes erraron de manera crasa en el diagnóstico y valoración inicial del cuadro clínico, al afirmarse sin la menor anfibología que se trataba de embarazo con feto único, cefálico, en posición transversal, y que se hallaba a término, cuando la realidad era diametralmente disímil⁵⁷.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 19 de 2009. Radicación número 18364. M.P.: Enrique Gil Botero. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

⁵⁷ Ibid.

El Consejo de Estado, considera que los pacientes tienen derecho a un trato digno, recibir la debida atención con sus problemas de salud, con lo que hubo una falla médica, que provocó la muerte de las trillizas hijas de la paciente que estableció la demanda:

La señora Mónica Andrea Giraldo dado su embarazo múltiple debió ser evaluada como paciente de alto riesgo obstétrico (ARO) y, por consiguiente, demandaba una atención y manejo especializado. De allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la “dignitas humana”, de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se enhiesta como apodíctica verdad, en tanto la madre, como quienes estaban por nacer, no recibieron propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser personas, amén de que para el caso concreto también eran pacientes, o sea seres que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, que para el caso eran profesionales en el área hospitalaria y de la salud. En esa perspectiva, frente al grupo de galenos que suministró atención médica a la madre, existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente (múltiple), lo cual se hubiera establecido con la práctica de una ecografía y/o un monitoreo fetal durante el lapso que duró la urgencia que motivó a la joven gestante a recurrir a la Clínica Rafael Uribe Uribe. El hecho de haberse limitado a auscultar mediante estetoscopio la frecuencia cardiaca fetal y constatar la dilatación vaginal, constituye una clara falla del servicio que conlleva a que le sea imputable el daño a la entidad demandada, es decir, al Instituto de Seguros Sociales. No debe perderse de vista que al margen de la existencia o no del régimen de falla presunta del servicio, según los recientes pronunciamientos de la Sala, en relación con la responsabilidad de la administración sanitaria, es posible que los jueces recurran –atendiendo siempre a las particularidades del caso–, a ciertas figuras de aligeramiento probatorio en sede de la imputación fáctica y jurídica. En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño. En el caso concreto se tiene que la paciente, según se colige de los testimonios del proceso, fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, como lo reconoce el propio doctor Diego Encinales, quien valoró a la madre gestante y determinó, basándose única y exclusivamente en la altura uterina y en la dilatación vaginal que se trataba de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron de dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado. En esa perspectiva, en el

sub examine, se presentó un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transverso, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante⁵⁸.

Finalmente, el Consejo de Estado declaró culpable de falla en el servicio a la entidad prestadora de salud y ordenó pagar los perjuicios morales y materiales.

2) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 3 de 2010. Radicación número 18433. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio

Problema jurídico planteado:

La muerte del feto de una paciente es imputable al Hospital Militar Central por falla en el servicio médico por no habersele practicado a tiempo una cesárea y haber extraído el feto 24 horas después que muriera del vientre de la madre.

El Consejo de Estado, exige que tanto el demandante como el demandado presenten su material probatorio respecto a la falla del servicio médico que solicita el demandante:

En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de 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: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse

⁵⁸ Ibid.

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. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste 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 médica⁵⁹.

En consecuencia, el Consejo de Estado manifiesta que la falla del servicio fue efectivamente realizada por la entidad demandada, pero aclara porque concretamente lo es:

...

En consecuencia, ha quedado establecido que la falla del servicio que se imputa a la entidad demandada no consistió en la omisión de practicarle a la paciente Luz Marina Pedrero la cesárea recomendada por la médica del Dispensario que la remitió al Hospital Militar Central, sino por no haber descartado, a través de los métodos diagnósticos recomendados por los mismos médicos de la institución, que el feto se hallaba en condiciones de tolerar un parto natural y, en cambio dejar que el tiempo transcurriera sin verificar esa situación, por circunstancias imputables a la entidad demandada, al no disponer sino de un monitor en una sala de partos y por las irregularidades administrativas que no permitieron que la única monitoria practicada fuera leída oportunamente por los especialistas, que eran los únicos habilitados para establecer si había o no irregularidades en el trazado.

Tal como lo ha considerado la Sala, el resultado fallido en un proceso de parto, luego de un embarazo normal es indicio de una falla del servicio, falla que en este caso estuvo, además acreditada por la omisión en la práctica de los exámenes diagnósticos ordenados por los mismos médicos de la institución, con el fin de establecer la necesidad de la práctica de la

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 3 de 2010. Radicación número 18433. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

cesárea a la madre, quien presentaba tensión arterial alta y que había percibido desde hacía 8 días una reducción de los movimientos fetales⁶⁰.

Y el Consejo de Estado señala la responsabilidad patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico obstétrico:

Habida consideración de que el perjuicio sufrido por los demandantes se derivó de la muerte de quien estaba por nacer y que, de acuerdo con la demanda ese hecho se derivó de las fallas en la atención del servicio médico que requirió la madre del feto, considera la Sala oportuno referirse a la jurisprudencia que ha desarrollado en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por las fallas en la prestación del servicio médico obstétrico. La responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones sobre la paciente no es indiferente al resultado final y por ello, la causa petendi en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso. En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo hubiera sido normal y, sin embargo, éste no terminara satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada era de resultado. En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla⁶¹.

Por consiguiente, el Consejo de Estado revocó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y declaró responsable por la muerte del feto a la entidad demandada debiendo pagar los perjuicios morales ocasionados.

3) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 12 de 2010. Radicación número 37427. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

Problema jurídico planteado:

Demanda por falla en el servicio por negligencia en el parto de la paciente lo que trajo como consecuencia lesiones cerebrales irreversibles para el recién nacido.

Los hechos objeto de la demanda son los siguientes:

En el libelo demandatorio se indicó que el 24 de abril de 1999, a las 9:00 A.M., la señora Marlene Abigail Herrera ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios de Chinácota, toda vez que su embarazo se encontraba a término y había empezado el trabajo de parto al sentir unas leves contracciones. A las 11:15 A.M., la señora Herrera fue trasladada a la sala de parto, hasta la 1:20 P.M., cuando nació el neonato con problemas cerebrales puesto que “estuvo por espacio de ciento veinticinco minutos (125) en período expulsivo, situación que complicó seriamente su parto, y exigía cesárea o parto quirúrgico por los altos riesgos que implicaba el mantener a la paciente por tanto tiempo en la etapa expulsiva”, de tal forma que el parto de la demandante requería de atención médica mucho más especializada que la prestada por el mencionado Hospital y que por la negligencia y falta de instrumentos idóneos para atender un parto de alto riesgo, el joven Henry David Cruz Herrera hoy sufre de graves lesiones cerebrales⁶².

El Consejo de Estado, aclara que la sustentación tanto del demandante como de la entidad demandada por falla en el servicio debe acreditar el material probatorio respectivo y afirma:

...

“En asuntos médicos de esta naturaleza –y eventualmente en otros–, la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

Por consiguiente, a la parte actora –en estos supuestos–, le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto”.

En el proceso obra el siguiente material probatorio por medio del cual se acreditó la responsabilidad del ente demandado:

...

⁶² Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 12 de 2010. Radicación número 37427. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriocde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

3. De conformidad con las pruebas descritas anteriormente, quedó acreditado lo siguiente: - El embarazo de la señora Marlene Abigail Herrera Villamizar se había desarrollado bajo normalidad, tal y como se expuso en la historia clínica y en el testimonio rendido por la médica que la atendió el 24 de abril de 1999.

- El Hospital San Juan de Dios, centro médico que atendió el parto de la señora Herrera Villamizar, prestaba servicios de primer nivel o grado bajo de complejidad para el momento de atención de la actora, no contaba con servicio de gineco – obstetricia.

...

- La señora Marlene Abigail Herrera Villamizar presentó, al momento del parto, un período expulsivo prolongado que duró 125 minutos, situación que de no tratarse de manera oportuna y con los medios, instrumentos e instalaciones adecuadas, puede degenerar en una acidosis fetal.

- La médica que trató a la paciente procedió a inducir el parto con utilización de fórceps, procedimiento que según el dictamen de medicina legal no era recomendable practicarlo en un hospital del nivel de complejidad del ente demandado. Sin embargo, luego de practicado este procedimiento se decidió trasladar al neonato a un hospital donde se pudieran atender las complicaciones que había presentado al nacer. - En consecuencia de los anteriores hechos, el menor Henry David Cruz Herrera, sufrió un daño al nacer, consistente en una severa parálisis cerebral de carácter irreversible y permanente, debido a la falta de oxígeno originado por la prolongación de la fase de expulsión durante el parto, según la historia clínica obrante en el proceso. En relación con los hechos probados, la Sala considera necesario efectuar algunas consideraciones en torno al deber del Estado respecto de la protección a la familia y a la mujer en embarazo, derechos fundamentales consagrados en los artículos 42 y 43 de la Carta Política⁶³.

El Consejo de Estado, aprobó el acuerdo conciliatorio en el que se reconocen los perjuicios morales, daño a las condiciones de existencia del joven y el lucro cesante.

4) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 28 de 2011. Radicación número 17512. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez

Problema jurídico planteado:

Demanda en el servicio por supuesta demora en atender el parto del menor.

⁶³ Ibid.

El Consejo de Estado, expone que debido a diversas situaciones se presentó el problema epiléptico del menor y de acuerdo al conjunto probatorio la atención brindada a la madre durante el proceso del parto fue la adecuada:

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Sala estima que la sentencia apelada amerita ser confirmada, toda vez que no existen pruebas que permitan inferir que el daño irrogado a la parte demandante hubiere devenido de la actuación médico asistencial brindada por la entidad demandada. Pues bien, en el proceso se acreditó que el menor César Augusto Vallejo Quiroga padece un síndrome epiléptico; sin embargo, la causa de esa lamentable deficiencia no fue determinada en el litigio en la medida en que ninguna de las pruebas aportadas al encuadernamiento permiten establecer cuál fue la razón por la cual se produjo tal lesión. Según el dictamen pericial practicado, las causas de la patología presentada por el menor pueden obedecer, en los menores de 2 años (como ocurre en este caso), a diferentes situaciones entre las cuales se enunciaron: a) la anoxia o isquemia antes o durante el parto; b) un trauma intracraneal en el parto; c) trastornos metabólicos; d) una malformación congénita del cerebro; e) infecciones o f) privación (sic) de fármacos; no obstante, no se pudo determinar cuál de esos –o algún otro– eventos habría sido la causa generadora de la deficiencia en el menor, entre otras razones porque, como lo demuestran en forma clara y convergente las pruebas allegadas al proceso, la señora Ana Jaqueline Quiroga Otálora tuvo un embarazo normal y dentro del procedimiento quirúrgico a ella practicado no se presentó anomalía alguna por virtud de la cual pudiese sostenerse, al menos por vía indiciaria, que la lesión cerebral padecida por el menor hubiere tenido origen en el tratamiento médico asistencial suministrado a la madre⁶⁴.

Así que el Consejo de Estado, considera que al no existir las pruebas suficientes para que se hubiese constituido una falla del servicio se niega la demanda en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada:

Nótese cómo las pruebas relacionadas en precedencia permiten determinar, con claridad meridiana, que la demandante fue atendida de manera oportuna, se le efectuaron valoraciones periódicas, sin que pueda predicarse, como lo afirma la parte demandante, retardo alguno en la atención y en la práctica de la cesárea como causa determinante del daño, toda vez que el término que transcurrió desde el ingreso de la paciente hasta la práctica de la cirugía obedeció al desarrollo normal del trabajo de parto de la madre, sólo que debido a la falta de dilatación del cuello uterino debió procederse, sin complicación ni retardo alguno, a la intervención quirúrgica antes referida. Por consiguiente, no le asiste la razón a la parte demandante cuando pretende endilgarle el daño a la entidad demandada por razón de la supuesta demora en atender a la madre del menor, dado que cuando ella acudió en las dos primeras oportunidades al centro asistencial, recién había iniciado su trabajo de parto y aún no era el momento de hospitalizarla, aspecto que además se

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 28 de 2011. Radicación número 17512. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

corroborar con la propia declaración del médico que, en forma particular, valoró a la demandante y en dos oportunidades coincidió en sostener que debía esperar porque la dilatación aún no se encontraba completa. Así las cosas, ante la ausencia de pruebas –ora indiciarias, ora directas– que indiquen que la lesión padecida por el menor César Augusto Vallejo Quiroga hubiere sido consecuencia de la atención médica y quirúrgica suministrada por la entidad demandada a la madre en el momento del parto –entendido por tal tanto su etapa previa como la etapa misma del nacimiento– no puede declararse la responsabilidad patrimonial de CAJANAL, por cuanto no se probó la falla en la prestación del servicio por parte de esa entidad y no se estructuró la causalidad que la parte actora alegó entre aquélla y el daño⁶⁵.

5) Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 28 de 2011. Radicación número 18515. M.P.: Stella Conto Díaz de Castillo

Problema jurídico planteado:

El problema jurídico que la demanda formula se contrae a la imputación en contra del Instituto de Seguro Social, por la muerte del recién nacido JHON FREDY QUINTERO OSORIO, ocurrida el 15 de julio de 1996, como consecuencia de “*gran aspiración de meconio, inespansión (sic) alveolar en grandes áreas y presencia de escasos polinucleares y mononucleares en luz alveolar (..) insuficiencia respiratoria y finalmente la muerte*”, asunto que de suyo comporta el estudio de los planteamientos del Instituto demandado relacionados con la eficiente atención que había recibido la madre de JHON FREDY, al igual que las excepciones propuestas por los llamados en garantía, en cuanto tocan aspectos de fondo y no demandan pronunciamiento previo⁶⁶.

El Consejo de Estado considera que debe revocarse la sentencia proferida, ya que la muerte del bebé recién nacido es imputable por falla en el servicio médico:

La decisión adoptada por la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas habrá de revocarse, para, en su lugar, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, por encontrarse demostrado en el plenario que la muerte del recién nacido JHON FREDY OSORIO QUINTERO es imputable a la falla del servicio en que incurrieron el personal de enfermeras y médicos vinculados a la Clínica Villa Pilar del Instituto de Seguro Social, por haber incumplido los protocolos médicos que exigía la atención inmediata de la señora LUZ MARY OSORIO MARTÍNEZ y el monitoreo permanente de su estado.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 28 de 2011. Radicación número 18515. M.P.: Stella Conto Díaz de Castillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

...

Insisten los médicos llamados en garantía y lo corrobora la entidad demandada, en el embarazo normal de la actora que no ameritaba tratamiento diferente al recibido. Aserto que la Sala no pone en duda, porque así lo demuestra la Historia Clínica, pero que resulta indicativo de la responsabilidad de la entidad demandada y de los facultativos, ya que como lo viene sosteniendo la jurisprudencia de un embarazo normal no se puede esperar nada distinto a un bebé nacido vivo⁶⁷, pues así lo indica la experiencia en función del estado del arte.

Establece la Historia Clínica que la señora OSORIO MARTÍNEZ no recibió en la Clínica Villa Pilar la atención rodeada de la diligencia y cuidado que su situación ameritaba y, como la causa de la muerte de la criatura fue la porción de meconio con interferencia de cordón umbilical, complicación derivada de la indebida atención médica, porque como se conoce, la ruptura de membranas con más de seis horas de evolución demandaba una intervención cesárea inmediata.

Efectivamente, Medicina Legal informa que en los embarazos a término por ruptura de membranas hay que permitir la evolución del trabajo de parto para lograr la expulsión rápida del feto, intensificando las labores de dicho trabajo. El parte médico también indica que durante este proceso resulta indispensable someter a la gestante a vigilancia permanente con dos propósitos *i)* identificar complicaciones infecciosas y *ii)* detectar sufrimiento del que está por nacer. Se conoce que, aproximadamente la mitad de los fetos con ruptura prematura de membranas presentan sufrimiento fetal agudo y resulta viable la patología del cordón umbilical⁶⁸. Si esto es así, ¿por qué la señora OSORIO MARTÍNEZ no recibió de los médicos y enfermeras de la Clínica Villa Pilar del Seguro Social la atención constante que su estado requería?⁶⁹.

Y aclara el Consejo de Estado que ha mantenido una posición consolidada respecto a la falla del servicio médico y establecer la responsabilidad médica estatal cuando se presta el servicio de obstetricia:

Constituye posición consolidada de la Sala en esta materia que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud, es de naturaleza subjetiva, como quiera que la falla probada del servicio es el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica. (...) Respecto del valor de los indicios para establecer la responsabilidad médica estatal en la prestación del servicio de obstetricia, la Sala en sentencia de 26 de marzo de 2008, sostuvo: "(..) En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de 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

⁶⁷ Sentencia de 26 de marzo de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación 16085.

⁶⁸ Valoración médica del reporte de necropsia realizada a JHON FREDY QUINTERO por el Instituto de Medicina Legal de Manizales el 17 de abril de 1997 visible a folios 60-62 cuaderno 2.

⁶⁹ Ibid.

indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) 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. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste 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 armonía con lo expuesto huelga concluir que el presente asunto habrá de resolverse bajo los parámetros de la falla probada del servicio⁷⁰.

Por consiguiente el Consejo de Estado consideró que *“probada como se encuentra la falla del servicio y habiéndose establecido que la muerte del pequeño JHON FREDY ocurrió por la ingesta de meconio y esto se habría podido evitar si la madre hubiese sido atendida oportuna y debidamente, la sentencia de instancia habrá de ser revocada”*⁷¹, lo que llevó a cabo y condenó al I.S.S. a pagar los perjuicios morales y materiales a los deudos del menor fallecido.

¿Existe equilibrio de la carga probatoria entre la entidad hospitalaria y el paciente?

A lo largo de estas sentencias se puede ver que el Consejo de Estado, mantuvo la postura de que tanto la entidad demandada como el demandante debían presentar material probatorio que corroborara sus afirmaciones, para así poder determinar si la demanda era concedida o no.

En esta posición del Consejo de Estado aplica la teoría de la carga dinámica, la que tiene como fundamentos los principios de solidaridad, equidad e igualdad

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

material de las partes intervinientes en los procesos judiciales, esto es, que unos hechos deberán probarse por el demandado, y otros por el demandante, tomando en cuenta la posición que tenga para entregar las pruebas, de tal manera, que el juzgador pueda emitir la sentencia con certeza. En esta teoría las cargas probatorias se reparten entre el paciente y la entidad hospitalaria de acuerdo con las circunstancias especiales de cada proceso sin establecer unas reglas rígidas para demostrar determinados hechos. La distribución de la carga de la prueba es para cada caso concreto y no se implantan presunciones contra algunas de las partes específica. Así que el Consejo de Estado, en esta posición analiza cada caso para poder determinar qué debe de probar cada parte. La anterior posición exigía a la entidad del Estado que debía probar que el servicio fue prestado en forma debida para así exonerar su responsabilidad. En la posición de las cargas dinámicas, no todos los hechos y las circunstancias relacionadas con la prestación del servicio necesitan explicaciones técnicas y científicas, por lo que debe es valorarse si es necesario o no, aunque el juzgador deberá hacer una tarea más difícil y exigente. Con esta posición el profesional de la salud podrá ejercer su profesión sin hacerlo a la defensiva, ya que él puede aportar al proceso de acuerdo con las circunstancias en las que se encuentre, como ocurrieron los daños al paciente, cómo él trabajó en el caso y el cuidado que tuvo.

3.2 ANÁLISIS DE LA CUARTA ETAPA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: REGRESO A LA SEGUNDA ETAPA DONDE LA CARGA DE LA PRUEBA LA LLEVABA LA ENTIDAD ESTATAL

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE AGOSTO 29 DE 2013 DEL CONSEJO DE ESTADO:

Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de agosto 29 de 2013. Radicación 25000 2326 000 2001 01343 01. Expediente 30283. M.P.: Danilo Rojas Betancourth

Problema jurídico planteado:

En el caso concreto se discute si el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño alegado por la parte actora, el cual consiste en la afectación motriz y cerebral que presenta el niño Carlos Alberto Rojas Pérez a consecuencia de la meningitis bacteriana que adquirió y desarrolló mientras estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano. Para ello, resulta relevante establecer si existe una falla del servicio que pueda tenerse

como causa de la enfermedad y, en caso negativo, si tal condición es necesaria para que pueda imputársele responsabilidad a la administración por el daño aducido en la demanda o si, por el contrario, el solo hecho de que esté demostrado, con base en el dictamen de medicina legal, que la meningitis se produjo por una bacteria de carácter intrahospitalario, como lo era la “klebsiella pneumoniae multirresistente”, basta para imputarle responsabilidad a la entidad bajo un título de atribución de carácter objetivo⁷².

El Consejo de Estado dice que la bacteria era “multirresistente” y que según Medicina Legal “*son resistentes a los antibióticos e inciden en las enfermedades de carácter intrahospitalario*”⁷³ y que existe prueba indiciaria de que el paciente la contrajo en la clínica. En este sentido la Corporación descarta la existencia de la falla probada del servicio y que es la prueba indiciaria la que puede construirse con fundamento en las demás pruebas, la que tiene una particular importancia:

Descartada la existencia de una falla probada del servicio atribuible al Instituto de Seguros Sociales, se pregunta la Sala si la responsabilidad de la entidad demandada puede fundamentarse, tal como lo sugiere la parte actora, en un régimen de falla presunta, en virtud del cual la carga de demostrar que se adoptaron todas las medidas de asepsia, limpieza y esterilización para evitar el hecho dañoso, estaría en cabeza del ISS.

...

La jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época esta posibilidad. En efecto, existen algunas pocas decisiones en las cuales esta Corporación declaró que en los casos en los cuales se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tiene la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia.

...

No obstante, el criterio de la falla presunta, si bien fue utilizado reiteradamente por el Consejo de Estado para analizar todos los casos de responsabilidad médica –no solamente aquellos derivados de infecciones intrahospitalarias–, fue posteriormente abandonado con fundamento en que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas, de manera que no siempre es razonable exigirles que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad.

Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel,

⁷² Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de agosto 29 de 2013. Radicación 25000 2326 000 2001 01343 01. Expediente 30283. M.P.: Danilo Rojas Betancourth. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

⁷³ Ibid.

sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria:

(...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa⁷⁴.

Igualmente, el Consejo de Estado ha desarrollado jurisprudencia acerca que si bien en los daños por infecciones nosocomiales no existe falla probada del servicio, si ha dictado pautas para que los casos se analicen desde un régimen objetivo de responsabilidad que en el caso de la sentencia en comento sería de riesgo excepcional y ha manifestado:

De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”.

...

Así, hoy, la responsabilidad hospitalaria, que en principio sólo se compromete frente a una falla del servicio probada o presunta, puede comprometerse también en forma excepcional por riesgo.

⁷⁴ Ibid.

De esta manera el juez administrativo se ha adelantado a los proyectos legislativos que en materia de álea o azar terapéutico se han venido estudiando hace varios años y ha respondido a una cierta expectativa de la sociedad, teniendo el cuidado de fijar unos estrechos límites para no paralizar el ejercicio de la medicina y no perjudicar a los pacientes.

No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”⁷⁵.

Y específicamente, en este caso ha dicho el Consejo de Estado, que está probado de acuerdo al dictamen de medicina legal que la meningitis que afectó al niño, fue a causa de la bacteria intrahospitalaria que adquirió cuando estuvo recluido en la clínica:

En el caso concreto, está probado, a través del dictamen de medicina legal que la meningitis que afectó al niño Carlos Alberto Rojas Pérez y que alteró de forma grave su desarrollo psico-motriz –el cual era adecuado al momento de su ingreso a la clínica Jorge Bejarano (ver supra párr. 9.2.)– fue causada por la bacteria klebsiella pneumoniae multiresistente, que es de carácter intrahospitalario. Esta circunstancia es suficiente para concluir que el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño padecido por la parte actora, pues según ya se expuso, las enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a los establecimientos de salud a título de riesgo excepcional en cuanto se demuestre, tal como sucede en este caso, que entre éstas y aquél existe un nexo de causalidad.

...

Vale la pena insistir en que aunque las infecciones nosocomiales pueden llegar a ser irresistibles, son prevenibles y controlables, por lo que está en manos de las entidades hospitalarias adoptar todas las medidas establecidas en los protocolos diseñados por las autoridades competentes a efectos de reducir los riesgos que comporta para los pacientes, en especial para aquellos que resultan más vulnerables como los niños, las personas de la tercera edad y quienes padecen de enfermedades crónicas, el uso de cierto instrumental médico, la permanencia prolongada en los establecimientos hospitalarios y el contacto directo o indirecto con otros pacientes infectados.

Así mismo, es tarea de las autoridades encargadas del control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud, velar porque estas medidas se cumplan, así como monitorear la incidencia de las infecciones nosocomiales en los centros hospitalarios tanto de carácter público como privado con fin de promover la implementación de estrategias para identificar las prácticas en la atención clínica que favorecen la aparición del riesgo de este tipo de infecciones y que repercuten negativamente en los indicadores de calidad de la atención en salud.

⁷⁵ Ibid.

Por las razones anotadas, la Sala revocará la sentencia apelada y ordenará que una copia de esta providencia sea remitida al Ministerio de Salud como fórmula para incentivar el diseño e implementación de nuevos y mejores programas e iniciativas para detectar, prevenir y reducir los riesgos de enfermedades asociadas a la prestación de los servicios de salud⁷⁶.

Así que el Consejo de Estado revocó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y tomó la decisión de declarar la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados al niño y condenar la entidad estatal a pagar los perjuicios morales, el lucro cesante y daño a la salud al menor y sus parientes.

En este orden de ideas, con esta sentencia el Consejo de Estado le advierte a los centros médicos que deberán responder pecuniariamente por las infecciones que contraigan los pacientes cuando han estado en ellos, ya que las infecciones hospitalarias pueden ser irresistibles, pero esto no quiere decir que no puedan ser previstas, prevenibles y controlables por lo tanto no pueden calificarse como casos fortuitos. También, afirma que la responsabilidad es de carácter objetivo por lo que la parte demandada puede liberarse de pagar los perjuicios si demuestra que el paciente ya tenía la enfermedad cuando ingresó al centro hospitalario y dio la orden de remitir la decisión al Ministerio de Salud para que se diseñen y se implementen nuevos programas e iniciativas que permitan detectar, prevenir y reducir los riesgos de enfermedades que surgen cuando se prestan los servicios de salud. Con esta sentencia el Consejo de Estado, vuelve a la posición de la segunda etapa, en la que le pide a la entidad demanda que pruebe que no es la culpable de la falla en el servicio médico y vuelve a poner en posición defensiva al profesional de la salud y lamentablemente puede caer una posición rígida a favor del demandante dejando de lado la filosofía de la carga dinámica de la prueba, en la que las dos parte se encuentran en igualdad de condiciones aportar las pruebas y poder mostrar lo que verdaderamente sucedió.

En los procesos de responsabilidad médica de naturaleza administrativa, es preciso probar: i) el hecho culposo del profesional de la salud, ii) el daño que le fue ocasionado al paciente y/o familia y iii) el nexo causal entre el daño probado y el acto médico que provocó el proceso. Así pues, la carga de la prueba ha pasado por varias etapas en el Consejo de Estado, en las que esta Corporación ha adoptado determinada posición en los casos de responsabilidad médica.

⁷⁶ Ibid.

4. CONCLUSIONES

- ◆ La carga de la prueba permite que las partes intervinientes en un proceso puedan probar los hechos que se están citando e impedir los efectos nocivos que pueda resultar por omitirlos y así el juez pueda dar una sentencia sin terminar el proceso y sea suficiente con un “no está claro”. En este sentido la carga de la prueba a quien tenga un hecho favorable a su causa le permite allegar una prueba o si el juez la solicita. Si el evento no necesita prueba no se habla de carga probatoria.
- ◆ La carga de la prueba resulta importante porque la certeza de las decisiones judiciales se eleva, ya que se busca la verdad y la justicia.
- ◆ Entre sus características se encuentran: que debe estar consagrada en la ley como una regla objetiva, como un principio general único o en unos casos específicos debe ser establecida. Al ser aplicada pasa a ser una cuestión de derecho ya que está regulada por la ley y en caso de que un juez se equivoque en la distribución de la carga entre los actores del proceso se constituye en una violación de la norma. Debe ser aplicada por el juez con criterio objetivo; pero, puede tener un criterio subjetivo de parte del juez cuando tiene en cuenta cuál de las partes tiene mejores condiciones para hacer entrega de la prueba. No sustituye la actividad probatoria del que lleva la carga de la prueba en los intervinientes del proceso, ya que se acude a ella cuando hacen falta pruebas o es insuficiente para que el juez tome una decisión de fondo.
- ◆ En cuanto a la distribución de la carga de la prueba: i) la carga de la prueba le es impuesta a quien demanda, pero, por una excepción también al demandado; ii) en esta teoría la carga de la prueba se impone a quien afirma y releva de ella a quien la niega; iii) cuando se exige al demandante probar los hechos en los que fundamenta lo que pretende y al demandado en qué se fundan sus excepciones; iv) teoría de regla (normal) y excepción (anormal); v) la carga de la prueba se le adjudica a quien pretenda innovar; vi) tesis en la que los hechos presentados en la demanda o en las excepciones qué hechos deben ser probados por cada parte sean afirmados o no; vii) en esta tesis cada parte debe probar los supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable; viii) tesis en la que la distribución de la carga de la prueba se realiza de acuerdo a la posición de las partes intervinientes en relación con el efecto jurídico perseguido.

- ◆ En la primera etapa respecto a la carga de la prueba, el Consejo de Estado mantuvo la posición de exigirle al demandante que debía probar que la entidad estatal cometió falla en el servicio médico por la cantidad de errores que realizó en el manejo de los pacientes y que llevó en algunos casos al fallecimiento y en otros a problemas de salud irreparables.
- ◆ En la segunda etapa en lo concerniente a la carga de la prueba, el Consejo de Estado, exigió que la carga de la prueba la tuviera la entidad estatal, ya que para ellas era más fácil mostrar los procedimientos llevados a cabo y no al demandante, por lo que mantuvo esta posición en numerosas sentencias durante varios años.
- ◆ En la tercera etapa referente a la carga dinámica de la prueba, el Consejo de Estado pidió que tanto el demandante (paciente o deudos) y demandado (entidad estatal) probaran sus afirmaciones, es decir, que las actuaciones del centro hospitalario debían mostrar cómo fue su manejo respecto al paciente y éste exponer los hechos en que hubo falla en la actividad médica.
- ◆ En una cuarta etapa, especialmente, por una sentencia muy controvertida del año 2013, el Consejo de Estado volvió a la segunda etapa, es decir, a que la carga de la prueba se le exigió a la entidad estatal. Fue una sentencia muy discutida, ya que el Consejo de Estado, le ordenó a la entidad estatal pagar los perjuicios morales y materiales causados por la muerte de un paciente debido a una infección que fue adquirida por él cuando estuvo hospitalizado. Entonces, se comentó que se abría la puerta para que surgieran reclamaciones, cuando muchos creen que las infecciones que se puedan adquirir en un centro hospitalario hacen parte del devenir de un centro médico.
- ◆ El desarrollo jurisprudencial respecto a la carga de la prueba que ha tenido el Consejo de Estado ha pasado por diferentes etapas, que han traído cambios en la posición del demandante y del demandado. Unas veces, a favor de uno o de otro, y otras en iguales condiciones. Las dos primeras etapas presentaron una posición más bien rígida con las partes, puesto en una era el demandante quien tenía la obligación de aportar las pruebas, en una segunda etapa invirtió la posición y pasó a ser el demandado quien tenía la carga de la prueba. En la tercera etapa se busca una mayor equidad en la distribución de la carga de la prueba, por tanto, esta posición no coloca al profesional de la salud a ejercer su profesión de manera defensiva ni tampoco deja al demandado en la posición de demostrar los hechos llevando él solamente la carga de la prueba. Esta tercera posición, se considera como la más equitativa. Pero, con la

sentencia de agosto 29 de 2013, se volvió a abrir la posición de que fuese la entidad estatal la que llevara la carga de la prueba en los procesos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁMBITO JURÍDICO. Infecciones hospitalarias no son casos fortuitos: Consejo de Estado. Octubre 4 de 2013. Disponible en Internet: <http://ulahybeltranlopez.blogspot.com/2013/10/el-consejo-de-estado-y-la-sentencia.html> {Consulta: 20 enero de 2014}.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 90.

CONSEJO DE ESTADO. Colombia. Sentencia de febrero 5 de 1998, expediente 13.337. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 24 de 1990. Radicación número 5902. M.P.: Gustavo de Greiff Restrepo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1991. Radicación número 6243. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 7 de 1991. Radicación número 6367. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 1992. Radicación número 66255. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 24 de 1992. Radicación número 6754. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 5 de 1992. Radicación número 6817. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 30 de 1992. Radicación número 6897. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 7 de 1993. Radicación número 7715. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php>

{Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 9 de 1993. Radicación número 7795. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 18 de 1994. Radicación número 7973. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 15 de 1994. Radicación número 8380. M.P.: Julio César Uribe Acosta. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 3 de 1995. Radicación número 9142. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 22 de 1996. Radicación número 11301. M.P.: Jesús María Jaramillo Ballesteros. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 19 de 2009. Radicación número 18364. M.P.: Enrique Gil Botero. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 3 de 2010. Radicación número 18433. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 12 de 2010. Radicación número 37427. M.P.: Mauricio Fajador Gómez. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 28 de 2011. Radicación número 17512. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 28 de 2011. Radicación número 18515. M.P.: Stella Conto Díaz de Castillo. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de agosto 29 de 2013. Radicación 25000 2326 000 2001 01343 01. Expediente 30283. M.P.: Danilo Rojas Betancourth. Disponible en Internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriacde.php> {Consulta: 6 diciembre de 2015}.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-918 de octubre 29 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Trabajo de grado. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. 2000. P. 89. Disponible en Internet: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf> {Consulta: 14 de diciembre de 2013}.

PÉREZ GARZÓN, Carlos Andrés. Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. Popayán, mayo 22 de 2012. En: Revista Justicia y Derecho. Volumen 1. Enero-Julio de 2013. ISSN: 2323-0533. Disponible en Internet: www.ssrn.com/abstract=2544203 {Consulta: 16 agosto de 2014}.

PÉREZ RESTREPO, Juliana. La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – decaimiento de su aplicabilidad. Noviembre 16 de 2011. Disponible en Internet: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/11386/10399> {Consulta: 10 diciembre de 2013}.

ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina y MANSILLA, Carlos José. Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quién corresponde probarla? En: Revista Médico-Legal, N° 4 de 2004. P. 24-28. Disponible en Internet: http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2004/10/4/resp_jur_1_v10_r4.pdf {Consulta: 14 enero de 2014}.

UNIVERSIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA. UNAD. Módulo Gestión Pública y Derecho Administrativo. Unidad 2. Obligaciones y responsabilidades del Estado. Lección 2: El daño antijurídico en la responsabilidad del Estado. Disponible en Internet: http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_el_dao_antijuridico_en_la_responsabilidad_del_estado.html {Consulta: 7 enero de 2014}.