

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD EN LA
PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD PROFERIDA POR EL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
DURANTE LOS AÑOS 2003-2005**

PAOLA TATIANA CORONADO PENAGOS

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE DERECHO

NEIVA – HUILA

2006

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD EN LA
PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD PROFERIDA POR EL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
DURANTE LOS AÑOS 2003-2005”**

PAOLA TATIANA CORONADO PENAGOS

**Monografía de grado presentada como requisito
para optar el título profesional de abogado**

Directora

BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Abogada

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE DERECHO

NEIVA – HUILA

2006

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE DERECHO**

**Rector de la Universidad
RICARDO MOSQUERA MESA**

**Decano de la Facultad
ABELARDO POVEDA PERDOMO**

**Director de Monografía
Dra. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA**

A mis padres, hermanos, por el apoyo brindado, y a todas las personas que han contribuido con mi formación profesional, porque gracias a sus enseñanzas he aprendido que el derecho, en tanto interprete los imperativos de la justicia y el devenir histórico, es y seguirá siendo, elemento insustituible al servicio de la convivencia social.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: APECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ACTO MÉDICO	14
1.1. RELACIÓN MÉDICO – PACIENTE	17
1.2. EL CONSENTIMIENTO MÉDICO	19
1.3. EL ACTO MÉDICO	26
1.4. CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL ACTO MÉDICO	27
1.5. LEX ARTIS	31
1.6. HISTORIA CLÍNICA	33
1.7. REGULACIÓN NORMATIVA DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA EN COLOMBIA	35
1.8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN DEL ACTO	

	MÉDICO QUE OCASIONA UN DAÑO	39
1.8.1.	Responsabilidad ético – disciplinaria.	40
1.8.1.1.	Ley 23 de 1981: Ley de ética médica en Colombia.	43
1.8.1.2.	Los Tribunales de Ética Médica.	45
1.8.1.3.	El proceso ético – disciplinario.	46
1.8.2.	Responsabilidad penal.	47
1.8.3.	Responsabilidad civil-profesional del médico.	50
	 CAPÍTULO II: REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	 54
2.1.	Responsabilidad Civil Médica.	57
2.1.1.	Responsabilidad Civil Médica Extracontractual.	64
2.1.2.	Responsabilidad Civil Médica Contractual.	65
2.2.	DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD.	70
	 CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD	 72
	 APECTOS GENERALES	 72

3.1.1.	Evolución en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia.	72
3.1.1.1.	La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.	73
3.1.1.2.	La Jurisprudencia del Consejo de Estado.	78
3.2.	LA NOCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO Y SU APLICACIÓN A LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL	81
3.3.	REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO MANEJADOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	93
3.3.1.	Régimen de Responsabilidad Subjetivo.	94
3.3.2.	Régimen de Responsabilidad Objetivo.	95
3.4.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO	96
3.4.1.	La Falla del Servicio Médico y Hospitalario.	99
	 CAPÍTULO IV: LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO Y HOSPITALARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	 101
4.1.	ASPECTOS SUSTANCIALES	101
4.1.1.	Evolución jurisprudencial.	101
4.2.	ASPECTOS PROCESALES	113
4.2.1.	Jurisdicción competente.	
4.2.2.	Reformas al Código Procesal del Trabajo y su incidencia	

	en materia de jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de Salud.	118
4.2.3.	Interpretación del término de caducidad de la acción.	124
4.2.3.1.	Cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en los procesos de responsabilidad médica estatal.	125
	 CAPÍTULO V: LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO Y HOSPITALARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSOADMINISTRATIVO DEL HUILA (2003-2005).	 133
5.1.	ASPECTOS SUSTANCIALES	134
5.1.1.	Régimen aplicable a la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de Salud.	134
5.1.2.	Aspectos doctrinarios de la conducta médica.	136
5.1.1.1.	La relación médico paciente.	137
5.1.1.2.	El consentimiento médico.	138
5.1.1.3.	El acto médico.	138
5.1.1.4.	Contenido obligatorio del acto médico: La medicina como profesión de medios.	139
5.1.1.5.	Lex artis.	

5.1.1.6.	La historia clínica.	146
5.1.2.	Circunstancias que deben analizarse para comprometer la responsabilidad del Estado.	148
5.1.3.	Responsabilidad médica en el campo de la obstetricia	149
5.1.4.	Embarazo no deseado: debe acreditarse el daño y el perjuicio.	156
5.1.5.	Perjuicio indemnizable.	160
5.1.6.	Cuanto del perjuicio.	162
5.2.	ASPECTOS PROCESALES	163
5.2.1.	Jurisdicción competente.	163
5.2.2.	Caducidad de la acción.	163
5.2.3.	La carga de la prueba.	164
5.2.3.1.	La prueba de la relación causal.	170
5.2.4.	Legitimación por pasiva	173
	CONCLUSIONES	177
	BIBLIOGRAFÍA	180

INTRODUCCIÓN

En Colombia aún antes de la Constitución de 1991, el Estado era responsable de los perjuicios, sin embargo, el postulado establecido en el artículo 90 inciso 1 de la Constitución Política, señaló de manera expresa y tajante la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado; este mandato constitucional, no establece distinciones, de acuerdo a los ámbitos y sectores de actuación de las autoridades públicas y sus agentes, razón por la cual serán innumerables los sectores dentro de los cuales el Estado puede llegar a ser responsable; uno de ellos precisamente el sector salud.

La medicina como arte y ciencia de precaver y curar las enfermedades o dolencias del cuerpo humano, representa en la historia de la humanidad una de las actividades más importantes, al tener como fin la vida misma. La medicina es tan antigua como el hombre y muestra de ello es su evolución desde los tiempos primitivos cuando no era una actividad científica, y basaba sus conocimientos en la magia, la influencia de los astros y hasta en los fenómenos atmosféricos. Hoy en cambio, nos enfrentamos a una medicina mucho más científica, técnica y fundada en principios concretos, que deben servir como base, para exigir de los médicos y del Estado determinados comportamientos, adecuados a su nivel de responsabilidad en el sector.

Con el ejercicio de su profesión, los médicos desarrollan una labor humanitaria en búsqueda de la protección de la vida y la integridad personal del hombre. La medicina, es una actividad que indudablemente se encuentra ligada con la esencia misma del hombre, en cuanto la vida es el valor primordial de la vida del cual derivan los demás derechos fundamentales.

La importancia de la salud, conduce inexorablemente, a un papel activo del Estado, velando y procurando por una prestación eficiente del servicio, de lo cual no queda ninguna duda con la expedición de la actual carta Política, que en diferentes artículos hace mención a la vida y a la salud, como valores sujetos a protección por parte del Estado, mediante la eficiente prestación del servicio médico.

Es la constitución la que nos da los lineamientos generales, para determinar si el Estado debe responder ante determinadas situaciones, desarrollándose de ésta manera una concepción moderna del Estado de Derecho, como expresión jurídica y patrimonial. En sede de responsabilidad en la prestación de servicios de salud adquiere gran importancia la jurisprudencia como criterio auxiliar¹, razón por la cual la presente monografía aborda dicho tópico de la responsabilidad, desde la

¹ El artículo 230 de la C. P. establece: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

perspectiva del ejercicio de la judicatura en nuestro Departamento, adentrándose primeramente en conceptos generales de la responsabilidad médica y del Estado.

El objetivo principal del presente trabajo fue la determinación de las líneas jurisprudenciales adoptadas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila durante los años 2003 a 2005, identificando posibles tendencias y contradicciones. Nuestro trabajo monográfico lo hemos dividido en cinco capítulos, el primero de ellos relativo al tema de los aspectos generales de la responsabilidad derivada del acto médico, en el segundo capítulo se trataron los regímenes de responsabilidad civil médica y su diferencia con la responsabilidad médica en el campo Estatal, en el tercer capítulo hemos abordado el estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado en términos generales y enfocándolo principalmente a la responsabilidad patrimonial de la Entidades Estatales prestatarias del servicio de salud, el cuarto capítulo, sobre la falla del servicio médico y hospitalario en la jurisprudencia del Consejo de Estado y el quinto y último en el cual analizamos la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, durante los años dos mil tres (2003) a dos mil cinco (2005).

Concretamente se analizaron las siguientes jurisprudencias del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila: Sentencia de 27 de septiembre de 2003, M. S. Dr. GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 41 001 2331 002 1.994 – 7759 Tomo 30 Folio 373; Sentencia calendada del 04 de febrero de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 8879 F. 413

T. 34; Sentencia de 04 de marzo de 2004, M. S. Dr. JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO, Rad. 41 001 23 31 001 1996-8997 00; Sentencia 19 de marzo de 2004, M. S. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 1995 8172 00; Sentencia de 07 de mayo de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Rad. 41 001 2331 002 1994-7953 T. 31 F. 161; Sentencia 08 de marzo de 2005 M. S. Dr. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 2001 1061 00, sentencia de 11 de enero de 2005, M. S. Dr. Enrique Dussan Cabrera, Rad. 41 001 23 31 003 1996 8850 00.

De igual manera se tuvo como referente, para el análisis de los indicados fallos, la doctrina nacional extranjera autorizada sobre el tema, los fallos proferidos por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica, y los siguientes pronunciamientos del Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en lo relativo al tema de la jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud: Sentencia del 18 de abril de 2002, registro 2002012701 190; Sentencia de 30 de mayo de 2002, Rad. No. 1100101020002000 20020533 01; Sentencia del 12 de julio de 2004, radicación No. 200401645 00 453 C.

Esperamos que ésta monografía sea de fácil comprensión y de agrado al lector, y que constituya un aporte en ésta materia para la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho de la universidad Surcolombiana.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ACTO MÉDICO

Varios tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad, y la mayoría de ellos concuerda en decir que es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño.

Así, para Arturo Alessandri Rodríguez² “en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento, que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra.

² Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981, pág. 10.

Concretamente, la responsabilidad médica se inscribe en el universo de la responsabilidad patrimonial a que da lugar el ejercicio de las profesiones liberales, cuando con ella se viola el clásico principio de no dañar a los demás. Con la nota característica de que la responsabilidad médica es más sensible a la sociedad, como quiera que incluye a toda la comunidad, usuaria real y potencial de los servicios de salud, que demandan no sólo la atención médica sino igualmente un servicio de calidad.

En otras palabras, la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión. Es decir, el médico que en el curso del tratamiento ocasiona por culpa un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento (capacidad), intención (voluntad) y libertad, genera obligaciones para su autor, en la medida en que se provoque un daño a otra persona.

Pese a la notoria relación entre los términos responsabilidad médica y responsabilidad en Estatal en la prestación del servicio de salud, necesario es realizar una diferenciación técnica entre ambos conceptos. La expresión responsabilidad médica implica tácitamente la obligación de indemnizar derivada

del acto médico que causa un daño al paciente, cuando la conducta del profesional es contraria a los postulados de la *lex artis*, expresión que limita el campo de la responsabilidad a la derivada de la conducta del médico; en tanto, al utilizar la expresión responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, se enmarcan igualmente situaciones en las que la atención médica prestada por un Ente Sanitario u Hospitalario deriva en un daño antijurídico para la persona que demanda el servicio de salud, daño que puede ser causado no sólo por la conducta del médico, exteriorizada en el acto médico, sino igualmente, y más frecuentemente, cuando la atención brindada por la Entidad del Estado es tardía, defectuosa, o simplemente cuando la Entidad no actuó cuando tenía el deber de hacerlo.

De allí que cuando hablamos de la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, hacemos referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de su actuar lícito o ilícito, cuando en desarrollo de su actuación genera un daño antijurídico al particular que demanda la atención del servicio de salud de un Ente Estatal encargado de prestarlo, pues todo aquél que cause un daño debe repararlo, incluso cuando es el Estado; tema que sin gracia de discusión se inscribe igualmente dentro del tema de la responsabilidad médica, pero para el cual esta última expresión queda técnicamente reducida para el universo de situaciones que pueden dar lugar a responsabilidad médica en el campo Estatal.

No obstante lo anterior, es claro precisar que la conducta del médico debe ser igualmente objeto de estudio, pues cuando el médico con su actuar, contrario a sus deberes, ocasiona un daño implica de contera la Responsabilidad del Ente Hospitalario donde la actuación médica se desarrolló.

1.1. LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Debe entenderse como relación jurídica, el nexo que une una persona con otra, la cual implica para cada una de las partes, una serie de derechos y obligaciones y en el campo médico puede ser carácter contractual o extracontractual. Los elementos personales que componen la relación médico paciente son el médico y el paciente.

1. *Médico*: Es el profesional perito en el conocimiento de la medicina, que brinda un servicio de atención médica, de conformidad al equipo e insumos necesarios que tenga, que puede contar a la vez con la coadyuvancia de personal técnico a su dirección; a efecto de emitir juicios sobre el estado de salud del paciente, ya sea para atenderlo, prevenirle, curarle o rehabilitarlo de alguna enfermedad que menoscabe su vida y su salud física.
2. *Paciente*. Cualquier persona que padezca de una enfermedad que menoscabe su vida y su salud física o mental; que de manera fortuita o

espontánea, pone a su disposición su vida y su salud, a otra persona denominada médico.

La relación jurídica medico paciente, puede entenderse desde dos enfoques: uno vertical y otro de carácter horizontal³.

1. *Desde la perspectiva vertical*, existe una subordinación del paciente hacia el médico, donde se considera al enfermo como incapaz de tomar decisiones; por lo que el médico decide por él, aunque fuera en deterioro del bienestar del paciente.
2. *Desde la perspectiva horizontal*, existe una relación de igualdad entre médico y paciente, donde la libertad autónoma del paciente juega un papel preponderante en la toma de decisiones en el ejercicio de su derecho de personalidad y de la información.

Para referir a la relación médico – paciente también se han ensayado opciones como relación de equipo de salud- paciente- familia o simplemente, relación clínica, para expresar la complejidad de un vínculo en que inciden otros actores, como el personal no médico o la familia. ⁴

³ Esquivel Zubiri Jorge Luis, Artículo Generalidades de Responsabilidad Civil Médico – Paciente, Pág. 2.

⁴ Galán Cortés JC, Aspectos Legales de la Relación Clínica, Madrid: Jarpyo, 2000:166.

Cualquiera que sea la denominación elegida, ésta relación se ha visto afectada por las transformaciones experimentadas en los aspectos organizativos de la asistencia médica, así como por profundos cambios culturales en los actores del proceso asistencial y sus relaciones recíprocas. Todo ello ha contribuido a un proceso de cambio de paradigma, que tiende a desplazarse desde el *paternalismo* a la *autonomía*, aunque algunos autores proponen la idea de la *relación responsable* como síntesis de esos dos modelos antagónicos referidos”.⁵

Es así, que el trato adecuado, la buena comunicación, la información suficiente, el consentimiento médico y el respeto al conjunto de los derechos del paciente son elementos claves en la prevención de los reclamos por responsabilidad médica.⁶

1.2. CONSENTIMIENTO MÉDICO

Es uno de los aspectos críticos en materia de responsabilidad médica, lo que en buena medida obedece a que la práctica y la cultura médica de nuestros países, va muy rezagada respecto a la doctrina, la jurisprudencia e incluso el propio derecho positivo.

⁵ Rodríguez Almada Hugo, Artículo Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica, Revista Médica Uruguay 2001; 17:17-23, pág. 18.

⁶ *Ibidem*, pág. 2.

No se trata de una simple formalidad de valor en la prevención de reclamaciones sino que constituye un derecho esencial del paciente, y una obligación ética y legal para el médico. Como bien se ha escrito, el consentimiento *“es un presupuesto de la lex artis y, por lo tanto un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad”*.⁷

Es un acto clínico, parte indisoluble del acto médico; el deber de informar en el contexto de la relación médico-paciente, y no puede ser sustituido por un acto meramente formal o de carácter administrativo.

En su origen, el consentimiento es una categoría jurídica del ámbito del derecho civil, siendo ajeno a la tradición médica, si bien en la actualidad constituye un presupuesto esencial de la relación médico – paciente. Por ello se considera *“una de las últimas aportaciones a la teoría de los derecho humanos”*.⁸

De allí que a propósito del tema se diga que la falta de información a los pacientes sobre los procedimientos médicos que se les va practicar derive en responsabilidad médica. De ahí nace el concepto de consentimiento informado, el cual se establece rotundamente como derivado de la dignidad relativa a la persona, en el convenio relativo a los Derechos Humanos, y a la Biomedicina

⁷ Galán Cortés JC. La Responsabilidad Médica y el Consentimiento Informado. Rev Med Uruguay 199; 15:5-12.

⁸ *Ibidem*, pág. 2.

conocido como Convenio de Oviedo, suscrito el 04 de abril de 1997, que establece:

*“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo puede efectuarse después de que la persona afectada haya efectuado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento, la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.*⁹

1. Titular del derecho a consentir

Es la propia persona y requiere capacidad de juicio quedando excluidos quienes estén privados de ella por razones transitorias o permanentes. La capacidad de juicio requerida, no es otra que la necesaria para tomar una decisión acorde con el sistema de valores del individuo. En situaciones excepcionales serán los familiares directos o sus representantes legales aquellos a quienes se les transfiere la capacidad de decidir.¹⁰

⁹ Formación en la Responsabilidad Profesional, Tomado de la página de internet <http://www.aeds.org/resprofisi1/htm>.

¹⁰ Rodríguez Almada Hugo, Obra Citada, Pág. 20.

Aunque los [niñ@s](#) y adolescentes no tienen capacidad civil, el consentimiento médico tiene un fuerte componente ético que trasciende el análisis de los requisitos de la validación. Cada vez se afianza más el concepto del derecho de quienes no alcanzaron la mayoría de edad al ser informados y participar en la toma de decisiones.

En este sentido, la Convención sobre los derechos del niño establece que “ *los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*” (art. 12. n. 1).

2. La oportunidad

Debe ser previo al acto médico y, además, debe ser mantenido a lo largo de todo el proceso, ya que es esencialmente revocable, sin que para ello sea necesario ninguna clase de formalidad, bastando solo la voluntad del titular.

3. La información

La información es obligatoria en toda actuación médica, aún en aquellas en que no se exige el consentimiento por tratarse de tratamientos impuestos por la ley. Es, a

su vez un elemento decisivo para apreciar la validez del consentimiento, siendo la cuestión de la información un problema cuantitativo y cualitativo.

La información debe ser razonable para tomar una decisión válida y auténtica (acorde a los valores del individuo). Debe comprender, entonces, todo lo que sea razonable para influir en una decisión de esas características y debe ser ofrecida en una forma y en lenguaje inteligible para el paciente, esto es de acuerdo a su nivel cultural y sus posibilidades de comprensión.¹¹

4. La forma

Hemos dicho que el consentimiento en su origen es una categoría del derecho civil, y al instalarse en la medicina adquiere un componente ético integrado a la relación médico-paciente. Es decir, es un acto clínico, un componente de la *lex artis*, y no una fórmula administrativa. En principio el consentimiento no requiere de ninguna clase de formalidad. “Es un contrato consensual y puede estipularse verbalmente”.¹²

Es frecuente la confusión entre consentimiento informado y consentimiento firmado, y la errónea creencia de que la firma de un formulario de consentimiento

¹¹ Galán Cortés JC, obra citada, 2000:166.

¹² *Ibidem*, pág. 21.

pone al médico al resguardo de reclamaciones. Sin embargo, un formulario de consentimiento firmado por el paciente, en nada limita la responsabilidad médica si existió culpa en la actuación profesional. Por el contrario, un acto médico correctamente realizado y consentido por el paciente excepcionalmente dará lugar a reclamaciones y no determinará responsabilidad profesional, independientemente de la existencia de un formulario firmado.¹³

Aunque es aconsejable la firma del consentimiento médico para aquellos procedimientos más riesgosos, esta constituye la información y se vuelve absolutamente irrelevante en ausencia de aquella. En todo caso el proceso de información y consentimiento debe ser registrado en la historia clínica ya que se acepta que la carga de la prueba de la información le corresponde al médico.

El consentimiento debe referirse exclusivamente a tópicos inherentes a la salud del paciente, además como hemos dicho no requiere de ninguna formalidad, pero esta premisa tiene una excepción en materia de trasplante de órganos, tema regulado en la legislación colombiana, al señalar que el consentimiento otorgado por el paciente, en uno de tales eventos debe ser consignado en un escrito. (Decreto 1171 de 1989, art. 33).

¹³ *Ibidem*, pág. 21.

En suma, como ya se expresó, el consentimiento médico integra la *lex artis* y ninguna discusión sobre sus aspectos formales puede olvidar que su valor es resultado de una buena relación clínica, en el marco del respeto de la autonomía, los valores y el derecho a una decisión consciente del paciente.

1.3. EL ACTO MÉDICO

El acto médico tiene tres momentos diferentes y éstos son:

- *El diagnóstico: “Es la actividad encaminada a conocer, descubrir las causa que originan el malestar, la enfermedad o la necesidad de los servicios profesionales del paciente”¹⁴.*

En otras palabras el diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la información directa o del laboratorio, sobre el paciente. Los errores, imprudencias, impericias y negligencias se presentan generalmente en ésta etapa, y una falla en el diagnóstico puede ser la causa de un fracaso en toda la actividad profesional con ese paciente; por eso es necesario que el médico sea lo más diligente posible en el diagnóstico y practique previamente todos los exámenes y pruebas necesarias para determinar el mejor tratamiento, o para recurrir a otros profesionales especializados si las circunstancias exigen mayores conocimientos.

¹⁴ Martínez Ravé Gilberto, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín: Editorial Diké, 1993, pág. 492.

- *El Tratamiento:* “Conocida la enfermedad o el trastorno que motiva el acercamiento del paciente al médico, es necesario, acertar en el tratamiento que se le va a dar al paciente. Se necesita precisar cuáles son las actuaciones, procedimientos o mecanismos que se van a utilizar para encontrar la curación y recuperación del paciente y para proteger su salud”.¹⁵

El tratamiento es la segunda etapa del acto médico, conocida también como etapa terapéutica, en donde se buscan las diversas formas de tratamiento para la enfermedad, es también de gran importancia, por eso el médico debe adoptar el mecanismo adecuado, como por ejemplo la cirugía o el tratamiento a base de drogas, o terapias que permitan la recuperación del paciente; es aconsejable que el médico haga conocer al paciente la situación, el procedimiento los riesgos y molestias que se pueden generar.

- *El postratamiento:* “es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social”.¹⁶

“Es aquella etapa posterior a la cirugía o a la terapia que exige el control, cuidado, seguimiento, y vigilancia de lo que se vaya dando después”.¹⁷

¹⁵ Martínez Ravé, Obra Citada, pág. 492.

¹⁶ Guzmán Mora, Obra Citada página en internet <http://www.medspain.com/ant/n10mar00/Actomed.htm>.

La negligencia, el error, o el descuido en cualquiera de las tres etapas del acto médico, puede generar responsabilidad civil o del Estado, según sea el caso, si el profesional de la salud desarrolló su intervención en una Institución del Estado, es decir puede originar para el profesional médico o para el Estado la obligación de indemnizar todos los daños o perjuicios que se ocasionen al paciente.

1.4. CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL ACTO MÉDICO

El médico se compromete a emplear todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia, y cuidado personal, para aliviar y cuidar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos inherentes al mismo. Respecto al contenido obligatorio de la conducta médica nuestra Corte Suprema de Justicia se ha expresado en los siguientes términos:

“La profesión médica, cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su transgresión delictiva o culposa puede dar origen a

¹⁷ Martínez Ravé, Obra Citada, pág. 492.

sanciones penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la Ley penal o que quede circunscrita a la ley civil.

En consecuencia el médico tiene todo el deber de poner todo el cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita que será calificada por el Juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar la víctima, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar”.¹⁸

Es así como la Corte Suprema de Justicia, acoge la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado que establece el derecho francés, clasificación que valga la pena señalar no tiene consagración legal en Colombia, y determina que por regla general las obligaciones que contraen los facultativos son obligaciones de medios y no de resultado, por tal razón ellos no se obligan “a sanar el enfermo sino a ejecutar el acto o serie de actos que según el ejercicio de su profesión de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Héctor Gómez Uribe, Jurisprudencia y Doctrina, T. XVI., num. 184, abril 1987, pág. 301 a 327.

*puesto estos medios con arreglo a la ciencia y a la técnica constituye el pago de ésta especie de obligaciones”.*¹⁹

Al respecto el doctor Tamayo Jaramillo dice que: *“lo que hace que el médico a pesar del papel activo que desempeña, en la ejecución del contrato, solo tenga obligaciones de medio, radica en que, por más que controle la ejecución del contrato hay una serie de fuerzas físicas y biológicas que influyen en el resultado, hasta el punto de que el médico sólo tiene unas limitadas probabilidades de lograr la curación, que es objeto del acreedor, es decir por el paciente”.*²⁰

Si bien es cierto, las obligaciones del médico son por regla general de medio, existen campos específicos de la medicina en donde el galeno se obliga a un resultado, razón por la cual éste cumple con su prestación si cumple con el resultado al cual se ha obligado, en caso contrario se le presumirá culpable, y deberá resarcir los daños que con su actuar haya causado. Tal es el caso de las cirugías estéticas, aspecto sobre el cual nos referiremos a continuación.

En sentencia del 26 de noviembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia se refiere concretamente al tema de las cirugías estéticas en los siguientes términos:

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil y Agraria. Sentencia 03 de noviembre de 1977. Pág. 332.

²⁰ Tamayo Jaramillo Javier, Culpa Contractual. Bogotá, Editorial Temis, 1990, pág. 198.

“Por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el resultado buscado por la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano. Deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace responsable.

...

Cuando en el contrato se hubiese asegurado un determinado resultado, sino lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito, o culpa de perjudicada. Pero si el resultado no se ha asegurado expresamente, cuando se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre culpa o ausencia de ésta”.

Respecto a éste tema el doctor Yopez Restrepo opinó: *“el paciente acude al médico no porque tenga alguna enfermedad que lo aqueje, sino porque desea mejorar su aspecto estético, en virtud de alguna parte de su cuerpo, rostro, etc. Por ésta razón no se está hablando de una curación del paciente, sino de realizar un cambio estético en la persona que al ser preciso y determinado se constituye en un resultado, el cual es convenido al celebrar el contrato de prestación de servicios médicos”.*²¹

²¹ Yopez Restrepo Sergio, La Responsabilidad Civil Médica, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike 4ª Edición, 1996, pág. 77 y 78.

Más recientemente, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo, presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, se expresó en los siguientes términos sobre el contenido obligatorio del acto médico en las cirugías estéticas: *“Los médicos cirujanos no pueden garantizar resultados ciento por ciento. Si lo hacen deben responder por el éxito de la intervención y, si faltan deben ser sancionados”*.²²

Se dice entonces que *“en general la obligación asumida por el facultativo especializado en cirugía estética es de resultado, ya que de no prometer un resultado feliz, el paciente no se sometería al acto quirúrgico o tratamiento”*.²³

1.5. LEX ARTIS

La *lex artis* (ley del arte) constituye el criterio clave para determinar la existencia o no de responsabilidad médica, de tal modo que en el centro argumental y probatorio de los juicios de responsabilidad médica se ubica la cuestión de si hubo cumplimiento o apartamiento de ella. Romeo-Casavona la define como *las reglas*

²² Tomado del Periódico El Tiempo, edición de 09 de febrero de 2001, pág. 2-3. Comentario realizado por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la época a propósito de un fallo proferido esa semana por la Corporación Judicial respecto a dicho tema.

²³ Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Pág. 407.

*en consonancia con el estado del saber de esa ciencia que marcan las pautas en que deben desenvolverse las profesiones.*²⁴

Esta categoría refiere a la ejecución del acto médico en el marco de los criterios y procederes admitidos en un determinado tiempo y lugar, es decir en una situación histórica concreta (*lex artis ad hoc*). Así entendida se comprende su estrecha y natural vinculación con la educación médica continuada²⁵. No se trata de valorar como hubiera actuado el mejor médico en las condiciones ideales, ni si quiera si el acto médico se corresponde con lo propugnado por la escuela mayoritaria. Respecto al concepto de *lex artis* el doctrinante Hugo Rodríguez Almada se ha expresado en los siguientes términos:

“El concepto de lex artis se ha venido impregnando cada vez más de componentes éticos y es indisoluble de la idea de una buena relación médico- paciente, por lo que no basta el cumplimiento de los aspectos estrictos del acto médico.

Como ejemplo de lo anterior, véase que un procedimiento quirúrgico de coordinación correctamente indicado, oportuna y técnicamente bien ejecutado, no se ajustará a lex artis si no se cumplió con el deber de la

²⁴ Romeo Casavona, Carlos María. El Médico y el Derecho Penal, T. 1, La Actividad Curativa (Licitud y Responsabilidad Penal) Barcelona, Bosh, Casa Editorial, 1981.

²⁵ Galán Cortés JC, obra citada, 2000:166.

información (riesgos, alternativas terapéuticas, etc), es decir si el médico no contó con un consentimiento válido. Como tampoco se podrá afirmar que se actuó de acuerdo a lex artis si no registró adecuadamente el procedimiento en la historia clínica o si se infringió el procedimiento ético y jurídico de la confidencialidad.

En suma: a medida que la autonomía de los pacientes gana terreno, en la valoración de la lex artis pasan a cobrar creciente importancia la observancia de aquellos.²⁶

1.6. LA HISTORIA CLÍNICA

Fue definida por Laín Entralgo como *“el documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad”*.

Es un documento de singular importancia en la valoración de la responsabilidad médica, ya que es el reflejo de todas las actuaciones médico-sanitarias con el paciente, de toda la relación profesional sanitario-paciente y de todos los conocimientos, medios y actuaciones médicas que se ponen a su disposición.

²⁶ Rodríguez Almada Hugo, Obra Citada, Pág. 18.

La Ley 23 de 1981 en su artículo 31 define la historia clínica como *“registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en casos previstos en la Ley”*. El artículo 36 *ibídem* establece que la historia clínica deberá diligenciarse con toda claridad, y cuando quiera que haya cambio médico el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos, a su reemplazante.

La historia clínica es un documento de singular importancia pues refleja, no solo el acto médico propiamente dicho sino el incumplimiento de ineludibles deberes del médico como prestar asistencia, informar o recabe el consentimiento.

Pero antes que por su importancia médico - legal, la historia clínica resulta imprescindible en lo asistencial como medio de comunicación. En la realidad actual, la historia clínica mantiene su vigencia para ayuda de la memoria al médico, pero incorpora un trascendente valor como medio de comunicación entre las personas que intervienen en la asistencia de un paciente en un momento determinado²⁷.

²⁷ *Ibídem*, pág. 19.

Es así como el adecuado registro pasa a formar parte del acto médico y, por ello, se constituye en un criterio de *lex artis*. En éste sentido, la cantidad y calidad de lo registrado informa sobre la calidad de aquel acto médico.

La historia clínica es entonces un documento medico - legal complejo, que refleja los cambios acaecidos en las formas de la prestación asistencial y, en su condición de medio de comunicación, constituye condición necesaria para la asistencia médica, criterio de *lex artis* y aspecto crítico de la responsabilidad médica.

1.7. REGULACIÓN NORMATIVA DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA EN COLOMBIA

La profesión de la medicina, es tal vez la actividad que más se contempla en las distintas leyes y códigos del país, pero de forma dispersa y poco coherente con la realidad actual.

El desarrollo legislativo de la medicina comienza en la colonia con la expedición del primer Protomédico de Juan José Cortés en 1635, que tenía como fin crear acciones para refrenar el abuso de médicos y evitar la presencia de intrusos en esta profesión.

En 1801 se crea la Policía Médica, la cual tenía como objetivos el reconocimiento de los médicos a través de la certificación del título, la realización de exámenes a los médicos extranjeros con títulos dudosos, las visitas anuales a las boticas, el reconocimiento de los hospitales y las diligencias médico – legales.

En la época de la república aparecen nuevas leyes que regulan el ejercicio de la medicina: En 1841 se expide la Ley que reglamenta el ejercicio de la actividad médica y que consagró una lista de los médicos autorizados para ejercer, y en 1844 la Ley de los deberes de los miembros de la escuela de medicina, por otro lado, en 1846 aparece una ley que fija los honorarios que pueden cobrar los médicos autorizados para ejercer la profesión, es decir los que aparecen en la lista de la Ley de 1841, además establece unos casos en los cuales se puede fijar unos valores diferentes a los honorarios.

En 1929 aparece la Ley 35 de este año que reglamenta la profesión de la medicina y establece quienes pueden ejercerla. La Ley 67 de 1935 consagra la responsabilidad penal y civil de los médicos en el ejercicio de su profesión cuando ocurría algún perjuicio al paciente por su culpa, pero esta Ley no tuvo la importancia que se quería pues el doctor Alfonso Cardona explicó en 1942 que Ley 67 era inoperante, ya que se necesitaba un código positivo que estableciera con claridad cuando incurría el médico en culpa y cuando no, es decir cuando era responsable.

En 1957 aparece en Colombia un Decreto – Ley que sin mucha variedad respecto al resto del compendio legislativo pretendió establecer indemnizaciones que debían pagar los médicos cuando éstos eran declarados responsables.

Existen otras leyes y decretos que también han tratado la reglamentación de la práctica médica como la Ley 25 de 1935, y el decreto 281 de 1954, la Ley 14 de 1962, la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380 del mismo año, pero se encuentran desactualizadas con relación a las abundantes normas expedidas por diferentes gobiernos con objetivos políticos y de cobertura, como la Ley 10 de 1990, Ley 60 de 1992, y la Ley 100 de 1993, descuidándose en gran parte la labor importantísima que desarrollan los profesionales de la salud, y entre ellos los médicos.²⁸

La Constitución Política de Colombia en el artículo 49 dice: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, a los habitantes, y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad...”

²⁸ Proyecto de Ley No. 144 de 1998 SENADO, Virgilio Galvis Ramírez, Gaceta número 303, 27 de noviembre de 1998, pág. 5.

De la Constitución se derivan leyes especiales o generales, normas y proyectos que aún cuando no sean leyes, son documentos que tienen como fin regular el ejercicio médico y establecer sus funciones y campo de operación, para así poder determinar su responsabilidad a la hora de ejercer su oficio.

Con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, se presentaron muchos cambios en materia de prestación de servicios médicos, al igual que en el tema de la responsabilidad médica, es por eso que hay que ver con mayor énfasis el punto de “la responsabilidad médica e individual y en equipo así como la de los establecimientos de salud, y por ende de la responsabilidad del Estado, que al producirse un cambio en la relación médico – paciente y en la intermediación de las Entidades de Salud en la prestación del servicios médicos y de asistencia social, se ve fuertemente involucrada”.²⁹

La Ley ha recibido críticas como su poca profundidad a la hora de referirse a la relación médico – paciente, pues ésta relación “debe basarse en la libre escogencia que el paciente hace de su médico... cosa que resulta casi imposible puesto que el enfermo tiene que aceptar la imposición de la entidad correspondiente. De manera, que el especialista escogido no se elegido en razón del prestigio, idoneidad, y modelos de trabajo, sino que se viene interfiriendo el

²⁹ Castañeda F. Juan Ramón, De la Responsabilidad Civil Médica, Revista Derecho y Medicina, Pág. 2B.

derecho de escogencia de un acto libre, por una imposición que muchas veces no favorece a unos o a otros”.³⁰

1.8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN DEL ACTO MÉDICO QUE OCASIONA UN DAÑO

Abordaremos a continuación el estudio de las implicaciones jurídicas que pueden derivarse de la conducta del médico que ocasiona un daño en la salud a su paciente, las cuales pueden ser de orden ético-disciplinarias, penales, o de contenido patrimonial –civil profesional. Al respecto necesario es aclarar que en éste punto es la conducta médica, materializada en el acto médico complejo desarrollado en sus diferentes fases, la que sirve de punto de referencia para endilgar responsabilidad al profesional de la medicina.

Aunque la responsabilidad del médico no se contrae únicamente a la responsabilidad jurídica pues igualmente puede existir una responsabilidad moral, para nuestro estudio nos interesa el análisis de la responsabilidad jurídica del médico, que lleva inmersas consecuencias que trascienden al campo externo afectando la vida en sociedad, y en tanto viola normas jurídicas, por lo cual sus efectos se escapan del fuero interno del individuo y pasan al mundo jurídico

³⁰ REY FORERO, Eduardo. Responsabilidad en la Psiquiatría. Revista Derecho y Medicina. Volumen 4 No. 35, julio 2001, pág. 3B.

generando una carga en cabeza del autor del daño, que puede consistir en una sanción o una reparación.

1.8.1. Responsabilidad Ético-Disciplinaria

En el aspecto ético disciplinario de la conducta del médico retomaremos los argumentos expuestos por el Dr. Roberto Serpa Flórez³¹, quien en su libro *Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico* expone magistralmente y de manera acertada éstos temas.

Todas las actividades humanas se relacionan, de uno u otro modo, con la ética, es decir con la conducta moral de los hombres, con el bien y el mal, lo correcto y lo incorrecto. Pero la profesión médica por su estrecha vinculación con las experiencias más importantes y las vivencias más íntimas del hombre (el nacimiento, y la muerte, el dolor, y el sufrimiento, la salud y la enfermedad, la vejez y el desvalimiento), exige al médico conducta éticas como ningún otro quehacer humano.

La ética médica tiene una venerable y antigua tradición en el juramento hipocrático de los médicos asclepiades, discípulos de Hipócrates en la Grecia Clásica del siglo V a. de J. C. Estas tradiciones éticas, junto conocimientos de esta escuela,

³¹ Serpa Flórez Roberto, *Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico*, Monografías Jurídicas, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1995. Pág. 5 ss.

se transmitieron a la medicina romana y bizantina, a la medicina árabe, hebrea y cristiana del medioevo, pero modificadas por la moral de éstas religiones. En Europa se preservaron éstas enseñanzas éticas, en el Renacimiento y los Tiempos Modernos, en los siglos XV al XIX y hasta nuestro tiempo.

La integridad física y psíquica del paciente, su salud o sus enfermedades y hasta su propia vida, pueden depender en ciertos casos de la conducta del médico, conducta que a todas luces debe ser ética, no sólo por la responsabilidad social que implica el ejercicio de la medicina, sino igualmente por los valores más supremos con que ella se relaciona: la vida y la salud.

Las conductas médicas se exteriorizan en actos que dependen fundamentalmente de los juicios que el médico se forme en una situación dada, respecto al problema que tiene su paciente. Estos juicios son: el juicio clínico y el juicio ético. El juicio clínico se basa en los conocimientos, habilidades y actitudes, que tiene y que demuestre el médico en su actuación; el juicio ético implica que el médico tenga conciencia de las limitaciones de su propio conocimiento, que tenga en cuenta, ante todo, el interés del enfermo, que sepa evaluar los factores que intervienen en el pro y en el contra del “riesgo – beneficio” de su actuación.

La conducta ética del médico se logra no sólo con el cumplimiento de las normas codificadas y escritas en la ley, sino que requiere igualmente, que dicha conducta se base en los valores que el individuo haya adquirido durante los años de su

formación y en su ejercicio profesional. La ética médica, las actitudes éticas, son resultado de las experiencias de aprendizaje clínico; son conductas que se adquieren por medio de la identificación del estudiante de medicina con las actitudes y conductas éticas que ha observado en su maestro o profesor en situaciones clínicas concretas. La ética médica se expresa en conductas morales positivas hacia los valores éticos.

En cuanto a los textos escritos que estipulen las conductas éticas en el ejercicio de la medicina, encontramos algunos de corte internacional, y otros, a nivel interno. En el plano internacional encontramos el Código Internacional de Ética Médica, adoptado en el marco de la Tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial celebrada en Londres en el año de 1949, enmendado después en la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sidney, en 1968, y enmendado nuevamente en la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, en octubre de 1983.

Existen igualmente otras declaraciones de la Asociación Médica Mundial como: la de Oslo (1970) sobre aborto terapéutico, la de Sydney (1968) sobre la muerte, la de Tokio (1975) sobre la tortura y otros tratos crueles e inhumanos, la de Helsinki (1964) sobre investigación en seres humanos. La Asamblea Médica Mundial ha formulado recomendaciones acerca de las regulaciones en tiempo de conflicto armado, el ejercicio de la medicina en zonas rurales (1956) y celebra reuniones periódicamente para estudiar aspectos importantes de la medicina, y formular declaraciones oficiales sobre temas discutidos allí, por los representantes de las

declaraciones médicas nacionales. Estas conclusiones se han recopilado en el Manual de Declaraciones de la Asociación Médica Mundial y son una guía de acción para las federaciones nacionales y colegios médicos regionales que dependen de las federaciones médicas nacionales.

1.8.1.1. La Ley 23 de 1981: Ley de Ética Médica en Colombia.

En nuestro país, desde el año 1981 existe una ley en donde están codificadas las normas sobre ética médica, es decir las disposiciones que regulan los aspectos éticos del ejercicio de la medicina y los Tribunales encargados de aplicarla. Es la Ley 23 de 1981 (Ley de Ética Médica), reglamentada por el Decreto 3880 de 1981.

En el prólogo de la publicación oficial de la Ley decía el Presidente de la Federación Médica Colombiana: ..." no fue pues esta una tarea improvisada, sino una prolongada labor de estudio y análisis que incluyó básicamente los antecedentes de catorce países en tan importante campo y el examen de las más relevantes posiciones de las distintas Asambleas de la Asociación Médica Mundial". Y más adelante agregaba: "La característica fundamental de la ley 23 de 1981 podría sintetizarse diciendo que se trata de un conjunto de normas destinadas a proteger el responsable, correcto y honesto, ejercicio de la medicina,

a la vez que garantizar a la sociedad en general el cumplimiento de los principios sobre los cuáles descansa una adecuada relación médico-paciente”.³²

Las disposiciones de la Ley 23 de 1981 fueron demandadas ante la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1981, pero la Corte en su fallo de del 31 de marzo de 1982, las declaró exequible, es decir, ajustada a la Constitución, excepto la primera parte del art. 32. Los artículos 27 y 30 fueron declarados inexecutable por la Corte y por tanto, sin vigencia legal, mediante sentencia del 19 de octubre de 1989.

La ley 23 está dividida en cuatro partes o títulos. El título I contiene las disposiciones generales y tiene dos capítulos. En el capítulo I está la declaración de principios, un decálogo que resume la filosofía inspiradora de la ley. El capítulo II contiene el juramento que deben presentar los médicos colombianos al recibir el título que los autoriza legalmente para ejercer su profesión; es el mismo juramento de la Declaración de Ginebra con algunas modificaciones.

El título II. De la práctica profesional tiene seis capítulos: Cap. I. De las Relaciones con el médico paciente; Cap. II. De las Relaciones del médico con sus colegas, Cap. III. De la prescripción Médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas; Cap. IV. De las Relaciones del médico con las instituciones;

³² Tribunal Nacional de Ética Médica. Normas sobre ética Médica. Ley 23 de 1981; decr. Regl. 3380 de 1981, 2ª ed., 1991.

Cap. V. De las Relaciones del Médico con la Sociedad y el Estado; Cap. VI. Publicidad y Propiedad intelectual. El título III. Órganos de Control y Régimen Disciplinario, tiene tres capítulos: Cap. I. De la Federación Médica y los tribunales ético-profesionales; Cap. II. Del proceso disciplinario ético-profesional; Cap. III. De las sanciones.

1.8.1.2. Los Tribunales de Ética Médica.

La ley 23 de 1981 creó los tribunales de ética médica y les dio autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia (art. 63). El Tribunal Nacional está integrado por cinco miembros escogidos de una lista de diez médicos elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de 10 candidatos propuestos así: cuatro por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres, por la facultades de medicina legalmente reconocidas (art. 64).

Los Tribunales Seccionales de Ética médica (uno por cada departamento (art. 67) están integrados por cinco médicos elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica de una lista de diez candidatos presentada por el Colegio Médico correspondiente (Los colegios médicos son los capítulos departamentales de la Federación Médica). El periodo de los magistrados de los tribunales de ética médica es de dos años y pueden ser reelegidos; deben cumplir determinados

requisitos (art. 65 y 69) de idoneidad, solvencia moral y tiempo de ejercicio de la profesión.

1.8.1.3. El Proceso Ético-Disicplinario.

El capítulo II del título III de la ley 23 de 1981 nos dice como se instaura el proceso ético - disciplinario y se describe el procedimiento, que puede ser adelantado de oficio o por solicitud de una Entidad pública o privada o de cualquier persona. (Art. 74).

El Tribunal nombra a un magistrado para que instruya el proceso y levante el informativo. Al terminar la instrucción el magistrado presenta su informe de conclusiones en la sala plena y el Tribunal decide si hay o no méritos para formular cargos por violaciones al Código de Ética Médica. Si declara que hay méritos para ello, el inculpado después de haber recibido la comunicación escrita del auto en que se formulan los cargos, presenta sus descargos en una sesión especial. Si los descargos son admitidos cesa el procedimiento. De lo contrario el Tribunal en otra sesión fija la sanción correspondiente tal como lo establece la ley. Las sanciones son: amonestación privada, censura (que puede ser escrita pero privada, escrita o pública o verbal o pública) y suspensión del ejercicio de la medicina hasta por seis meses, o hasta por cinco años. Esta última sanción está reservada al Tribunal Nacional de Ética Médica. Las providencias de los tribunales

de ética médica admiten los recursos de reposición y apelación (arts. 87,88 y 90 de la ley).

1.8.2. Responsabilidad penal.

Para algunos autores se está frente a un caso de responsabilidad penal, cuando el particular ha violado o transgredido un derecho que se encuentra amparado específicamente en una norma penal, opinión que comparten Arturo Alessandri y Martínez Rave. Para otros, se habla de responsabilidad penal cuando el resultado dañino afecta a la sociedad en general. Es el punto de vista que exponen, entre otros, los hermanos Mazeaud y Josserand.

Considero que dichos conceptos no son excluyentes sino más bien complementarios. Se genera esta responsabilidad personal del profesional médico que ocasiona el daño cuando su acción u omisión lesiva está tipificada en el Código Penal como DELITO; por tanto, para que una actuación médica genere responsabilidad penal es imprescindible que tal conducta esté tipificada como delito en el Código Penal.

Las normas penales son igualmente aplicables a cualquier profesional de la salud cuando su conducta se adecue a uno de los tipos descritos en la ley, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que: “ *La profesión médica cuyo objeto es cumplir una función social implica obligaciones de carácter ético y profesional para*

quienes la ejercen, de tal manera que su transgresión delictiva y culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la ley penal o quede circunscrita a la responsabilidad civil. En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que cuando por negligencia, descuido u omisión cause perjuicios en la salud de aquellos, incurrirá en una conducta ilícita, que será calificada por el Juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”.³³

Es decir que la ejecución de un hecho descrito en el Código Penal como delito obliga a quien lo realiza a la reparación de los daños y perjuicios causados en la comisión de ese delito.

La responsabilidad penal es una responsabilidad personal y ello implica que, la sanción penal (condena) prevista solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito. No obstante si de la comisión del delito se generan daños en las personas o bienes, responde de la indemnización de dichos daños (a parte de la penal) directamente el responsable penalmente y otros en virtud de distintas relaciones. Por tanto el médico responderá de la sanción penal y

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 1985.

su entidad aseguradora (si tuviera concertada una póliza de responsabilidad civil) afrontará el pago de la indemnización por las lesiones causadas.

Ahora dentro de los delitos en que puede incurrir un médico se encuentra el homicidio, no tanto en su modalidad intencional, como sí en su hipótesis culposa, la cual puede surgir cuando el paciente muere durante un acto médico debido a su imprudencia, negligencia, impericia o por violación a los reglamentos. Cabe anotar también que cuando el médico mata a su paciente con el objeto de poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, le induce eficazmente al suicidio, o le presta ayuda efectiva para su realización, está incurriendo en delito.

Otro delito aplicable sería el de las lesiones personales que son de diferentes clases, deformidad, perturbación funcional psíquica, pérdida anatómica o funcional de órgano o miembro. Por otra parte el aborto es un delito previsto por la ley penal tanto para mujer como para la persona que lo cause, además de que pueden producir otro tipo de lesiones. Sería también posible eventualmente el delito de falsedad en documentos, en los casos en que el médico y que incluso el paciente borren, cambien, destruyan u oculten una determinada historia clínica.

Finalmente, se menciona que el derecho debe desarrollarse acorde con los nuevos descubrimientos y procedimientos médicos, regulándolos de acuerdo a sus intereses jurídicos, por lo que debe auxiliarse de aquellos que tienen

especiales conocimientos para poder hacer una legislación posible con la ciencia y la práctica³⁴.

1.8.3. Responsabilidad civil- profesional del Médico.

Según los hermanos Mazeaud profesional es “aquella persona que realiza una actividad habitual, ofrece y presta sus servicios. El profesional es una persona dotada de conocimientos pericias o saberes, por lo habitual están respaldados por la ostentación de un título acreditativo de la idoneidad para el desempeño de su función”.³⁵

Cuando el titulado con su conducta profesional ocasiona un daño que afecta el patrimonio material y moral de una persona, asume la responsabilidad civil que no es mas que la obligación de indemnizar, compensar patrimonialmente todos los perjuicios que con ella haya ocasionado el profesional en el ejercicio de su oficio”.³⁶

O como lo expresa Luis Martínez Calcerrada “la responsabilidad civil profesional, *cuyo nomen*, aboca sin más, a la que contraen o se atribuye a aquellas personas

³⁴ Yepes Restrepo Sergio, Obra Citada, Pág. 32 y 33.

³⁵ Martínez Calcerrada, Luis. La Responsabilidad Civil Profesional. Madrid, ed. Colex, 1999, pág. 21.

³⁶ Martínez Ravé Gilberto, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín: Ed. Dike, 1999, pág. 487.

que en el ejercicio de su que hacer profesional, y precisamente por eso, incurren en un ilícito o infringen un precepto que produce consecuencias perjudiciales para un persona”.³⁷

La responsabilidad civil - profesional, se compromete cuando se incumple con un deber jurídico a su cargo que trae como consecuencia un daño; es importante determinar, frente a cada actividad los deberes jurídicos a cargo del profesional, para así establecer los daños y el alcance de la responsabilidad que conlleva el incumplimiento de los mismos.

La responsabilidad civil profesional puede ser contractual o extracontractual. Contractual, si las consecuencias del hecho se suscitan por el incumplimiento o el cumplimiento tardío o inoportuno de un contrato de prestación de servicios. El profesional al celebrar un contrato de prestación de servicios, se compromete con el cliente a cumplir las obligaciones derivadas del mismo, ya sea las que expresamente se pactaron o las que sean de la naturaleza del contrato y se entienden incorporadas así no se indiquen expresamente, como también lleva implícitas las obligaciones esenciales de cada actividad profesional.

Por regla general las obligaciones contractuales que adquieren los profesionales, dentro de los cuales se incluye obviamente al galeno, son *obligaciones de medio*,

³⁷ Martínez – Calcerrada. Obra citada, pág. 22.

es decir que no exigen la obtención de un resultado exitoso de las gestiones o actividades profesionales. Los profesionales se comprometen a poner todo su conocimiento actividades y experiencias, pero no se comprometen a un resultado con las gestiones. El acto medico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si logra el resultado querido), o no actúa con la propiedad que la ciencia le exige. La diferencia existente entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado constituye el criterio que se usa para determinar cuál es el alcance de la obligación a cargo del deudor. En consecuencia permite determinar cuando hay incumplimiento.

El incumplimiento constituye el hecho o acto culpable que debe acreditarse al igual que el daño y el nexo causal para que se genere Responsabilidad Civil. En las obligaciones de resultado habría incumplimiento cuando no se obtenga un resultado, esto hace presumir la responsabilidad de quien adquirió el compromiso y por tanto el perjudicado se liberaría de la carga procesal de demostrar la culpa causante del daño. En éste caso el deudor debe responder por la indemnización; en el caso de las obligaciones de medio si no se obtiene el resultado esperado no habría incumplimiento, no teniendo el deudor, el deber de responder en todos los casos por la indemnización, debido a que éste se puede exonerar de ella demostrando diligencia y cuidado.

Desde otro punto de vista, la responsabilidad médica, es el tema género dentro del cual se inscribe nuestro tema de estudio, responsabilidad que a su turno se

inscribe dentro de diferentes regímenes de responsabilidad. Encontramos en primera instancia dos grandes regímenes que son el civil y el público; y a su turno el régimen de responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual.

CAPÍTULO II:

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La responsabilidad médica se estudia bajo las normas del Código Civil, o derecho privado en sentido lato, cuando el resultado dañoso se origina en un contrato de derecho privado suscrito entre el profesional médico y el paciente, o cuando la Entidad encargada de prestar el servicio de salud es una Entidad de carácter privado. A su turno ésta responsabilidad puede ser de carácter contractual, o extracontractual, dependiendo si el daño tiene como antecedente una relación jurídica establecida previamente mediante un acuerdo de voluntades creador de obligaciones – contrato, o tiene su origen *en un daño injusto, al que se refiere y conmisura la reacción del derecho que actúa con la imposición al sujeto que se halla en uno de los supuestos de responsabilidad hipotetizados en por la Ley de la obligación de indemnización del daño causado.*³⁸

De allí que la responsabilidad civil - profesional médico puede ser de carácter contractual o extracontractual. Será extracontractual cuando por cualquier evento, no existe un acuerdo de voluntades con el cliente, o con sus parientes, para la

³⁸ Francis Jordano Fraya, Consideraciones Preliminares para un Estudio Crítico de la Responsabilidad en el Código Español, afirmación realizada por Scognamiglio en su libro *Note Sulla Responsabilità del Depositario*, pág. 29.

prestación del servicio³⁹. Un ejemplo puede ser un abogado que tiene que atender una defensa de oficio que es impuesta por un funcionario público sin que medie la voluntad del defendido.

El Doctor Alfonso Tamayo Tamayo, co - redactor de la Ley 23 de 1981 y por varios años asesor jurídico del Tribunal de Ética Médica, ha tratado magistralmente éste tema, resumiremos su doctrina⁴⁰.

La actividad del médico en ejercicio de su profesión con su paciente origina una relación jurídica, un *contrato de derecho privado* cuando la relación se efectúa en el consultorio privado del médico, este contrato no requiere para su validez que sea escrito; es una relación civil contractual regida por el Código Civil.

Cuando el Paciente acude, ya no al consultorio del Médico sino de una Institución médico - asistencial, pública o privada a la que presta sus servicios el Médico, si éste es empleado asalariado, la relación jurídica origina una figura de responsabilidad civil extracontractual, porque el contrato es entre el paciente y la Institución. Caso distinto ocurre cuando el médico presta sus servicios a una Institución Médico asistencial como adscrito, es decir, cuando recibe honorarios y

³⁹ Que en la mayoría de los casos es el paciente, al ser tan frecuentes los casos en que los médicos tienen que prestar sus servicios de urgencia a personas que llegan en estado de inconciencia, o cuando son llevados por terceros que no tiene ninguna relación con ellos.

⁴⁰ Tamayo Tamayo, "Ética Médica y Responsabilidad", en Tribunal Nacional de Ética Médica, Ética y Responsabilidad en Medicina, Bogotá, 1991, págs. 52 y ss.

no sueldo; entonces en éste caso el médico responde individualmente por sus actos profesionales.

Las nuevas modalidades de prestación de servicios médicos que originó la Ley 100 de 1993 han traído consigo nuevas situaciones laborales y jurídicas. En lo pertinente a la responsabilidad del médico que trabaja con los sistemas de medicina prepagada en la IPS, la doctrina que sienta el doctor Tamayo es muy importante y aclara cualquier duda que al respecto pueda presentarse. Dice así el doctor Tamayo:

“Ahora bien si se trata de una adscripción para prestación del servicio y no de una dependencia laboral, el médico responderá individualmente por sus actos profesionales siempre y cuando las reglas que rigen la adscripción sean suficientemente claras sobre este particular y la entidad médico – asistencial, privada, pública, o de medicina prepagada, no anteponga una jerarquización al ejercicio médico, ni le imparta instrucciones al profesional, ni limite la autonomía, ni audite o evalúe permanentemente sus actos, pues si así procede puede llegarse fácilmente a configurar una solidaridad entre el médico y la Entidad para responder conjuntamente ante el paciente por cualquier daño que llegare a ocasionársele con el tratamiento o procedimiento médico”⁴¹.

⁴¹ Ibídem, pág. 53.

A continuación abordaremos el estudio de la responsabilidad civil profesional del médico en sus modalidades contractual y extracontractual, y en el capítulo siguiente desarrollaremos el tema de la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios de salud, y más adelante el análisis de la jurisprudencia proferida por el Tribunal Contencioso del Huila sobre dicho tópico del derecho.

2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Para Arturo Alessandri la responsabilidad civil *“es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal... Para que exista responsabilidad es indispensable que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro”*⁴²

Para los hermanos Mazeaud, *“la responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño privado. Por eso ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. La responsabilidad civil es una reparación”*⁴³. La responsabilidad civil puede variar, según la fuente de donde provenga; por tal razón puede ser legal, contractual o extracontractual.

⁴² Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada, pág. 27 y 28.

⁴³ Mazeaud, Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 9.

Entiéndase por responsabilidad civil, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros, por un hecho ilícito o por la generación de un riesgo creado. En el caso concreto de la responsabilidad del médico, es la necesidad que tiene éste de reparar los daños o perjuicios personales (tanto en su salud, como económicamente), que llegaran a producirse, durante el diagnóstico o tratamiento médico en agravio del paciente, derivadas de un hecho ilícito, la creación de un riesgo, o de su actuar culposo.

El *hecho ilícito* es la conducta antijurídica, culpable y dañosa. Para efectos de responsabilidad médica, diremos que el hecho ilícito es cuando el médico contraviene algunos de los elementos de existencia o de validez del acto jurídico clínico, produciéndose por su culpa o negligencia, algún daño económico, moral o sobre la integridad física del paciente.

El *riesgo creado*, es la conducta lícita pero que por utilizar algún objeto peligroso, sin culpa alguna de su causante, logra crear un siniestro que produce de igual forma daño. Para efectos de responsabilidad médica, el riesgo creado es cuando por la utilización de algún instrumento técnico o de la ingeniería biomédica, o por algún suceso derivado de las condiciones patológicas o del estado físico del paciente, o de otras circunstancias personales o profesionales relevantes se produce daño sobre el paciente, ya sea este económico, moral o sobre su integridad física.

Las formas que existen de indemnizar son de dos tipos, ya sea efectuar una reparación naturalmente o hacerlo patrimonialmente. La primera tiende a borrar los efectos dañosos, restableciendo las cosas a la situación que tenía antes de él – *reparación in natura* -, reparación que en el caso de la responsabilidad médica se tornará imposible, por ejemplo cuando el daño causado es la cesación definitiva de las funciones vitales.

Cuando con en ejercicio de su profesión el médico ocasiona un daño, se genera para el facultativo la obligación de indemnizar el perjuicio causado, o en otros términos deriva en responsabilidad civil o de carácter patrimonial. Esta ocurre cuando a raíz de una acción u omisión, se genera un daño a una persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción u omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima, es decir, de quien experimentó esas consecuencias dañosas.

La jurisdicción competente para conocer de los litigios relacionados con la responsabilidad civil – médica, es la jurisdicción ordinaria, la cual, salvo contadas excepciones ha radicado la responsabilidad civil profesional del médico en el sistema de la culpa probada, acogiendo los postulados clásicos, según los cuales “no hay responsabilidad sin culpa”, de manera que si la víctima que sufrió el daño no está en capacidad de demostrar dicha culpa, no hay lugar a la reparación del perjuicio.

En este sentido ha elaborado una línea jurisprudencial, que un primer momento se caracterizó por prescindir de la exigencia de la demostración de la culpa como elemento estructurante de la responsabilidad, ora radicándola en el criterio de la culpa presunta, ora en la responsabilidad objetiva por el ejercicio de actividades peligrosas, con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, tal como lo describe la Corte Suprema de Justicia en el célebre fallo del 30 de enero de 2001, en donde se hace una reseña de los antecedentes jurisprudenciales en ésta materia, que en relación con ésta primera etapa sostiene:

“Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego que ésta no ha sido una constante posición de la Corporación, porque en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G. J. 2217, págs. 759 y ss.), inmotivadamente **se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico le era aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de una actividad peligrosa.** Además anteladamente había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de marzo 14 de 1942, donde examinó un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante, de hacer un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre

otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató diciendo el “error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no así en aquellos que, como el presente – el mal de rabia – la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida de su paciente que a su saber y a su diligencia se confía”.

“De otro lado, ya en el punto de la responsabilidad contractual del médico, tampoco puede olvidarse como antecedente doctrinal, así se haya producido extrañamente a propósito de caso diferente (incumplimiento de un contrato de asistencia técnica y financiera para cultivo de tomate), lo planteado en la sentencia de casación del 03 de noviembre de 1977, donde la Corte, poniendo un ejemplo con ocasión del análisis sobre el requisito del daño, el cual debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, formuló, lo menos para el ejemplo, se repite, **un inversión de la carga de la probatoria en el tema de responsabilidad médica**. Dijo la Corte en dicha providencia: “Esta condición o requisito del daño en el proceso, si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírsele que demuestre que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la suspensión o disminución del tratamiento. Es al médico a quien corresponde demostrar, ora si

prestó competentemente sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos” (G. J., 2398, pág. 332). Igualmente, la sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G. J. 2423, Págs. 359 y ss), donde, con respecto al mismo tema, la Corte **presume la culpa** para el evento que se ha asegurado por parte del médico un determinado resultado y no lo obtiene”.⁴⁴ (Negrillas fuera de texto).

Reiteración jurisprudencial, que demuestra que ésta posición no fue causal, ni exótica, más bien se puede advertir en ella una cierta tendencia jurisprudencial que aboga por prescindir de la exigencia para los demandantes de la demostración de la culpa del médico, como requisito para la procedencia de la declaratoria de responsabilidad, para, en su lugar, proponer en éste aspecto la inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia podemos observar un segundo momento, cuya posición hoy mantiene la Corte, que parte de la distinción entre la responsabilidad extracontractual del médico y la responsabilidad contractual, cuyos antecedentes son los siguientes, tal como esta Corte los describe en la sentencia de 30 de enero de 2001:

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Bogotá, D. C., 30 de enero de 2001. C. P.: Dr. JOSÉ FERNANADO RAMÍREZ GÓMEZ.

1. “Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J., t. XLIX, págs. 116 y ss), donde la Corte empieza a descubrir **la doctrina de la culpa probada**, pues en ella, además de indicar que en éste tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de *“la culpa del médico sino también de la gravedad”*, expresamente señaló el descalificamiento de la actividad médica como una *“empresa de riesgo”*, porque una tesis así sería *“inadmisibile desde el punto de vista legal y científico”* y haría *“imposible el ejercicio de la profesión”*. **Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general, actualmente sostiene la Corte...** (negrillas fuera de texto) se reitera en las siguientes sentencias:

2. En sentencia de 12 de septiembre de 1985, reiteró la Corte que: *“...el médico tan sólo se obliga a poner en su actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”*.

3. En sentencia de 26 de noviembre de 1986, “...se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que *“el contrato se hubiere asegurado un determinado resultado”*, pues *“si no lo obtiene”*, según la Corte, *“el médico será culpable y tendrá que indemnizar la víctima”*, a no ser que logre demostrar una causal de exoneración, agrega la providencia, como la fuerza mayor, caso fortuito o culpa probada.”

4. “La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998”.⁴⁵

2.1.1. Responsabilidad civil médica extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual del médico tiene lugar cuando entre el médico y el paciente no ha mediado ningún acuerdo de voluntades previo, así “cuando, según las circunstancias, no se trata de asistencia médica con base en un contrato las consecuencias perjudiciales de esa asistencia a de regularse por la responsabilidad civil extracontractual.”⁴⁶

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del médico, en la sentencia 30 de enero de 2001, la Corte Suprema de Justicia reitera su doctrina de la culpa probada, sosteniendo:

“Con relación a la responsabilidad civil extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del Código Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 05 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (...), descartándose así la

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Bogotá D. C., 30 de enero de 2001. C. P. Dr. JOSÉ FERENANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

⁴⁶ MARTÍNEZ – CALCERRADA, Obra Citada, Pág. 296.

aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegiadas del artículo 2356 del Código Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de asimilarse a ellas”.

2.1.2. Responsabilidad civil médica contractual.

Es la que se deriva del incumplimiento, de un contrato por parte del médico, por parte del médico que vincula al paciente, y presupone por tanto, que aquél acudió al médico como paciente particular.

En materia de responsabilidad civil médica contractual, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la tesis de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, considerando que por lo general la obligación médica es de medio, lo que supone que la no obtención del resultado deseado no permite presumir la culpa del deudor (para el caso del médico), en la consideración de que, conforme a esta clase de obligación contractual, se promete solamente conducirse con prudencia y diligencia en el cumplimiento de una prestación, pero no en obtener un resultado, razón por la cual, es al acreedor de la prestación (paciente), a quien le corresponde la demostración en la culpa del médico (deudor). Lo que implica la consagración en materia de responsabilidad civil médica contractual del sistema

de la culpa probada, pero por vía de la distinción que es doctrinal, mas no legal, en nuestro medio jurídico, entre obligaciones de medio y de resultado.⁴⁷

En éste sentido se ha pronunciado recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 30 de enero de 2001, que venimos comentando:

“Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico es de medio aunque admitió que puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica con fines estéticos. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de la culpa del médico”.

⁴⁷ Manuel Guillermo Sarmiento García. Estudios de Responsabilidad Civil, 1ª edición, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2002, Pág. 254: “Con todo el respeto que me merecen tanto los exponentes de la doctrina como de la jurisprudencia colombiana, esta tesis sobre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado es totalmente equivocada, ya que la diferencia consagrada en el artículo 1137 del Código Civil Francés, no existe en el Código Civil Colombiano, que contempla una situación completamente diferente en el artículo 1604, estableciendo una graduación de la culpa en grave, leve y levísima, de acuerdo con la utilidad que surge del contrato y consagrado una presunción de culpa derivada del incumplimiento de la obligación que sólo puede ser derivada con la prueba de la diligencia debida”.

La tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia respecto a la obligaciones de medio y de resultado, con el objeto de clasificar la obligación del médico como una de medio y de ésta manera acoger el sistema de la culpa probada, ha recibido numerosas críticas por parte de gran sector de la doctrina, toda vez que tal sistema de clasificación de las obligaciones no haya consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico, y por otro lado, desvirtúa jurídicamente el contenido del artículo 1604 del Código Civil, que consagra por regla general la presunción de culpa en materia contractual, cuando claramente expresa: “(...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega”.

Al respecto merece especial mención los comentarios realizados por el Dr. Luis Guillermo Serrano Escobar⁴⁸, quien acertadamente realiza una crítica a la sentencia en comento, determinado que a su modo de ver es inconsistente y contradictoria, que lejos de dar un sustento jurídico a ésta posición, termina fundamentando su tesis en la culpa probada, acudiendo a la reminiscencia de su propia jurisprudencia, tomando por referencia la sentencia de 1940 en forma tautológica, y que por vía de su argumentación pretende generalizar la posibilidad emanada del inciso final del artículo 1604, la cual es causal y exótica, que textualmente indica: “(...) Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de

⁴⁸ Luis Guillermo Serrano Escobar, Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica Contractual, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D. C., 2004. Págs. 50 y ss.

las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

Agrega además que si existen leyes especiales que contraríen los mandatos del artículo 1604 para el caso de la responsabilidad contractual médica, debió la Corte Suprema de Justicia indicar cuáles son esas normas, para efectos de justificar su posición, pues de lo contrario evidencia la debilidad de su argumento.⁴⁹

Finalmente, en la sentencia en comento, luego de reiterar la regla tradicional, según la cual es necesario demostrar la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual, finalmente contempla la posibilidad de flexibilizar esta regla acogiendo la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba:

“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación al deber de asistencia y cuidados propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial, y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el

⁴⁹ Serrano Escobar Luis Guillermo, Obra Citada, pág. 52.

principio de la carga de la prueba (C. P. C. Art. 177), visto con un sentido dinámico socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones , pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la imposibilidad de concretarlas en el tiempo y en el espacio, y por ende de probarlas”.

Respecto a ésta postura jurisprudencial se ha expresado el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo en los siguientes términos: “... *debidamente refrendado por la misma Corte - refiriéndose a la carga dinámica de la prueba – en virtud de una sentencia de 13 de septiembre de 2002, en el cual ratifica varios de sus postulados (exp. 6199). Otro tanto hay que manifestar; de cara al fallo – también reciente – del 11 de septiembre de 2002 (exp. 6430), en el cual se aborda lo relativo al tipo de responsabilidad que, frente al paciente, emerge para el galeno, vincula a un clínica o establecimiento hospitalario (contractual o extracontractual), tema no abordado en el pasado, incluida la pernotada sentencia del año 2001, por lo menos en la órbita del jus privatum”.*⁵⁰

⁵⁰ Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, “Responsabilidad Civil Médica”, en *COLECCIÓN DE ENSAYOS* No. 8, Bogotá, D. C., 2002. Publicado por la Pontificia Universidad Javeriana.

2.2. DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

Se impone la necesidad de diferenciar entre la responsabilidad civil médica y la responsabilidad médica estatal en la prestación de servicios de salud, no sólo porque la jurisdicción competente para conocer en uno y otro caso es diferente, sino igualmente, porque éste aspecto procesal tiene efectos en materia probatoria y en la decisión misma.

El primer aspecto diferenciador entre ambos regímenes de responsabilidad es su fundamento. Así, la responsabilidad médica en el ámbito estatal se convierte en una garantía de los asociados frente a los eventuales daños que en el desarrollo de su actividad les cause a éstos el poder público, en cuyo propósito se ha desplazado el criterio de imputación de la valoración de la antijuridicidad del actuar del Estado a la antijuridicidad del daño mismo. En cambio, la responsabilidad civil se refiere a las relaciones jurídicas entre particulares, ubicados a primera vista en un mismo plano de igualdad, en donde la obligación de reparar el daño causado nace de la obligación del deber de cumplir, ya sea de un contrato establecido previamente entre las partes, o de las normas generales de respeto a los demás

establecidas en el orden jurídico, y se pretende reparar el daño que la conducta ilícita, irregular o culposa que el obligado causó en el patrimonio del otro⁵¹.

Respecto al fundamento jurídico se observan igualmente notas disímiles, pues mientras la responsabilidad estatal tiene por fundamento el artículo 90 de la Carta Política, la responsabilidad civil se estructura en las nociones del Código Civil. Así mismo se diferencian en que la primera halla como jurisdicción competente para conocer de los litigios que se originan con ocasión a ella, la contenciosa administrativa, mientras que en la segunda la encargada de resolver tales controversias es la jurisdicción ordinaria.

⁵¹ Luis Guillermo Serrano Escobar, *Obra Citada*. Pág. 12.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

3.1. ASPECTOS GENERALES

3.1.1 Evolución en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia.

El desarrollo que el tema de la responsabilidad estatal ha tenido en Colombia, viene enmarcado por dos grandes momentos y la razón de esto encuentra explicación en que Colombia es un país que cuenta con una doble jurisdicción: por un lado la jurisdicción ordinaria de la cual su más alto tribunal es la Corte Suprema de Justicia y por el otro lado, una jurisdicción especializada; la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siendo el Consejo de Estado su mayor y único exponente hasta el momento, aunque tras lagos años de consagración meramente legal se avizora al fin la puesta en funcionamiento de los Juzgados Administrativos.

Por esta razón encontramos un primer periodo que comprende la jurisprudencia que sobre el tema produjo la Corte Suprema de Justicia, organismo que tuvo la

competencia general sobre estos temas hasta 1964, fecha en la cual comienza el segundo periodo en el cual se encuentra la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre dicho tema, el cual lo ha hecho hasta nuestros días, en virtud del decreto ley 528 de 1964 y otros ordenamientos posteriores, tales como el decreto Ley 01 de 1984, mediante el cual se adoptó el Código Contencioso Administrativo que, con algunas modificaciones introducidas principalmente mediante el decreto ley 2304 de 1989, la ley 446 de 1998, y la ley 80 de 1993, es el estatuto general que hoy rige la materia.

3.1.1.1 La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La jurisprudencia que sobre el tema de la responsabilidad estatal emitió la Corte Suprema de Justicia, surgió desde el siglo XIX basándose, inicialmente, en regímenes especiales y desde ese momento en adelante su fundamento fue objeto de varias modificaciones.

En una primera etapa la Corte Suprema de Justicia declaraba la responsabilidad del Estado, siempre y cuando así estuviera establecido en un texto legal especial y expreso. El trabajo de la Corte consistía en aplicar o hacer cumplir la ley o decreto que eran los que consagraban explícitamente los casos en que el Estado debía indemnizar a las personas que resultaron perjudicadas por su acción u omisión, pero es importante recalcar que solamente respondía si así lo instituían las normas: el perjudicado no podía pedir indemnización alguna, aunque probara el

perjuicio, la acción o la omisión del ente estatal y la relación de causalidad, si dicha indemnización no estaba consagrada en una ley o un decreto. Así las cosas, lo importante era la existencia del texto legal que consagraba la responsabilidad del Estado y el derecho a la consecuente indemnización.

El autor colombiano Juan Carlos Henao Pérez al caracterizar ésta época manifiesta: “la responsabilidad del estado nace siendo una responsabilidad de naturaleza objetiva así dispuesta por el legislador.”⁵²

Desde 1896 hasta 1941 la Corte Suprema de Justicia a través de sus sentencias empieza a sentar un principio de responsabilidad estatal, independiente de que una norma legal estipule o no la obligación que tiene el Estado de indemnizar los daños que cause. Este principio de responsabilidad tiene su fundamento en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil, los cuales establecen la **responsabilidad indirecta**, la cual tiene su sostén en los conceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

Esta responsabilidad indirecta implica que la responsabilidad de los agentes se proyecta en la persona jurídica, como una presunción, según la cual la culpa de los agentes es la culpa de la persona jurídica, quien será la responsable y esto se

⁵² Henao Pérez, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. En: Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996. Pág. 736.

basa en que es la persona moral quien debe escoger sus agentes y vigilar su proceder. Por ello si algo falla, es atribuible a la persona jurídica que escogió mal su personal o no lo vigiló adecuadamente, presunción que puede desvirtuarse demostrando el ente estatal su diligencia y cuidado al momento de elegir y acreditando que se vigiló adecuadamente a sus agentes.

Alrededor de los años cuarenta la Corte empieza a aplicar la noción de la **responsabilidad directa** cuyo fundamento normativo se consagró en el artículo 2341 del Código Civil, pero esta aplicación no fue absoluta por cuanto se seguía acogiendo a la par la tesis de la responsabilidad indirecta. El argumento central de esta teoría consiste en sostener que no hay razón para distinguir entre la persona moral y sus agentes: persona moral y agentes son un mismo ente, de forma tal que la actuación de los agentes es la misma actuación de la persona jurídica, y en consecuencia, la responsabilidad de los agentes es la misma responsabilidad de la persona jurídica, no en base a una presunción, sino en razón de conformar un mismo sujeto. De allí que de acuerdo con ésta teoría, la culpa personal del agente compromete de manera inmediata la responsabilidad de la persona jurídica, porque la culpa del agente es su propia culpa, las obligaciones de elección y vigilancia de las personas jurídicas sobre sus agentes no explican la responsabilidad de éstas, y existe solidaridad entre la persona jurídica y el autor del daño, por tanto, aquélla puede repetir contra éste el valor de la indemnización que hubiere pagado a la víctima.

Posteriormente hizo carrera la teoría organicista para explicar la responsabilidad del Estado, tesis según la cual, la persona jurídica puede ver comprometida su responsabilidad de dos formas, dependiendo de la clase de agentes que hayan actuado en la producción del daño.

Esta tesis distingue dentro de la persona jurídica dos clases de agentes: aquellos que representan la voluntad de la Entidad, que son los que ejercen funciones de dirección y control y son conocidos como los agentes-órganos y los otros que no representan la voluntad del ente y son los conocidos como agentes-auxiliares.

Cuando el que actúa es un agente-órgano, como son estos los que manifiestan la voluntad de la persona jurídica, al comprometer su responsabilidad lo hacen de forma directa, es decir, la persona jurídica responde con base en el artículo 2341 del Código Civil, porque esta clase de agentes no se distinguen de la persona jurídica sino que son tomados como un mismo sujeto, pues ellos manifiestan y encarnan, por así decirlo, la voluntad de la persona moral. Esta se exonera de responsabilidad demostrando, el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, es decir, la presencia de un factor extraño. En el caso de los agentes-auxiliares, como ellos no manifiestan ni representan la voluntad de la persona jurídica, en el momento de la producción del daño, con aplicación de las presunciones de culpa *in eligendo e in vigilando* contenidas en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil, la Entidad Estatal se exonera de responsabilidad demostrando la ausencia de culpa, puesto que son presunciones.

En sentencia del 30 de Junio de 1962⁵³, en el proceso de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el municipio de Bogotá D.E., se realiza un detallado estudio sobre la responsabilidad de las personas jurídicas tanto de derecho privado como derecho público, en el cual además de elaborar un recuento histórico acerca las diferentes tesis que ha acogido la Corte Suprema de Justicia para explicar la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado y público, estableció que en lo atinente a responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público la tesis que debe aplicarse es la de falla del servicio público o culpa de la administración, fundamentada en el artículo 2341 del Código Civil y en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 “porque entre los deberes sociales del Estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño”⁵⁴. Según el fallo, las principales características de la falla del servicio son las siguientes:

a) No es importante, al momento de analizar la responsabilidad, la culpa personal del agente, puesto que ésta es reemplazada por la noción de falla del servicio. Por tal razón no es necesario, al momento de pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues para ello solo se necesita la prueba de la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público;

⁵³ Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Editorial Legis, Tomo IX, número 104, pág. 621 a 635

⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de Junio de 1962. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Edit. Legis, Tomo IX, número 104, pág. 621 a 635.

b) Hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal, debido al deber primordial impuesto por la Constitución en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios públicos;

c) Los requisitos que la víctima debe demostrar son la falla del servicio y el daño originado por dicha falla, así como la relación de causalidad entre aquella y éste.

d) El Estado se exonera de su responsabilidad probando el elemento extraño, puesto que esta es una responsabilidad subjetiva fundada en la noción de culpa o falla.

e) La responsabilidad de la administración por falla del servicio se fundamenta en el artículo 2341 del Código Civil y en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886.

3.1.1.2. La Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Al analizar la jurisprudencia que sobre el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado ha emanado del Consejo de Estado Colombiano, hay que destacar tres períodos plenamente determinados; el primero de ellos que comprende la etapa en que dicho Tribunal detentaba una competencia residual en la cual conocía de las acciones de responsabilidad por daños u ocupación transitoria de la propiedad

privada por causas de trabajos u obras públicas⁵⁵, el segundo que empieza en 1964⁵⁶ y se extiende hasta la expedición de la nueva Carta Política colombiana de 1991, donde es el Consejo de Estado quien ostenta la competencia general sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado y presenta un gran desarrollo del tema, y el último período que inicia con la nueva Constitución la cual además de consagrar constitucionalmente el principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado, introduce el concepto de daño antijurídico.

a) Primer período: La Competencia residual del Consejo de Estado.

En este primer período la jurisprudencia sobre el tema de la responsabilidad estatal, se encuentra limitada a la aplicación de las normas legales que de forma expresa consagraran la responsabilidad del Estado, como es el caso de las normas sobre trabajos públicos y la ley 167 de 1941 sobre ocupaciones de la propiedad inmueble particular. Durante esta etapa, cabe recalcar dos sentencias proferidas en 1960 en las cuales el Consejo de Estado afirma que la responsabilidad de la administración no puede ser analizada con fundamento en

⁵⁵ En principio la Ley 167 de 1941 contemplaba que el Consejo de Estado conociera tanto de las acciones indemnizatorias por ocupación permanente y transitoria de propiedades privadas con motivo de obras o trabajos públicos, pero la Corte Suprema de Justicia en pleno declaró inexecutable los artículos que reglamentaban lo concerniente a las acciones indemnizatorias por ocupación **permanente** de propiedades privadas, y sustentaron dicha decisión con la afirmación según la cual, de acuerdo con la Constitución Política la llamada a defender el derecho de propiedad privada era la jurisdicción ordinaria y no la administrativa.

⁵⁶ El Decreto Ley 528 de 1964 trasladó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo las competencias que anteriormente detentaba la Corte Suprema de Justicia en asuntos concernientes a la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

las normas del derecho civil, sino que debe hacerse con fundamento en las normas del derecho administrativo y declara que el sostén de la misma es el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 el cual establecía *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”*.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia primigenia no recurrió a la noción de falla del servicio, debido a que, de una parte, la responsabilidad era declarada conforme a ley preexistente la cual de forma concreta reconocía la responsabilidad del ente estatal sin necesidad de que el juez entrara a realizar un examen del buen o mal funcionamiento del servicio; simplemente si se presentaban los requisitos establecidos por las leyes especiales, se declaraba la responsabilidad.

De otra parte, porque la noción de falla del servicio, tal como se la concibió después, apareció inicialmente como una mera mención en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de donde aparentemente la tomó el Consejo de Estado posteriormente (hacia 1960 aproximadamente), para incorporarla luego, de manera definitiva, a partir de 1964 como el principal fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En sentencia del 29 de Julio de 1947⁵⁷ en el conocido caso del periódico “El Siglo S.A”, el Consejo de Estado aplicó por primera vez el régimen de responsabilidad objetiva fundada en la noción de daño especial, es decir aquel que invoca el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual el ciudadano que como consecuencia del obrar de la administración se ve obligado a soportar una carga más onerosa que la que corresponde soportar a los demás ciudadanos y como resultado de ese tratamiento discriminatorio sufre un perjuicio, tiene el derecho a ser indemnizado. En esta sentencia, se consagra la responsabilidad por hechos y actuaciones de la administración fundamentada en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y fundamentándose no ya en las normas del Código Civil sino en disposiciones de derecho público como las de la ley 167 de 1941 que constituía el Código Contencioso Administrativo.

b) Segundo Período: 1964 hasta la Constitución Política de 1991.

Como anteriormente se anotó, es en esta fecha que se inicia la competencia general del Consejo de Estado sobre los temas de responsabilidad esto en virtud del decreto ley 528 de 1964. Durante esta época, empieza a recurrir el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la teoría de la falla del servicio, la cual solía caracterizar así: *“si se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios*

⁵⁷ ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, T. LVI, pág. 448 y siguientes

*ocasionados... esa responsabilidad se origina en último término en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común*⁵⁸.

Es durante esta época que dicha teoría adquiere su mayor fuerza de modo tal que viene a constituirse en el régimen común de la responsabilidad del Estado, aplicándose por parte del Consejo de Estado, en la mayoría de situaciones en las que se está en presencia de una responsabilidad de la administración.

Es importante mencionar que el Consejo de Estado en 1990 en sentencia del 30 de marzo del mencionado año, con ponencia del consejero Dr. Antonio José De Irisarri, modifica la noción de falla del servicio, desvinculándola del concepto “descriptivo” que hasta entonces la caracterizaba el mal funcionamiento, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del servicio, para darle un fundamento jurídico más amplio, vinculado a *“la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce*

⁵⁸ ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, T. LXXII, pág. 257

*de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política”.*⁵⁹

Lo que quiso el Consejo de Estado con esto fue precisar la noción de falla del servicio que se venía usando y dar a la noción un contenido no tan descriptivo, de forma tal que para aplicar dicha noción es necesario que se verifique que en la actuación de la administración se presenta la violación de la ley o reglamento que establece las funciones de la respectiva autoridad pública o la violación del principio general de conducta establecido en la constitución; y que la violación de las obligaciones que la Constitución, las leyes y los reglamentos imponen a las autoridades puede presentarse tanto por el funcionamiento tardío, como por el mal funcionamiento o el no funcionamiento del servicio, es decir que estas vienen a constituir modalidades que puede revestir la falla del servicio.

Durante este período, también se desarrollaron nuevos temas como lo son la falla presunta del servicio y la responsabilidad por riesgo excepcional, de igual forma la jurisprudencia desarrolló y profundizó el estudio de la responsabilidad de la administración pública por el daño especial, pero manteniendo siempre como régimen común el de la falla del servicio.

⁵⁹ ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, T. CXVIII, pág. 789.

c) Tercer período: De la constitución política de 1991 en adelante.

En este período, a raíz de la expedición de la nueva Constitución Política y especialmente con la incorporación del concepto de “daño antijurídico” en el artículo 90 de la misma, como fundamento de la responsabilidad del Estado, la doctrina y jurisprudencia nacional han venido manifestándose sobre el tema, emitiendo variedad de criterios, opiniones y teorías, relativas al régimen de responsabilidad que consagra la mencionada norma constitucional.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia es el fundamento y la cláusula general de responsabilidad estatal⁶⁰ en nuestro país, disposición constitucional que textualmente dice:

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

⁶⁰ Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional al interpretar el contenido del artículo 90 de la Carta Política son coincidentes al afirmar que éste principio general no sólo es fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado sino también de la responsabilidad contractual, Ver Corte Constitucional C-333 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá D. C., 1 de agosto de 1996.

La disposición constitucional transcrita establece claramente dos tipos de responsabilidad con características y elementos disímiles: en su primer inciso se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares, y el inciso final indica la responsabilidad de los agentes estatales frente al Estado.

A partir de 1991 varios cambios sustanciales ocurren respecto al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado a saber: Por primera vez en el ámbito constitucional se consagra el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, en forma específica y no derivándolo de otros principios normativos. En efecto, bajo la Constitución Política de 1886, no existía norma alguna que constituyera en forma expresa la responsabilidad del Estado solamente se vislumbraba una obligación en cabeza del Estado, de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra y bienes.⁶¹

Fue entonces con la actual Carta Política que se impuso al Estado la obligación de responder por todos los daños antijurídicos que le sea imputables en los términos del artículo 90 Constitucional arriba transcrito. Así pues, la responsabilidad del Estado es tan clara como la norma que la estipula y cualquier autoridad que cause un daño antijurídico que le sea imputable, bien sea causado por acción u omisión, hará patrimonialmente responsable al Estado.

⁶¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886. "Artículo 16.- Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honras, y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La responsabilidad del Estado, entonces puede ser, contractual o extracontractual; a pesar de ser responsabilidades de naturaleza diferente, ambas tienen en la actualidad el mismo fundamento constitucional – artículo 90 inc. 1 -. La diferencia fundamental entre los dos tipos de responsabilidad, radica en los títulos jurídicos de imputación.

De conformidad con el artículo 90 citado, para comprometer la responsabilidad del Estado se requiere estar en presencia de:

- 1) Un **daño antijurídico**
- 2) Que le sea **imputable**

Son entonces estos elementos fundamentales de la responsabilidad del Estado, elementos que deben estar siempre presentes en todos los títulos jurídicos de imputación que aunque se diferencian unos de otros tienen la misma base constitucional. Sobre este particular la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado, sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume

mientras que en algunos eventos de ruptura de igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva”⁶²

Es importante resaltar que la imputación de la responsabilidad se podrá predicar tanto de la acción como de la omisión de las autoridades en el cumplimiento de las funciones públicas asignadas por la ley o la Constitución directamente.

3.2. LA NOCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO Y SU APLICACIÓN A LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

El concepto de daño antijurídico se erige como fundamento o pilar de toda la responsabilidad del Estado, apartándola del elemento subjetivo (culpa o dolo), y centrándolo en el daño. La noción de daño antijurídico fue desarrollada principalmente por los doctrinantes españoles, especialmente por el profesor Eduardo García de Enterría, quien lo define como *“perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud”*. Y explica: *“la nota antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”⁶³*

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996.

⁶³ García de Enterría, Eduardo. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. Madrid : Editorial Civitas S.A. Reedición, 1984. Pág. 176.

En Colombia el profesor Juan Carlos Henao lo define como *“aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad suponiendo la aplicación del principio iura novit curia”*, lo cual, evidentemente, no es una definición. De allí que a renglón seguido el autor deba explicar: *“El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato”*⁶⁴.

Para el autor, la inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, no implica una objetivación de la responsabilidad; para él siguen presentándose los regímenes subjetivos (falla probada y falla presunta), solo que el fundamento, en todos los casos, va a ser el daño antijurídico, pero según cada caso este se puede revelar como falla del servicio, (presunta o probada), o como daño especial, o como riesgo excepcional u otros regímenes no condicionados por la presencia de una falla del servicio.

La Corte Constitucional en sentencia número C-333 del primero de agosto de 1996, al decidir sobre la exequibilidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993 concuerda con el profesor Henao al definir el daño antijurídico como *“aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”* y anteriormente en la misma providencia expresó *“no significa que los*

⁶⁴ Juan Carlos Henao, *El Daño: Análisis Comparativo de la responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C.

títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de igualdad de las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico⁶⁵

Es claro que para la Corte Constitucional la inclusión del concepto de daño antijurídico en nuestro régimen jurídico, no conlleva la objetivación de la responsabilidad estatal, sino que por el contrario se siguen aplicando los diferentes regímenes ya sean subjetivos u objetivos según las circunstancias en que se presenten los hechos.

Como anteriormente se anotó, la inclusión de dicho principio ha generado varias reacciones dentro de la jurisprudencia y doctrina nacional, pues hay diversas opiniones respecto al régimen de responsabilidad que ha quedado consagrado a raíz de la nueva Carta Política, ya que unos opinan que lo que se ha establecido es una responsabilidad objetiva del Estado Colombiano, mientras que otros afirman que aunque no se puede hablar de una responsabilidad totalmente objetiva sí se presenta con este artículo 90 una tendencia hacia la objetivación de

⁶⁵ Sentencia C-333 de la Corte Constitucional del 1 de Agosto de 1996. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXV, número 298, pág. 1260.

la responsabilidad, es decir, que ya no se tiene como régimen común de responsabilidad el de la falla probada, sino que el régimen común ahora de responsabilidad es el de aquellos sistemas no sometidos o supeditados a la presencia de falla del servicio.

Otros, como nuestra Corte Constitucional y Juan Carlos Henao, consideran que el artículo 90 no ha eliminado los regímenes que la jurisprudencia del Consejo de Estado venía aplicando, ni siquiera que se prefiera uno u otro régimen, pues todos los regímenes se siguen aplicando en iguales circunstancias, y lo único que cambia es que el fundamento genérico de la responsabilidad es el daño antijurídico y como fundamentos especiales existen los tradicionales declarados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la noción de daño antijurídico en el caso de la responsabilidad estatal en las prestación del servicio de salud, el Consejo de Estado, en un primera etapa, interpretó que la noción de daño antijurídico daba lugar a una responsabilidad objetiva, pero como no encontró la manera de aplicar tal criterio de imputación a la responsabilidad médica estatal, que para el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo debía seguir gobernado por criterios de imputación subjetivos, como la falla del servicio, utilizó la tradicional clasificación de las obligaciones propia del derecho civil, entre obligaciones de medio y de resultado, sosteniendo que ésta noción de daño antijurídico no se aplica a la obligación de medio, en la cual se ha catalogado tradicionalmente a la medicina,

para seguir radicándolo en criterios de imputación subjetivos, atenuándolo con la noción de falla presunta del servicio:

*“Se entiende así porque se clasifica esa responsabilidad de objetiva, en principio no juega el problema de la culpa,.... Se dice, en principio, porque pueden existir hipótesis en que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese, por ejemplo, en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio”.*⁶⁶

Respecto a esta posición del Consejo de Estado, se ha expresado el autor Luis Guillermo Serrano Escobar en los siguientes términos: *“Y si a esta conclusión arribó el Consejo de Estado, lo fue por una comprensión errónea de la noción de daño antijurídico aplicada a responsabilidad médica, que no supone necesariamente que todo daño que cause el médico en el ejercicio de su profesión da lugar a responsabilidad, pues hay casos igualmente en que este daño se justifica y por tanto el paciente está en la obligación jurídica de soportarlo, por ejemplo, los que son circunstanciales al acto médico, en tanto tenga reportado la ciencia médica como de común ocurrencia, de cuya eventualidad haya sido*

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, julio 30 de 1992. Consejero Ponente: CARLOS BETAUR JARAMILLO.

advertido el paciente, a pesar de lo cual otorgó consentimiento para su intervención...⁶⁷

Sobre éste mismo aspecto y en el mismo sentido, se ha expresado el Dr. Eduardo García De Enterría, con el propósito de aclarar su noción de daño antijurídico y apoyándose en la jurisprudencia española: *“Aún admitiendo –dice – la eventual concurrencia de la necesaria relación de causalidad entre la asistencia sanitaria y los daños producidos y partiendo también de la responsabilidad objetiva de la administración (que no exige la mediación de la culpa o negligencia por parte del personal de ella dependiente), no siempre procederá, a pesar de ello, declarar responsabilidad de la administración, puesto que el paciente tiene el deber jurídico de soportar los efectos inherentes o propios de la terapia establecida para su curación o, incluso, razonablemente derivados de la particular intervención que se le practique”*.⁶⁸

Nótese que en ésta comprensión del daño antijurídico aplicado al caso de la responsabilidad médica se puede prescindir de la valoración de la culpa, para radicarla igualmente en el daño, en donde, para efectos de establecer la responsabilidad, se precisa valorar si este es o no jurídico, es decir, si la lesión es

⁶⁷ Luis Guillermo Serrano Escobar, Obra Citada, Pág. 7 y ss.

⁶⁸ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo II, sexta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1999, pág. 373.

o no consustancial al procedimiento terapéutico, conforme lo reporta la literatura científica.⁶⁹

3.3. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO MANEJADOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Con la aparición del artículo 90 en la Constitución Política, todos los regímenes de responsabilidad creados a lo largo de varios años de jurisprudencia, deben quedar circunscritos al régimen unificado establecido por la misma en el artículo 90. Es decir que, los regímenes de responsabilidad siguen teniendo plena vigencia de aplicabilidad, siempre y cuando respeten los lineamientos establecidos en el texto constitucional.

Hoy día existen varios regímenes de responsabilidad Estado, pero existen dos, que tradicionalmente se han manejado como fundamentales:

- a) Régimen de responsabilidad subjetivo.
- b) Régimen de responsabilidad objetivo

⁶⁹ Luis Guillermo Serrano Escobar, *Obra Citada*, Pág. 9 y 10.

3.3.1. Régimen de responsabilidad subjetivo.

Es aquel donde la responsabilidad del Estado se compromete a través de la falla del servicio. En este caso el juez, al hacer el control de la actividad estatal, hace una comparación entre la actividad probada en el expediente y la norma que consagra el deber jurídico, para así verificar la configuración de una falla del servicio.

Son cuatro los requisitos que necesariamente deben concurrir en un régimen de responsabilidad subjetivo:

- 1) El hecho dañoso.
- 2) El daño antijurídico.
- 3) El nexo causal.
- 4) La falla del servicio.

Así mismo, dentro de la responsabilidad subjetiva encontramos dos grandes regímenes:

- 1) Falla probada del servicio.
- 2) Falla presunta del servicio.

Ambos regímenes requieren del cumplimiento de los cuatro elementos anteriormente señalados; la diferencia fundamental entre éstos radica en el aspecto probatorio. En efecto, en el régimen de la falla probada del servicio el demandante tiene la carga de probar además de la falla del servicio el resto de los elementos mencionados, es decir, el hecho dañoso, el daño antijurídico y el nexo causal, mientras que el régimen de la falla presunta del servicio, el demandante solo debe probar que efectivamente se produjo un hecho dañoso, prueba que, hace surgir en favor suyo una presunción según la cual, éste se produjo como consecuencia de un falla del servicio. Así pues, se presume entonces que hubo una falla del servicio, pero no que existe responsabilidad puesto que para que pueda sostenerse lo último, la víctima deberá demostrar la existencia de los tres elementos restantes, es decir, el daño, el hecho dañoso y el nexo causal.

Por su parte, el Estado solo puede ser exonerado de responsabilidad en la medida en que, haciendo uso de los medios probatorios adecuados, consiga desvirtuar la ocurrencia de la falla del servicio.

3.3.2. Régimen de responsabilidad objetivo.

Es aquélla que se compromete sin falla del servicio; el presupuesto del cual se parte es que la actuación del Estado no admite reproche pero que sin embargo se termina generando un daño. Bajo este régimen de responsabilidad deben configurarse tres (03) elementos básicos:

- 1) El hecho dañoso;
- 2) El daño, y
- 3) El nexo causal.

La jurisprudencia ha ubicado dentro de éste régimen casos específicos como el de la expropiación, la indemnización por daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación por causa de trabajos públicos y bodegas oficiales.

El Consejo de Estado tradicionalmente ha venido estructurando las responsabilidades médico-estatal con fundamento en la teoría de la falla del servicio, régimen de responsabilidad que trataremos a continuación, con sus notas características en tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico u hospitalario.

3.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO

Al Estado, en virtud de las diversas funciones que ejerce, puede endilgársele responsabilidad por diferentes causas dentro de las cuales podemos mencionar la responsabilidad por fallas en la administración de justicia, por ocupación de inmuebles, por daño especial, por riesgo excepcional, por trabajos públicos y por falla o falta en el servicio, debido a que los daños causados en la atención realizada por los prestatarios de la organización estatal, se ha encuadrado doctrinaria y jurisprudencialmente en ese marco de responsabilidad.

El tema de la falla del servicio tiene importantes consecuencias en el marco de la responsabilidad médica, ésta relación se manifiesta en el hecho de que el profesional de la salud que trabaja en una institución hospitalaria perteneciente a la organización administrativa y origina responsabilidad del Estado cuando en la prestación de servicios médicos causa daños en la salud del paciente.

Uno de los más importantes regímenes de responsabilidad estatal es la falla del servicio, la cual encuentra fundamento en las faltas cometidas por el Estado en el cumplimiento de sus cometidos, siempre que se originen en una actuación tardía o defectuosa o en hechos u omisiones que ocasionen un daño.

La teoría de la falla del servicio consiste en *“afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en el mismo que genere un daño, da lugar a la responsabilidad directa del Estado”*⁷⁰. Según el Consejo de Estado cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio, quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica de un servicio que el Estado debía prestar, bien por disposición de la ley o los reglamentos, o cuando de hecho lo asume y no lo presta, o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo.

⁷⁰ Vidal Perdomo Jaime, *Dercho Administrativo*, Bogotá, E. Temis, 1987, 9 Edición, Pág. 93.

Se trata entonces de un régimen de responsabilidad con *culpa probada*, razón por la cual le corresponde al demandante probar los elementos estructurales que la constituyen: i) Una falta o falla del servicio del Estado, ii) Un daño, y iii) Una relación de causalidad entre la falta o falla del Estado y el daño.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que en la responsabilidad por falla del servicio, la *culpa* exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común, por cuanto mientras ésta es eminentemente subjetiva, imputable a un individuo, aquélla puede ser una culpa o falla funcional, orgánica o anónima.⁷¹

La falta que debe demostrarse, entonces es una irregularidad en la prestación de un servicio, el cual no funcionó o funcionó mal o tardíamente, ocasionando un daño en los derechos de ciudadano, correspondiéndole a la Administración demostrar lo que genéricamente se denomina causa extraña, para liberarse de la responsabilidad.

3.4.1 La Falla del servicio médico y hospitalario.

El Consejo de Estado ha venido estructurando la responsabilidad médico-estatal bajo la teoría de la falla del servicio, la cual supone que sólo se compromete la responsabilidad estatal cuando el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado, o

⁷¹ Rodríguez Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, 4 Edición, Editorial Temis, 1987. Pág. 338.

si lo ha hecho ha sido defectuosamente, violando las normas legales o los postulados de la *lex artis*, dando lugar a ocasionar daños a las personas que han requerido el servicio lo cual supone que el factor de atribución de ésta responsabilidad es subjetivo o por funcionamiento irregular o anormal del servicio.⁷²

Con base en lo anterior, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reiterado que para la imputación de responsabilidad en cabeza de la administración, por la prestación de servicios de médicos, se hace necesario demostrar los elementos estructurales que la configuran, es decir, la falla del servicio, consistente en la irresponsabilidad, en el descuido y la omisión por parte de los médicos; el perjuicio cierto y determinado, y la relación de causalidad entre la falta y el perjuicio.

No obstante, éste criterio de imputación en sede de responsabilidad médica ha sido atenuado con la aplicación de la denominada *falla del servicio presunta*, en donde el factor de atribución sigue siendo la falta, pero la falla en el servicio médico se ha de presumir, relevando así al actor de la carga probatoria de demostrarla, y correspondiéndole a la Entidad Estatal, para efectos de su defensa, desvirtuar esa presunción probando que obró diligentemente utilizando todos los

⁷² Serrano Escobar Luis Guillermo, Obra Citada. Pág. 19.

elementos técnicos y humanos con que contaba y a que adecuó su proceder a los normas legales y a los cánones de la *lex artis*.

CAPÍTULO IV

LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO Y HOSPITALARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

4.1. ASPECTOS SUSTANCIALES

4.1.1. Evolución Jurisprudencial.

El Consejo de Estado tradicionalmente venía aplicando la teoría de la *falla probada del servicio médico*, que suponía que al actor le correspondía la carga probatoria que materializa la existencia de la falla del servicio, y los demás elementos configurativos de la responsabilidad del Estado.

La aplicación del régimen de la falla del servicio en el trabajo médico, conlleva a una variación en el esquema tradicional de la responsabilidad médica según el cual debe probarse la culpa del profesional, ya que para obtener la reparación no se requiere probar la culpa individual del agente, sino que basta con demostrar una falla funcional u orgánica de la administración en la prestación del servicio, se trata entonces de una especie de culpa anónima.

En fallo del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa, cuyo Consejero Ponente fue el Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, se inicia un viraje hacia la

consagración de la teoría de la falla presunta del servicio médico estatal, en la medida en que el fallo aborda el cuestionamiento de los criterios tradicionales hasta ahora aplicados en materia de responsabilidad probatoria por daños, planteando la reflexión acerca de la necesidad de la inversión de la carga de la prueba, considerando que no es al perjudicado a quien el corresponde la demostración de la falta de diligencia y cuidado de la persona que los ejecuta, sino que es a ésta a quien le corresponde la demostración de la falta de diligencia y cuidado, por ser la persona que está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido, mientras que el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de las circunstancias que le impidieron cumplir su prestación.

La mencionada jurisprudencia, sirvió de antesala y fundamento para la configuración de la teoría de la *falla presunta* en la actividad médica estatal, la cual ha servido de norte para la resolución de casos posteriores, pero cuya adopción posterior por parte del Consejo de Estado no fue unívoca.

Es así, que con posterioridad a dicha sentencia existieron casos en donde el Consejo de Estado seguía solucionando los casos de responsabilidad médica estatal con fundamento en la *falla probada* del servicio, haciendo la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultados, como la sentencia de 29 de noviembre de 1991, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

En 1992 el Consejo de Estado adoptó de manera definitiva la teoría de la falla presunta en materia de responsabilidad médica estatal, sosteniendo:

*“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 al actor o sus familiares a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas reconocidos por los especialistas, fueran éstos los que por encontrarse en mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva actividad profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formularen. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente mediante la comprobación, que para ello, se repite, es fácil y práctica, debe haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requerida por las circunstancias del caso en concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de tales causas, procedimientos técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir una determinada conducta o tratamiento”.*⁷³

Tendencia jurisprudencial que el 13 de agosto de 1992 el Consejo de Estado precisó, señalando:

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

“ (...) Es por ello que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente, común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo a quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado...”

“Bajo el anterior entendimiento, al actor le corresponde probar, de una parte que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico, y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose que éste último lo ocasionó el servicio médico.”⁷⁴

La falla presunta del servicio médico oficial que empezó a aplicar el Consejo de Estado a partir de ésta sentencia, consiste en que en materia médica, en el supuesto daño causado por una entidad de carácter oficial, la falla del servicio médico se ha de presumir, relevando así al actor de la carga probatoria de demostrar la falla del servicio y correspondiéndole a la entidad estatal, para efectos de su defensa desvirtuar esa presunción de falla en su contra, debiendo demostrar que obró diligentemente, con cuidado, utilizando todos los elementos técnicos y humanos con que contaba, y que adecuó su proceder a las normas legales y a los cánones de la *lex artis*.

Debiendo la entidad demandada “demostrar la existencia de la fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o acreditar que su comportamiento

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto 1992, C. P. Alier Eduardo Hernández Enrique, Bogotá.

fue diligente y que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño...”⁷⁵

Una vez expedida la Constitución de 1991, y bajo el esquema de la noción de daño antijurídico perfilada por ésta, se acogió por parte de nuestro Consejo de Estado la noción de obligaciones de medios y de resultados, propia del derecho civil, para efectos de la aplicación de la responsabilidad objetiva a que daba lugar la noción de daño antijurídico, sosteniendo que el criterio de daño antijurídico no se aplica de manera exclusiva a la obligación de medios, que es como se considera de manera general a la obligación médica: *“Se entiende así porque se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio no juega el problema de la culpa,... Se dice, en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva del daño antijurídico. Piénsese por ejemplo, en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medios y en los cuales esa responsabilidad sólo resultará comprometida cuando en la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio”*.⁷⁶

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2000, Rad. 11878, C. P. Alier Eduardo Hernández Enrique, Bogotá.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 1992. C. P. doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Respecto a ésta interpretación dada por el Consejo de Estado el doctrinante Luis Guillermo Serrano Escobar ha manifestado:

“Lo cual supone que, cuando el Consejo de Estado interpretó que la noción de daño antijurídico daba lugar a una responsabilidad objetiva, hizo una excepción a su aplicación a las obligaciones de medios, en la cual se ha catalogado tradicionalmente a la medicina, para seguir radicando la responsabilidad médica en criterios de imputación de subjetivos, atenuándolos con la noción de falla presunta.

Solución acogida por el Consejo de Estado, que a la postre resulta contradictoria, pues la importancia real de radicar la responsabilidad médica estatal en la noción de falla presunta en la inversión de la carga de la prueba que en principio tiene el actor, el cual es relevado de probar la falla en el servicio, en la inteligencia de que el daño ocasionó el servicio médico, permitiéndole al demandado desvirtuar dicha presunción, demostrando diligencia y cuidado.

Cuyo efecto probatorio conduce a resultados totalmente contrarios, a los que da lugar la clasificación de las obligaciones, en de medio o de resultado, cuya verdadera importancia es la distribución de la carga de la prueba...”⁷⁷

⁷⁷ Serrano Escobar Luis Guillermo, Obra Citada, Pág. 24 y 25.

Recientemente el Consejo e Estado adoptando el concepto de la **carga dinámica de la prueba**, ha querido delimitar el campo de aplicación de la presunción de la falla del servicio en la responsabilidad médica estatal diferenciando entre actividades técnicas y científicas, en donde a juicio de la Corporación, es procedente la aplicación de presunción, de las que no lo son; lo cual supone la valoración por parte del Juez, de si éstas se encuentran presentes o no, pues en su defecto puede haber situaciones en las que, sin duda, es el paciente el que se encuentra en mejor posición para demostrar que ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva.⁷⁸

Lo cierto es que la adopción de la teoría de la carga dinámica de la prueba no altera el esquema de la culpa presunta, y por tanto no deja sino de ser una figura retórica, en la medida en que la mayoría de las veces es el paciente quien se encuentra en condiciones de inferioridad probatoria, razón por la cual ya se sabe de antemano a quien le corresponde dicha carga.⁷⁹

En cuanto a la prueba de la relación causal entre la prestación del servicio de salud y el daño que se ocasiona al paciente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido una notable variación jurisprudencial respecto al tema.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de radicación 13.337 del 05 de febrero de 1998. C. P. doctor JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

⁷⁹ Serrano Escobar Luis Guillermo, Obra Citada. Pág. 19.

En sentencia de 03 de febrero de 1995, el Consejo de Estado acoge la reflexión doctrinaria, que reconociendo la condición de inferioridad probatoria en que se encuentra el paciente en relación con el médico, que es quien realiza la conducta, proclaman la necesidad de invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad⁸⁰, en donde la víctima sólo tiene que demostrar que el servicio intervino en la realización del perjuicio, correspondiéndole al médico la demostración de la causalidad fortuita:

“La demostración de diligencia que incumbe en casos como el que se deja analizado a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en principio demuestra el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. A la actora le incumbe, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio mostrado por la demandada; y probado éste supuesto, la carga de desvirtuarlo le corresponde a ésta.

“No es necesario sin embargo exagerar la importancia de la prueba impuesta a la víctima (la de la relación de causalidad) “...no puede exigirse, en primer tiempo, de la víctima, sino una prueba bastante elemental, suficiente para invertir la carga de la prueba, pero que deja ampliamente lugar al demandado, de demostrar que el

⁸⁰ Alier Hernández Enríquez, “Apuntes sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano respecto de la prueba de la causalidad en casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico – asistencial”, publicado en colección de Derecho Médico – Sanitario I, Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado derivada de la administración y prestación del servicio de salud”. Bogotá, D. C., Editorial Temis S. A. – SIDEME, 2003, pág. 174.

vínculo de causalidad exigido para la obtención del daño no es adecuado. Así sucede en todos los casos en los cuales en materia de responsabilidad del hecho de las cosas, la víctima puede contentarse con demostrar que la cosa intervino en la realización del perjuicio, sin tener que demostrar que en dicho evento ella tuvo un papel activo”. (Droit Civil des obligations Weill Terré, pág. 836).

“Ello significa, en buen romance, establecer a favor de la víctima una relación de causalidad adecuada. Dicha presunción debe ser destruida por el médico con la prueba de la causalidad fortuita”. (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad Civil del Médico, pág. 260).

Finalmente, y con fundamento en la misma valoración que ha justificado la adopción de la inversión de la carga probatoria en materia de culpa médica, se ha adoptado con relación a la prueba de la relación causal, el criterio de la causalidad probable, es decir, que no se requiere para demostrar este elemento estructurante de la responsabilidad, la certeza o la exactitud de que el demandado causó el daño, sino sólo la probabilidad de su existencia:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se

afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” (Ricardo de Angel Yáñez, Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil. Con especial a la Reparación del daño, Madrid, Ed. Civitas, 1995, págs. 77), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”. Al respecto el autor citado se ha expresado de la siguiente manera:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante... Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, *no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica*. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”.

El Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de la demostración de la relación causal mediante pruebas indiciarias, ante la dificultad de la demostración directa de la causalidad:

“En esa dirección de lo que se trata - y este es un aspecto fundamental - es de identificar a la vista del material probatorio, si la participación del médico - su acto considerado objetivamente - puede ser la causa del daño médico que se le atribuye, al margen de la calificación en términos de diligencia y cuidado, que siendo positiva para el profesional, configurará motivo de exoneración o atenuación de su responsabilidad.

Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica.”

...

“Por último, la Sala no pasa por alto que, si bien es cierto, la prueba de la causalidad absorbe muchas veces la del elemento culpa, el cual adviene acreditado con la prueba de aquél, no es menos cierto que, la prueba de la culpa no comporta la de la causalidad; ambas nociones difieren en su contenido y desempeñan una función bien diferente.”⁸¹

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 07 de octubre de 1999, rad. 12655. C. P. Maria Elenea Giraldo Gómez.

Finalmente el Consejo de Estado ha admitido la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba para efectos de demostrar el nexo causal, según el cual, la ausencia de nexo causal corresponde probarla a la parte que se encuentre en mejores condiciones para demostrar al imputabilidad, que por regla general, como ya lo tiene admitido la jurisprudencia y la doctrina, corresponde al médico o a la entidad asistencial:

“La Corporación ha venido construyendo el edificio jurisprudencial relativo al ejercicio de la medicina, y dentro de él ha hecho de la presunción de falla del servicio un pilar fundamental de la responsabilidad patrimonial del Estado... Entonces, corresponde a la entidad demandada demostrar que el daño por el cual se acciona, se produjo a pesar de la suficiente diligencia y cuidado suyo, o que sobrevino por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, con lo cual o se desvirtúa la falla presunta o se fulmina el nexo causal necesario para integrar el trípode sobre el cual se edifica la responsabilidad.” ⁸²

Lo cual denota de manera general, la intención por parte del Consejo de Estado, de morigerar la carga probatoria en materia de relación causal, ya admitiendo la inversión de la carga de la prueba, ya aceptando su prueba de manera indirecta,

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de enero de 2002, exp. 12.706. C. P. JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

por medio de los indicios, ya no exigiendo certeza del nexo causal, sino la probabilidad de su existencia, ya admitiendo la teoría de la carga dinámica de la prueba, flexibilidad que ha fundamentado en consideración al alto grado de dificultad para el demandante de acreditar los hechos de carácter científico, o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico puede tener acceso a la información.

4.2. ASPECTOS PROCESALES

4.2.1. Jurisdicción competente

Con la expedición del decreto – ley 528 de 1964, artículos 30 y 32, la jurisdicción contencioso administrativa asume la competencia plena y general para conocer de todos los casos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de origen contractual como extracontractual, trasladándole al Consejo de Estado, a los Tribunales Administrativos y a los Juzgados Administrativos, la competencia para conocer de las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional y de las entidades territoriales.

Comenzándose a utilizar para la responsabilidad patrimonial del Estado, un régimen especial de derecho público, que debía ser aplicado por un Juez, igualmente especializado, estableciéndose así definitivamente la autonomía del derecho público, que tiene sus propios principios con relación al derecho civil.

Concepción autonomista del derecho público, que igualmente ha sido recogida de manera general en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por la ley 446 de 1998, art. 30, que referido al objeto de la jurisdicción en lo contenciosos administrativo ordena:

“La jurisdicción de lo contencioso – administrativo está instituida para juzgar las controversias o litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, lo tribunales administrativos, y los juzgado administrativos, de conformidad con la Constitución y la ley...”.

Por su parte el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 22304 de 1989, artículo 13 preceptúa:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto”.

Y en relación con la acción a impetrar para efectos de reparar la reparación del daño causado por el Estado, el Código Contencioso Administrativo consagró la denominada “Acción de reparación directa”, la cual aparece regulada en el artículo

86 del C. C. A., modificado por la ley 446 de 1998, artículo 31 en los siguientes términos:

“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. “

Pero específicamente y en relación con los perjuicios causados por la actividad médica estatal, independientemente de la fuente de la obligación: contractual o extracontractual, o de la naturaleza de jurídica de la entidad estatal prestataria del servicio, el Consejo de Estado ha reclamado para sí la competencia para conocer estos asuntos mediante la acción de reparación directa, resaltando la función pública que está implícita en la prestación de los servicios médico – asistenciales.

Así, cuando mediante decreto 2148 de 1992, el cual empezó a regir a partir de enero de 1993, se le cambió la naturaleza al I. S. S., pasando de ser un establecimiento público del orden nacional a un empresa industrial y comercial del Estado, lo cual de conformidad con el artículo 16 del C. P. C., implicaba que el

conocimiento de los contenciosos de que fuera parte, le correspondiera a la jurisdicción ordinaria en cabeza de los jueces del circuito, la sección tercera del Consejo de Estado, mediante auto de fecha febrero 15 de febrero de 1996, señaló sobre lo siguiente éste particular:

“La sala revocará la decisión del Tribunal, por las razones que a continuación se señalan. La decisión de revocación se toma como consecuencia de considerar que ésta jurisdicción sí es la competente para juzgar al I. S. S., cuando en casos como el presente se le demanda por un acto propio de la función administrativa que desempeña.

“La demanda en virtud de la cual se inició el proceso tiene como finalidad la declaración de responsabilidad patrimonial de las demandadas, por la muerte de (...) afiliada al ISS...”

“(...) La interpretación de las normas hasta aquí transcritas, permite concluir que la prestación del servicio de salud es uno de los fines del Estado, consagrado en la Constitución Nacional como un servicio público a cargo y la prestación del servicio se hace a través del ejercicio de la función administrativa, por cuanto mediante esa función se da cumplimiento a los fines de aquél...”.

“La sala recalca que la prestación del servicio de salud tiene carácter público sectorizado, vale decir, que solamente se prestará a quien ostente la calidad de

afiliado a al respectiva entidad, quien es la persona que en su categoría de asociado cotiza periódicamente para ésta...”

La variación de la naturaleza jurídica de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado no implica en forma automática una función que era administrativa (prestación del servicio público de asistencial social) se convierta en industrial y comercial. El objeto de la Institución permaneció inmutable, a pesar del cambio de su naturaleza jurídica y, en consecuencia, siguió cumpliendo una función administrativa y las controversias que se presentan con ocasión de la prestación del servicio público de salud, por parte de una entidad de derecho público, denomínese Estado Colombiano, entidad territorial, establecimiento público o empresa industrial y comercial del Estado, corresponde dirimirlas a la jurisdicción contencioso administrativa.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)⁸³.

Providencia en la cual el Consejo de Estado reclama para sí la competencia para conocer de las controversias de responsabilidad médica cuando el demandado fuera el I. S. S., muy a pesar de su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado y de ser una E. P. S., argumentando que la prestación de los servicios de salud es uno de los fines del Estado, consagrado en la Constitución Nacional como un servicio público a su cargo, razón por la cual la prestación del

⁸³ Consejo de Estado, Sala de Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D. C., auto del 15 de febrero de 1996, expediente 11.312, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

servicio se hace en ejercicio de una función administrativa, que como tal es del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

4.2.2. Reformas al Código Procesal del Trabajo y su incidencia en materia de Jurisdicción Competente para conocer de la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud.

El artículo 1 de la Ley 362 de 1997 modificó el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo en los siguientes términos:

“Asuntos de que conoce esta jurisdicción. La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.

También conocerá (...) de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto de Seguro Social, **y de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del Régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados (...)**”

(Negrillas fuera de texto)

Referido a los asuntos objeto del conocimiento de la jurisdicción del trabajo, cuyo contenido transcribimos anteriormente, se produjo, durante algún tiempo, un efecto respecto de la jurisdicción competente para conocer de los litigios

relacionados con la responsabilidad médica estatal, a tal punto que algunos Tribunales Administrativos del país, con fundamento en ésta norma, declararon que carecían de jurisdicción para conocer de éstos asuntos, y los remitían a los Juzgados Laborales del Circuito; por ejemplo, en éste sentido se pronunció el Tribunal Administrativo del Magdalena⁸⁴ en un asunto donde es demandado el Instituto de Seguros Sociales, y el Tribunal Administrativo del Huila⁸⁵, en un caso en el cual la parte demandada era la Caja Nacional de Previsión Social E. P. S. y otras entidades particulares.

Situación que generó un caos respecto a la jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud.

El punto álgido de la discusión consistía en determinar el alcance del citado artículo, cuando se refería a las diferencias que surgieran entre las entidades públicas y privadas, del Régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados.

La interpretación dada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en providencia de 10 de septiembre de 2001, es el siguiente:

⁸⁴ Tribunal Administrativo del Huila, auto de fecha 25 de mayo de 2001. M. P. ADONAY FERRARI PADILLA.

⁸⁵ Tribunal Administrativo del Huila, auto de fecha 10 de mayo de 2002.

“La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir un conflicto de competencia suscitado ente ésta Corporación y la Jurisdicción ordinaria laboral, expresó:

Con la evolución normativa registrada en ésta materia, el legislador previó situación similar en la Ley 362 de 1997, al reformar el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, previniendo a los Jueces laborales para que asuman el conocimiento de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del Régimen de Seguridad Social y sus afiliados, ello significa afirmar sin hesitación alguna que la citada ley describió un marco general de competencias a cargo de ésta especialidad en la jurisdicción ordinaria, pues la norma no hizo distinción... donde lo importante es que la diferencia se presente entre una entidad del régimen de seguridad social y uno de sus afiliados, por ende, no puede sustraerse el inconformismo presentado con ocasión de una resolución que reconoce la pensión de jubilación del ámbito enmarcado por la nueva ley...”

Posición diferente tuvo el Consejo Superior de la Judicatura al resolver el conflicto negativo de jurisdicciones suscitado entre el Tribunal Administrativo del Huila y el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, con relación a la demanda presentada por José Luis Trujillo Borrero contra el Instituto de Seguros Sociales – Regional del Huila, mediante providencia de 30 de mayo de 2002, providencia en la cual retomó lo expuesto por ésta misma Corporación del 04 de mayo de 2000 con ponencia del Magistrado Edgardo Maya Villazón:

“Respecto de la asignación dada por el artículo 2º de la Ley 362 de 1997 a la jurisdicción laboral para conocer “...de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados”, tanto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional señalaron que dicha competencia no comprende los

juicios de la responsabilidad estatal que por mandato legal son del conocimiento de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

La citada disposición es de textura abierta, de allí que su contenido lo han de dar los órganos de cierre de cada jurisdicción, quienes cumplen la función de unificar jurisprudencia. A éste propósito nos referiremos a la interpretación que sobre ésta norma ha hecho tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, y para ello acudiremos a la sentencia C-111 de 2000, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis:

“Sobre el particular y como cuestión final del análisis hasta aquí expuesto, es oportuno traer a colación algunos criterios expresados por la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (expediente No. 12289, de septiembre 6 de 1999, M. P. Dr. José Roberto Herrero Vergara), citada en la Vista Fiscal, en el cual, luego de establecer la conveniencia de la atribución de la competencia a la jurisdicción del trabajo, tantas veces aludida, precisó los alcances que debe presentar la misma, los cuales comparte esta Corte en su totalidad:

“1. Cuando la Ley atribuye tal competencia a la jurisdicción ordinaria, no puede emplearse la acepción “seguridad social integral” más allá de su órbita y llegar al extremo de abarcar aspectos que se mantienen en otras jurisdicciones, u otras especialidades de la jurisdicción ordinaria, por definirlo en forma explícita el

legislador, tales como los juicios derivados de responsabilidad estatal de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo o los procesos de naturaleza civil o comercial.

2. Las diferencias susceptibles de conocimiento de los jueces del trabajo en esta materia, son en esencia los atinentes al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales económicas y de salud establecidas a favor de los afiliados y beneficiarios en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1295 de 1994 a cargo de entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social, así como las que se suscitan sobre los servicios sociales complementarios de la misma Ley 100.

3. Corolario de lo anterior es que dentro de tal denominación no están incluidas las que hacen parte de un sistema de prestaciones a cargo directo de los empleados públicos y privados, cuya competencia se mantiene en los términos previstos en la Leyes anteriores, por cuanto en estricto sentido no hacen parte del dicho Sistema de Seguridad Social.

Es claro que los procesos de reparación, originados en responsabilidad estatal, son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.”

Lo cual significa, en conclusión, que en virtud de estas normas que han modificado la competencia de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y seguridad social, no pueden los jueces ampliar la acepción “SEGURIDAD

SOCIAL”, para abarcar contenciosos que expresamente han sido excluidos de su conocimiento, en la interpretación tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, haciendo eco de la primera, como es el caso de “...**los juicios derivados de responsabilidad estatal de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo** o de los procesos de naturaleza civil o comercial”.

Posteriormente, el Código Procesal del Trabajo fue nuevamente modificado, en su artículo 2º mediante Ley 712 de 2001, en los siguientes términos:

“Artículo 2º. (Modificado art. 2º de la Ley 712 de 2001) Competencia general. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

“1. (...)

“2.(...)

“3(...)

“4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

(...)”.

Lo cual significa que el numeral 4º del art. 2º de la Ley 712 de 2001, si bien es cierto realizó algunas precisiones conceptuales en el sentido de aclarar que cualquiera que se la naturaleza de la relación jurídica, (entiéndase vinculación jurídica: empleado público, trabajador oficial, trabajador particular, trabajador independiente), y de los actos jurídicos que se controviertan (actos administrativos, o actos o decisiones particulares), no se modificó en lo esencial el artículo 362 de 1997, tal como lo ha sostenido nuestra Corte Constitucional⁸⁶, razón por la cual a ésta última norma (numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001) le es aplicable las precisiones jurisprudenciales que en materia de distribución de competencias hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2000, apoyándose en la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

4.2.3. Interpretación del término de caducidad de la acción.

En los procesos contencioso administrativos, las pretensiones del paciente y/o sus familiares siempre estarán encaminadas a lograr la declaratoria de responsabilidad del Estado a través de la entidad pública hospitalaria que prestó el servicio médico, y a la consecuente indemnización de perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extra-patrimoniales (daño moral y daño a la vida de relación), sufridos como consecuencia de la muerte o de las lesiones del paciente.

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1027 de 2002. M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá D. C., 27 de noviembre de 2002.

Para obtener tales pretensiones, el paciente y/o sus parientes deben hacer uso de una acción, denominada reparación directa, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; se llama reparación directa esta acción, porque la (s) persona (s) interesada (s) pueden acudir directamente ante el juez administrativo a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos, sin necesidad de comparecer de manera previa y con la misma finalidad indemnizatoria, a la Entidad Hospitalaria de carácter oficial que causó el daño.

Así mismo, la ley establece un término preciso de dos (2) años durante el cual se puede hacer uso de la acción de reparación directa, a cuyo vencimiento sin el ejercicio de esta acción, opera el fenómeno jurídico de la caducidad, lo que trae como consecuencia la imposibilidad para el paciente y/o su parentela de reclamar la reparación del daño sufrido a través de la interposición de esta vía judicial.

4.2.3.1. Cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en los procesos de responsabilidad médica estatal.

La caducidad debe computarse atendiendo a la forma como el legislador colombiano haya señalado dicho término para cada acción, lo cual será siempre

en días, meses o años. Para el caso de la acción de reparación directa, el término se computa en años y tal como se dijo anteriormente, la ley colombiana dispone que esta acción indemnizatoria caduca al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho u omisión que le resulta imputable al Estado.

Para nuestros intereses, en el caso de una falla en la prestación del servicio público de salud, la víctima o sus herederos cuentan con dos años para demandar al Estado con fines resarcitorios, término legal éste cuyo punto de partida debe contabilizarse desde el día siguiente al momento del hecho de la muerte o de las lesiones padecidas por el paciente.

1. Fallecimiento del Paciente.

En el evento en que los familiares del paciente acudan a la acción de reparación directa en contra del Estado por una posible responsabilidad médica derivada de la muerte de éste, el tema es pacífico para el Consejo de Estado en el sentido de tomar como punto de inicio del cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa el hecho de la muerte y por ende, contabilizar los dos años a partir del día siguiente al acaecimiento de este evento dañino. La anterior posición

fundamentada en que se tiene certeza sobre la fecha de ocurrencia del suceso extintivo de la vida del paciente, aun a pesar de que este hecho se produzca “luego de un proceso de deterioro progresivo y a pesar de que la muerte del paciente se produzca, y después del transcurso de un largo período de convalecencia”⁸⁷.

En este orden de ideas, se concluye que el término de caducidad de dos años de la acción de reparación directa como resultado del fallecimiento del paciente, empieza a contarse, a fin de que los parientes ejerzan esta acción con pretensiones indemnizatorias, desde el día siguiente al desenlace fatal de la víctima.

2. Lesiones del paciente.

El tema de la caducidad de la acción indemnizatoria de reparación directa cuando el daño afecta la integridad física de las personas, ha sido manejado por el Consejo de Estado bajo dos supuestos:

⁸⁷ PELÁEZ GARCÍA, Mateo, en “Responsabilidad Civil y del Estado”, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 14, Julio de 2003, pp 90.

I. El primero de ellos apunta a cuando coinciden en una misma fecha el hecho de las lesiones con el conocimiento por parte de la víctima directa y de las víctimas indirectas (seres queridos) de los graves efectos resultantes de las lesiones, por ejemplo en el caso de una amputación como consecuencia física derivada de un accidente.

En este caso, como en el de fallecimiento, por una posible falla en la prestación del servicio médico a cargo de la entidad hospitalaria oficial que brindó el servicio, y con fines de reclamar indemnización de perjuicios derivados de lesiones físicas inferidas al paciente, éste y sus familiares más cercanos, tienen la posibilidad de demandar dentro del término legal de dos años, el cual empieza a operar al otro día a la fecha de las lesiones, dada la concurrencia en una misma fecha de los siguientes sucesos: la producción del daño y el conocimiento del mismo.

II. El segundo supuesto manejado por el Consejo de Estado se refiere a que el hecho dañino de lesiones por el cual se demanda, en ocasiones permanece oculto en su totalidad y por tanto se desconoce su ocurrencia, y en otras, dada su especial naturaleza, es preciso una indicación a partir de qué momento la víctima directa o las indirectas tuvieron la posibilidad de acceder a la justicia contenciosa para reclamar sus derechos, como en las siguientes hipótesis planteadas por la Jurisprudencia:

“...la del paciente a quien, intervenido quirúrgicamente se le deja un elemento extraño dentro de su cuerpo, hecho que advierte con posterioridad, cuando le causa daño evidente y hace ostensible el hecho pretérito; la del paciente que a sabiendas porque el tratante le ha advertido que olvidó retirar y quedó dentro de su cuerpo un elemento que no ofrece peligro; la del paciente herido con arma de fuego a quien el médico no le retira el proyectil por evitar un riesgo mayor para el paciente, circunstancia de la cual puede haber sido advertido el mismo;..o finalmente en los eventos de una asistencia médica prolongada o de un proceso de sanidad que impidan al interesado el conocimiento y la certeza de la presencia del daño resarcible para que desde allí se compute el término de caducidad ”. ⁸⁸

En estos casos, cuando el perjudicado no puede enterarse en el mismo momento de sufrir las lesiones cuáles son las consecuencias y efectos perjudiciales de éstas, el término de caducidad no puede correr desde el día siguiente a la causación del daño (lesiones) del cual se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama (como en los eventos de fallecimiento y de lesiones antes expuesto), sino a partir de la fecha en la que el paciente ha tenido conocimiento de que su daño es irreversible.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sentencia de Febrero 10 de 2000, Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez, Expediente 11878.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manejado con amplitud el tema de la caducidad de la acción de reparación directa cuando el daño afecta la integridad física de las personas y particularmente cuando no coinciden en una misma fecha el daño causado y el conocimiento que de él tienen los interesados en demandar su reparación, para sostener que en este supuesto, es decir, cuando en el mismo momento de la ocurrencia del hecho no puedan conocerse sus efectos nocivos, el punto de partida para el cómputo del plazo legal de dos años a partir del cual puede ejercerse la acción de reparación directa, resulta de la fecha en la que se determina que el perjuicio es irreversible y el paciente tiene noción de ello, ya que “el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquélla en que el daño ha sido efectivamente advertido”⁸⁹.

En el caso concreto que sentenció la Sección Tercera del Consejo de Estado el 29 de enero del año en curso, se acreditó que la señora Mery Teresa Colmenares recibió una transfusión de sangre en la Clínica Palermo de Bogotá el día 6 de octubre de 1989, y que como consecuencia de dicho procedimiento resultó contaminada con el virus VIH, por lo que a partir de esta fecha tendría que contarse el plazo legal de dos años para que la señora Colmenares y sus parientes hicieran uso de la acción de reparación directa y en consecuencia, a la

⁸⁹ De una manera clara y sencilla en la cual el Consejo de Estado hace un recuento jurisprudencial sobre la responsabilidad estatal por el servicio médico asistencial, se recomienda ver el Auto proferido por el Consejero Ricardo Hoyos Duque el 10 de junio de 2004, contenido en la Revista Jurisprudencia y Doctrina de Legis del mes de Octubre de 2004, pags. 1592 a 1597.

fecha de presentación de la demanda, 18 de abril de 1995, habría operado suficientemente el fenómeno de caducidad de la acción.

No obstante, en razón a las publicaciones del diario El Tiempo de fechas 2, 3 y 6 de septiembre de 1993 que evidenciaron casos de contaminación con VIH derivados de transfusiones sanguíneas practicadas en la Clínica Palermo de Bogotá a su vez de donaciones realizadas entre enero de 1989 y septiembre de 1990 en el Laboratorio Clínico de propiedad del Dr. Jorge Alvarado, fue cuando la señora Colmenares pensó que podía ser una de las personas contaminadas y decidió practicarse la prueba para el virus mencionado cuyo resultado positivo le fue comunicado el día 13 del mismo mes y año, medios probatorios éstos que permitieron al Consejo de Estado tener por demostrado en el proceso que la señora Mery Teresa Colmenares solo tuvo conocimiento de su enfermedad hasta el día 13 de septiembre de 1993, fecha en la que fue informada del resultado positivo de la prueba para VIH que se había practicado cinco días antes, por lo que solo a partir de esta última fecha comenzó a correr el término de caducidad de la acción, concluyendo, en consecuencia, que cuando la víctima y sus parientes demandaron a la Nación – Ministerio de Salud y al Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Salud el día 18 de abril de 1995, esta acción no había caducado.

Como puede observarse, el Consejo de Estado distinguió que una fue la fecha de producción del daño, 6 de octubre de 1989, en la que la señora Colmenares recibió una transfusión sanguínea en la Clínica Palermo de Bogotá y otra en la que se enteró que dicha transfusión resultó contaminada de VIH al dar positivo el resultado de la prueba respectiva que se practicó el 13 de septiembre de 1993, para deducir que sólo a partir de esta última fecha debía contarse el término de caducidad de la acción de reparación y que cuando la víctima directa y las víctimas indirectas acudieron a esta vía judicial el 18 de abril de 1995, no había operado el fenómeno de caducidad de la acción.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS FALLOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD PROFERIDOS POR EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA (2003-2005)

En éste capítulo analizaremos la jurisprudencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en materia de responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud. La población que se analizó comprende los fallos emitidos durante los años 2003, 2004, 2005, sobre el tema, aclarando que nuestro objeto de estudio fue sobre toda la población indicada.

Hemos dividido nuestro análisis en diferentes acápite que comprenden el estudio de los diferentes tópicos abordados en cada uno de los fallos analizados, con el objeto de hacer más comprensible la monografía para el lector.

5.1. ASPECTOS SUSTANCIALES

5.1.1. Régimen aplicable a la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud.

La jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en materia de responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, ha estado influenciada de manera directa por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a tal punto que los fallos que éste profiere son una reminiscencia de la doctrina sentada por nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo sobre el tema.

Es así, como en primera medida se acoge, sin discusión alguna, que el régimen de responsabilidad en el cual se ubica la responsabilidad de la Entidades Estatales que prestan el servicio de salud es el de falla del servicio, con la precisión de que en el aspecto probatorio se maneja bajo el esquema de la falla presunta, hoy día morigerado con la doctrina de la carga dinámica de la prueba.

Es así como por ejemplo en fallo del 27 de septiembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, emitido dentro del proceso ordinario instaurado en ejercicio de la acción de reparación directa ejercida por MARIA ANTONIETA LOSADA en contra de el HOSPITAL GENERAL DE NEIVA, radicado bajo el número 41 001 2332 002 1994 – 7759 T. 30 F. 373, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila,

conformada por los doctores JOSÉ MARCELINO TRIANA, RAMIRO APONTE PINO, y el magistrado ponente indicado, manifestó:

“Analizado el caso se considera que la presunta responsabilidad demandada se debe estudiar bajo los parámetros del régimen de responsabilidad extracontractual de la administración conocido como la falla del servicio médico, considerando la Sala que de acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales de nuestro máximo Tribunal de Contencioso Administrativo, se debe relevar a la parte demandante de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación al principio de la carga dinámica de las pruebas, en consideración al alto grado de dificultad que le representaría demostrar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico puede tener acceso a la información.

Por lo tanto la demandante solo debía acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla, también el daño sufrido por esa causa. La entidad demandada podía exonerarse demostrando que no existió falla en el servicio, o por que el acaecimiento del daño devino por el hecho de un tercero, por culpa de la víctima o por fuerza mayor”.

Siguiendo ésta misma línea jurisprudencial se pronunció en fallos posteriores del año 2004 y 2005 ⁹⁰, lo cual deja entrever que en materia de responsabilidad en la prestación del servicio de salud, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, son consistentes en afirmar que el régimen de responsabilidad bajo el cual se estudia este régimen de responsabilidad extracontractual del Estado es el régimen subjetivo de la falla del servicio, con las connotaciones propias en lo relativo a la carga de la prueba, aspecto sobre el cual nos referiremos más adelante.

5.1.2. Aspectos doctrinarios de la conducta médica.

En el primer capítulo del presente trabajo de grado se resumieron los fundamentos generales de la responsabilidad deducida de la inadecuada atención de los pacientes prestada por los profesionales de la salud.

De allí que con el objeto de clarificar aspectos relativos a la conducta médica se definieron conceptos como el de la relación médico – paciente, el consentimiento médico, el acto médico, el contenido obligacional del acto médico, la *Lex artis*, la historia clínica, y la regulación normativa del ejercicio de la medicina en Colombia,

⁹⁰ Ver entre otras las siguientes sentencias proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila: Sentencia 04 de febrero de 2004 M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Rad. 8879 F. 413 T. 34; Sentencia 04 de marzo de 2004 M. S. Dr. JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO, Rad. 41 001 23 31 001 1196-8997 00; Sentencia 19 de marzo de 2004 M. S. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 1995 8172 00; Sentencia 07 de mayo de 2004 M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Rad. 41 001 2331 002 1994-7953 T. 31 F. 161; Sentencia 08 de marzo de 2005 M. S. Dr. RAMIRO APONTE PINO.

aspectos que ahora tomaremos como referente para analizar su inclusión en los fallos analizados, proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila.

5.1.2.1. La relación médico – paciente.

Este aspecto de trascendental importancia para el ejercicio de la profesión médica ha pasado inadvertido en la jurisprudencia del Tribunal, durante el lapso analizado, lo cual tal vez se debe a que en el contexto actual del ejercicio de la medicina en nuestro país, la relación médico paciente, estructurada a partir de la libre escogencia que el paciente hace de su galeno, resulta casi imposible puesto que el enfermo tiene que aceptar la imposición de la Entidad estatal correspondiente; de allí, que con el advenimiento de las nuevas formas organizativas en la prestación del servicio médico-asistencial en nuestro país, la relación médico – paciente sea irrealizable, y tal vez este sea un motivo que conlleve a su ausencia de estudio en la jurisprudencia del Tribunal.

Desde otra perspectiva, el análisis de la relación médico paciente en sede de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud resulta innecesario, puesto que de lo que se trata en estos procesos contenciosos es indagar sobre la culpa de la Entidad prestataria del servicio, razón por la cual la culpa exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común, por cuanto mientras ésta es eminentemente subjetiva, imputable a un individuo, aquella puede ser una culpa o falla funcional, orgánica, o anónima.

5.1.2.2. El consentimiento médico.

Respecto al consentimiento médico es del caso anotar que sobre este tópico del derecho dentro el contexto del presente trabajo de grado no ha sido examinado por la jurisprudencia analizada del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila.

5.1.2.3. El acto médico.

El acto médico en sus diferentes fases ha sido objeto de estudio en los fallos analizados, dado que es este el que generalmente dará las pautas para determinar si la atención médica brindada por el Ente prestatario del servicio de salud fue adecuada. En cuanto a éste aspecto, es necesario tener en cuenta, que no sólo la actividad del médico sirve de derrotero para determinar la responsabilidad médica del Estado, sino que en éste campo del derecho el acto médico adquiere una connotación compleja no sólo por las diferentes fases en que se desarrolla sino igualmente por las personas que intervienen en él, de allí que tratándose del Estado por la prestación del servicio de salud sea más técnico referirse a la atención brinda en el Ente hospitalario, que utilizar la expresión acto médico.

En todo caso, como hemos dicho en acápite anteriores, la conducta médica exteriorizada en el acto médico debe ser objeto de estudio, toda vez que en muchas ocasiones esta deriva en responsabilidad del Estado.

Lo cual justifica que en algunos fallos, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila indague sobre aspectos técnicos de la intervención médica y se refiera expresamente a los mismos, citando para ello la doctrina autorizada sobre el tema⁹¹.

5.1.2.4. Contenido obligacional del acto médico: La medicina como profesión de medios.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, de igual manera, acepta la clasificación doctrinal, propia del derecho civil, entre obligaciones de medios y de resultados, con el objeto de catalogar la actividad de prestación del servicio de salud asistencial, como una obligación de medios.

En éste aspecto son constantes las citas doctrinales y de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ésta Colegiatura realiza sobre el tema, referencia que como hemos indicado, retomando para el efecto a diferentes autores, es desacertada, por cuanto en primera instancia dicha clasificación no haya consagración legal en el ordenamiento jurídico colombiano, y por otro lado, su

⁹¹ Por ej. Ver los siguientes fallos: Sentencia de 07 de mayo de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Rad. 41 001 2331 002 1994-7953 T. 31 F. 161, Sentencia de 04 de marzo de 2004, M. S. Dr. JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO, Rad. 41 001 23 31 001 1996-8997 00, Sentencia calendada del 04 de febrero de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 8879 F. 413 T. 34, Sentencia de 27 de septiembre de 2003, M. S. Dr. GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 41 001 2331 002 1.994 – 7759 Tomo 30 Folio 373.

principal objeto es determinar la carga de la prueba entratándose de cada tipo de obligación, que para el evento de las obligaciones de medios radica en el demandante, efecto totalmente contrario al de la falla presunta, hoy día mirada bajo la perspectiva de la carga dinámica.

De allí que casi de manera tautológica nuestro Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, apela a la doctrina de las obligaciones de medios y de resultados sentada por el Consejo de Estado, la cual describe en los siguientes términos:

“Doctrinaria y jurisprudencialmente se han adoptado diversas posiciones acerca del régimen de responsabilidad en la prestación de los servicios de salud; anteriormente el Consejo de Estado, sostenía que la obligación del médico era de medios y que su intervención médica impedía imponerle una obligación de resultado. Dicha posición dio un viraje radical a partir del año 1992, y la Corporación sentó el principio general que siempre se presume la falla del servicio en caso de daños causados por el Estado como consecuencia de la prestación de un servicio médico, y para que el demandado sea exonerado de responsabilidad, deberá probar diligencia y

cuidado, dentro de los parámetros normales de la actividad, o establecer inexistencia del nexo causal.”⁹²

Posteriormente en otro fallo el Tribunal señaló sobre éste punto:

“Lo anterior cotejado con los documentos pertinentes de la historia clínica elaborada en el Hospital Regional de Pitalito y que el mismo actor refiere en los hechos de la demanda, se concluye que su atención fue oportuna; por galenos especializados en el área requerida (traumatólogo); que de inmediato intervenido quirúrgicamente; que se trató su lesión conforme las normas básicas del arte médico y de acuerdo a los recursos con que contaba el hospital; que su evolución postoperatoria fue satisfactoria y por ello se le dio de alta una semana después de la intervención.

Sea el momento para recordar que la obligación del medico es de medio y no de resultado, es decir lo que se exige al galeno es que en desarrollo de su misión, realice todo lo que su leal saber y entender le dicte conforme a la lex artis y con los recursos de que disponga para dar la mejor atención al paciente.”⁹³

(Subrayado fuera de texto)

⁹² Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Primera de Decisión, sentencia de 04 de marzo de 2004, M. S. Dr. JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO, Rad. 41 001 23 31 001 1996-8997 00.

⁹³ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, sentencia de 07 de mayo de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Rad. 41 001 2331 002 1994-7953 T. 31 F. 161

Es así como en numerosos fallos, el Tribunal ha denegado las pretensiones de los actores, bajo el entendido de que la atención prestada por la Entidad Hospitalaria fue eficiente, diligente, idónea y cuidadosa, que proporcionó al paciente el tratamiento adecuado y las medicinas correspondientes, pese a demostrarse la existencia de un daño para las víctimas, y la prestación del servicio por parte de la Entidad.

Por ejemplo en un caso en el que se demandaba la declaratoria de responsabilidad en contra del Hospital General de Neiva, al cual ingresó un paciente (05) días después de haberse incrustado un cuerpo extraño en el esófago, al quien se le diagnosticó absceso cervical secundario a una perforación esofágica, razón por la cual se le practicó drenaje en el absceso, se le dejó un sitio para que el paciente siguiera drenando, y se solicitó endoscopia, toda vez que en la cirugía no se localizó el cuerpo extraño, procedimiento que se le practicó casi 8 hora después de haber ingresado, y 1 hora después de haber sido valorado por el médico tratante; a quien posteriormente 3 días después se le realiza el procedimiento de endoscopia por perforación esofágica y cuerpo extraño en tercio superior del esófago, el cual se extrae, dejándose constancia a las 13:50 que dicha extracción se realizó en la mañana; y a las 17 horas se da salida al paciente por retiro voluntario, circunstancia que originó el deceso del paciente 17 días después de haber sido retirado, en diferente centro Hospitalario, como consecuencia de un proceso infeccioso fulminante en el esófago conocido como mediastinitis.

En este caso, ésta Colegiatura indicó:

“De acuerdo a la patología con que ingresó el paciente a la unidad de urgencias del hospital, los riesgos eran bastante elevados para una labor exitosa de parte del equipo de médicos de la institución en la recuperación de la salud de Alvaro Cristancho Ocaña, a los cuales considera la Sala, no se les podía exigir y tampoco se podía garantizar un éxito total de recuperación, pues la medicina es una profesión de medios, mas no de resultados, fuera de que el tratamiento fue abruptamente suspendido el día siete (7) de julio de 1992, cuando el paciente fue retirado de la institución”.⁹⁴

Y más adelante agregó:

“(…) del análisis de la prueba recaudada la Sala puede concluir que la entidad demandada, Hospital General de Neiva, demostró suficientemente que la atención fue rigurosamente eficiencia, diligente, idónea y cuidadosa, que proporcionó el paciente el tratamiento medico adecuado y las medicinas correspondientes para tratar su infección que por cierto ya estaba avanzada, pues se le trato con antibióticos, y se le hizo el respectivo drenaje, pero el estado del paciente era lamentablemente critico ya que el tiempo transcurrido entre el día de la lesión y la

⁹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, sentencia 27 de septiembre de 2003, M. P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida, Rad. 41 001 2331 002 1994-7759 T. 30 F. 373.

reparación fue tardío, aunado a que el tratamiento fue abruptamente suspendido (...), cuando mostraba positivos signos de mejoría, de donde se puede concluir que el fallecimiento del señor Cristancho Ocaña no se le puede atribuir como consecuencia a una falla del servicio médico prestado por sus agentes médicos (...) Fuera de lo anterior no se (sic) acreditado que el daño sufrido en la salud del paciente haya sido causa de la atención médica dispensada en el Hospital.”⁹⁵

En igual sentido se pronunció en el fallo del 07 de mayo de 2004, en un caso en que se debatía la responsabilidad del Hospital Regional San Antonio de Pitalito, en el cual se practicó una cirugía al paciente DAGOBERTO GÓMEZ CORREA con el objeto de dar tratamiento a una fractura completa en la extremidad superior izquierda, caso en el cual el actor afirmaba que el manejo inicial de su fractura fue deficiente y en virtud del cual perdió todas las funciones de su mano izquierda limitándose en un 98% las funciones de su codo izquierdo. En el mencionado asunto la Sala se pronunció así:

“Así las cosas no es posible afirmar que exista un nexo de causalidad entre el actuar de la entidad pública que por demás fue oportuno, diligente y consecuente con las reglas del servicio que presta y especialmente de la doctrina médica o de la lex artís, con los daños en su salud sufridos por el actor, pues estos como se ha reiterado por los medios probatorios aportados y en decir de la doctrina

⁹⁵Ibídem.

especializada son consecuencia posible de la misma complejidad de la lesión sufrida, independientemente de su adecuado manejo clínico y por ello al no estructurarse un elemento indispensable para atribuir responsabilidad al ente público se desdibuja la teoría de la falla del servicio médico y como consecuencia las pretensiones no tienen vocación de prosperidad.⁹⁶

En conclusión, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en su jurisprudencia acepta de manera unívoca ésta clasificación de las obligaciones propia del derecho civil, con el objeto de ubicar la prestación en el servicio de salud como una obligación de medios, y de ésta manera exonerar a la Entidad cuando en el caso se encuentre demostrado que dicha atención fue diligente, oportuna, cuidadosa, y dentro de los cánones de las reglas que rigen el ejercicio de la ciencia médica.

5.1.2.5. Lex artis.

La ley del arte médico ha sido objeto de estudio en los casos en que se debate la responsabilidad en la prestación del servicio de salud por parte del Estado, sometidos a consideración del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila.

⁹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, Sentencia de 07 de mayo de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Rad. 41 001 2331 002 1994-7953 T. 31 F. 161.

De allí que nuestro Tribunal indaga si la actuación del galeno y de la Entidad Hospitalaria se ciñó a los lineamientos y cánones de la *lex artis*, aspecto de gran importancia al momento de concluir la responsabilidad del Ente prestatario del servicio de salud, para lo cual es indispensable examinar primeramente la atención médica y el acto médico, para luego determinar si éstos se ciñeron a los criterios y procederes admitidos en un determinado tiempo y lugar por la ciencia médica.

Lo cual permite concluir luego de analizados los fallos del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, durante el periodo comprendido entre los años 2003-2005, que en el centro argumental y probatorio de los juicios de responsabilidad médica se ubica la cuestión de si hubo o no sometimiento a los postulados de la ley del arete médico, aunque ello expresamente no se indique en el texto de los fallos.

5.1.2.6. La historia clínica.

La historia clínica es un referente necesario y obligado a la hora de determinar la responsabilidad del Ente prestatario del servicio de salud, circunstancia ésta que es de total comprensión para los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, y para las partes del litigio.

En efecto, primeramente dicho documento se aporta como prueba en el desarrollo de la actuación, razón por la cual al momento de realizar el análisis del material probatorio legalmente incorporado, la historia clínica se torna en un referente obligado, pues en ella constan todas las etapas en que se desarrolló la atención médica, y por tanto la información registrada en ella otorga elementos de convicción de gran trascendencia a la hora de determinar si el Estado es responsable o no.

Merece especial mención un caso en el cual la ausencia de registro del record de anestesia en la historia clínica constituyó un indicio determinante para concluir la responsabilidad de la Entidad Hospitalaria, lo cual concluyó con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Es del caso resaltar, que dentro de la historia clínica no se consignó el “record de anestesia”, omisión que amen de soslayar la Ley 6 de 1991 (que reglamentó la especialidad de anestesiología y reanimación) de acuerdo con lo expuesto por el perito de Medicina Legal, impidió determinar cual fue el agente causante del paro cardiorrespiratorio.”⁹⁷

⁹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, sentencia 19 de marzo de 2004, M. S. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 1995 8172 00.

5.1.3. Circunstancias que deben analizarse para comprometer la responsabilidad del Estado.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en nuestro Departamento ha acogido en éste tópico la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, estableciendo para el efecto que la falla del servicio médico – asistencial no se predica de un estado ideal de cosas sino que debe entenderse configurada sólo, cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de atención con que contaba la administración del servicio, este fue prestado inadecuadamente, posición ésta que ha fundamentado en los siguientes términos:

“No puede tampoco dejar de señalarse aquí, que la falla del servicio debe entenderse configurada sólo cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de atención con las que contaba la administración del servicio, éste fue prestado inadecuadamente, pues, como lo ha dicho la doctrina, la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla. Razón por la cual, deberá concluirse que la prestación del servicio fue diligente en los casos en que, como lo ha expresado el Consejo de Estado, “Los médicos y demás profesionales que tengan relación con el enfermo le ofrezcan los recursos técnicos que se encuentran a su alcance, de tal forma que, sin avalar su supervivencia, si le garanticen a cada paciente los mejores y más oportunos auxilios de medicina, laboratorio, cirugía, farmacia, etc., sometidos, desde luego a la capacidad técnica

real del establecimiento respectivo”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 6654 del 26 de marzo de 1992. M. S. Dr. Daniel Suárez Hernández).⁹⁸

5.1.4. Responsabilidad médica en el campo de la obstetricia.

En éste campo, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila no ha sido unívoca, pues en una ocasión sostuvo que si bien de manera general la obligación del galeno era de medios, en algunos casos la responsabilidad del médico se torna objetiva, como por ejemplo, en la obstetricia cuando *ab-initio* el proceso de embarazo se presenta como normal, citando para fundamentar su posición la sentencia de 17 de agosto de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, M. S. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez (Rad. 12123) y la doctrina del profesor argentino Carlos Alberto Gherzi⁹⁹.

En éste tópico de la responsabilidad por la prestación del servicio de salud la jurisprudencia del Consejo de Estado tampoco ha sido pacífica pues recordemos que en el año 1998 ésta Alta Corporación sostuvo que la obligación del médico obstetra es de resultado y no de medio, que es como se ha considerado tradicionalmente las obligaciones de los médicos: “...el campo de la obstetricia a

⁹⁸Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Primera de Decisión, Sentencia de 04 de marzo de 2004, M. S. Dr. JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO, Rad. 41 001 23 31 001 1996-8997 00.

⁹⁹ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, sentencia calendada del 04 de febrero de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 8879 F. 413 T. 34.

dado lugar a discusiones dentro de la doctrina a propósito de si las obligaciones que surgen para los médicos tratantes en éste campo de la doctrina son de medios o de resultado y que al margen de la postura que se adopte sobre tan interesante punto, es lo cierto que es al médico a quien el incumbe demostrar que los eventuales riesgos que pueda comportar la atención de la parturienta, puede exonerarlos en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga”.

“(…) es evidente que un parto normal no puede generar riesgos que no sean susceptibles de previsión y consiguiente control por parte de los médicos”.

“Si ofrece dificultades creando una dosis de riesgo cuyo sorteo satisfactorio no puede ser garantizado por los médicos, está a cargo de ellos su demostración”.¹⁰⁰

Postura para la cual ha traído a colación la doctrina y jurisprudencia extranjera, que considera que si lo normal en los partos es el nacimiento del niño y la buena salud de la madre, la responsabilidad en estos casos es de resultado. Al respecto el profesor Carlos Alberto Ghersi señala:

“... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto – o a pesar de ellos – lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación, que debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia 19 de febrero de 1998. C. P. Daniel Suárez Hernández..

presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Éstas deben reunir, a dichos fines, las características de impresivilidad e irresistibilidad propias del caso fortuito”.¹⁰¹

Y a pesar de que con posterioridad a esta sentencia, algunos magistrados del Consejo de Estado, entre ellos el ponente de la sentencia transcrita, y por vía doctrinal, en foros y escritos hayan tratado de flexibilizar la postura analizada en la sentencia en comento, como cuando el Dr. Daniel Suárez Hernández sostiene:

“Es evidente que en la sentencia de 19 de febrero el Consejo de Estado, proferida en el expediente 11.802, no se adopta esa posición, como quiera que en ella con claridad se señala que la entidad demandada puede exonerarse demostrando DILIGENCIA en la intervención.

(...)

“Lo que se hace en esta sentencia no es otra cosa que RATIFICAR lo que en el punto de la FALLA PRESUNTA ha venido señalando el Consejo de Estado.

¹⁰¹ Carlos Alberto Ghersi. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, pág. 148.

“Esto es, que si la entidad médica afirma que en la intervención que se realiza el resultado exitoso no era lo NORMAL, sino que ella comportaba graves riesgos, por ser un punto exclusivamente científico sobre el cual el juez no tiene conocimiento, a la entidad demandada le corresponde demostrarlo”.¹⁰²

Respecto a éste tema el doctrinante Luis Guillermo Serrano Escobar sostiene:

“Aclaración que, lejos de desvirtuar lo sostenido por el Consejo de Estado en la sentencia en comento, en el sentido de considerar que la obligación del médico obstetra es de resultado, lo que hace es confirmar aún mas esta tesis, pues no a otra conclusión permite arribar la teoría de la normalidad o anormalidad del resultado para deducir responsabilidad, la cual a la postre resulta inane, pues en últimas, la aplicación del concepto de falla presunta del servicio conduce al mismo efecto probatorio que al de considerar una obligación como de resultado, sólo que por otra vía, de manera que si lo que hace la sentencia es reiterar el concepto de la falla presunta del servicio, es indiferente, desde el punto de vista probatorio, considerar la obligación médica como de medio o de resultado, pues cualquiera

¹⁰² Daniel Suárez Hernández, “La responsabilidad de la entidades estatales en la prestación de los servicios médicos y las particulares que puede presentar este régimen en el campo de la ginecología y la obstetricia”, en revista Responsabilidad Civil y del Estado N| 6, mayo de 1999, págs. 121 y ss.

*que sea la clase obligación en que se catalogue la prestación médica, se invierte la carga de la prueba”.*¹⁰³

Recientemente el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en sentencia de 11 de enero de 2005, M. S. Dr. Enrique Dussan Cabrera, Rad. 41 001 23 31 003 1996 8850 00, sostuvo:

“Así las cosas no hay certeza que la institución hospitalaria haya sido la causante del daño antijurídico que se le imputa, pues el hecho de no haber permitido por parte de los familiares que se continuara con la atención que se traía impide inferir su responsabilidad, más aún cuando la misma parte actora al retirar a la paciente - a sabiendas del estado en que se encontraba- y sin autorización de la misma entidad asumió las consecuencias del hecho. Luego entonces nadie puede imputarle la responsabilidad a otro de sus propios actos.”

Sentencia que a la postre resulta exótica, por cuanto analiza el tema de la responsabilidad médica por la prestación del servicio de salud, bajo la noción de daño antijurídico, realizando primeramente un análisis del daño antijurídico causado al paciente, y posteriormente, del título jurídico de imputación, para

¹⁰³ Serrano Escobar Luis Guillermo, Obra Citada, pág. 27.

concluir finalmente que no le asiste responsabilidad a la accionada y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

En la misma sentencia se concluyó que no existía título jurídico que le permitiera imputar la responsabilidad a la entidad demandada, por cuanto no había evidencia en el plenario que permitiera inferir que la causa de que el feto hubiese muerto se debiera a la atención médica brindada por la Entidad Hospitalaria accionada:

“Por lo expuesto anteriormente, no se halla evidencia cierta que permita inferir que la causa para que el feto haya muerto sea la atención médica o falta de ella, que se le dio a la actora en la asistencia del trabajo de parto en el Hospital, pues la misma no alcanzó a ser atendida y valorada por el médico gineco-obstetra de turno, situación que se presentó por la decisión de los familiares consistente en retirarla de la institución hospitalaria.

A la actora se le venía haciendo un seguimiento de trabajo de parto que si bien, en criterio de los familiares no era el óptimo, como ellos lo declaran, no por eso puede inferirse que tal hecho causó el daño que aquí se estableció. Nótese cómo ellos mismos expresan su preocupación por la paciente y el estado de ésta en dicho trabajo de parto, que aunado a la versión del médico que atendió tanto a la paciente como a sus familiares en la Clínica de la Madre y el niño el cual expresa el alto grado de excitación en que se hallaban, circunstancia que pudo contribuir al hecho dañoso.”

En la sentencia en comento, nótese que no se realiza ninguna referencia al tema de la carga dinámica de la prueba, ni sobre el régimen de la falla presunta, ni mucho menos a la doctrina de las obligaciones de medios y resultados, lo cual permite colegir que el análisis de la responsabilidad médica por la prestación en el servicio de salud, igualmente se puede estudiar bajo la noción de daño antijurídico, sin que ello implique *per se* una declaratoria de responsabilidad en contra de la Entidad Hospitalaria demandada, caso en el cual corresponde al fallador indagar en el plenario sobre la antijuridicidad del daño, y sobre el título jurídico de imputación.

En cuanto, a la clasificación de la responsabilidad adquirida por el médico gineco – obstetra, es decir, si dicha obligación, se clasifica como de medio o de resultado, la referencia a dicha doctrina, a mi juicio es innecesaria, por cuanto en uno y otro caso la jurisprudencia administrativa releva al demandante de demostrar la falla en la prestación del servicio médico – asistencial cuando se trate de aspectos técnicos y científicos en donde solo el profesional médico puede tener acceso a la información, en aplicación al principio de las cargas dinámicas de las pruebas. La discusión que se originó en éste punto, al extraer conceptos de la doctrina argentina, permite entrever que en muchas ocasiones los Magistrados y Jueces apelan a conceptos de autores y legislaciones extranjeras, sin tener en cuenta que para el caso colombiano su aplicación resulta descontextualizada e innecesaria.

5,1.5. Embarazo no deseado: debe acreditarse el daño y el perjuicio.

El primer elemento de análisis en los juicios de responsabilidad es el daño, por cuanto es éste el que determina en gran medida la condena con fines resarcitorios en contra de la entidad accionada al acreditarse la lesión, herida, enfermedad, dolor, molestia o el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, aunque debe resaltarse que en muchas ocasiones a pesar de su acreditación ello no implica de contera la declaratoria de responsabilidad, por cuanto el daño constituye un requisito necesario pero no suficiente para la estructuración de la obligación de indemnizar.

De allí que lo importante es recordar como lo sostiene el Dr. Hineirosa en su libro Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa, que *“el daño es la razón de ser de la responsabilidad y por ello, es básica la reflexión de su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resulta necio e inútil. De ahí también el desatino el desatino por comenzar la indagación por la culpa de la demandada”*.

La jurisprudencia administrativa colombiana, en mayor medida en la anterior a la Constitución de 1991, ha sostenido con insistencia que para que se declare la

responsabilidad es menester que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro. Hoy en día el enfoque ha cambiado, porque la falla del servicio no se plantea necesariamente como un requisito de la responsabilidad.¹⁰⁴

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, el primer aspecto analizar en los juicios de responsabilidad es el daño, recomendación que no obstante en algunos casos pasa inadvertida por nuestro Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, quien primeramente indaga sobre el régimen de la falla presunta, sobre la doctrina de las obligaciones de medios y resultados y luego si enfatiza en el estudio del daño, cuando primeramente debió referirse a la estructuración del daño y del perjuicio en el caso en concreto, pues en ausencia de éste cualquier indagación adicional resultada inoficiosa.

La anterior precisión si bien no afecta la validez de las decisiones judiciales tomadas con omisión de tal recomendación, si contribuyen, a mi juicio, en gran medida a dar más claridad y agilidad en el ejercicio de la judicatura, por cuanto el elemento primeramente analizado será el daño y una vez concluida su inexistencia, cualquier análisis posterior será innecesario, y por tanto allí podrá concluir la labor de la autoridad judicial.

¹⁰⁴ Juan Carlos Henao, El Daño: Análisis Comparativo de la responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C. Pág. 35.

Se desataca en éste aspecto la sentencia de 08 de marzo de 2005, proferida dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de reparación directa por ROSALBA QUINTERO GALINDO y GENTIL ALBERTO VILLAMIL RODRÍGUEZ en contra del DEPARTAMENTO DEL HUILA, HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAÚL DE GARZÓN, Rad. No. 41 001 23 31 004 2001 1061 00, M. P. Dr. RAMIRO APONTE PINO, en donde se debatía la declaratoria de responsabilidad de las Entidades accionadas con ocasión de la irregular práctica de una ligadura de trompas realizada a la señora ROSALBA QUINTERO, por parte del Centro Hospitalario, caso en el cual luego de realizar un análisis sobre el fundamento constitucional de la responsabilidad en el contexto de la anterior Constitución Política y la actualmente vigente, sobre la carga de la prueba en los juicios de responsabilidad médica, sobre la doctrina de las obligaciones de medios y de resultados se concluye en el análisis de fondo del caso que en el plenario no se acreditó el daño y el perjuicio razón por la cual se deniegan las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, el centro de la discusión en el caso señalado consistía en determinar si un hijo indeseado concebido de manera no planificada, luego de que se practicara a la madre una ligadura de trompas de manera irregular, podía ser considerado como un daño y un perjuicio indemnizable, aspecto sobre el cual concluyó esa Corporación Judicial que por más que se afirme que un hijo indeseado trastorna la vida de una pareja y una organización familiar, ello no puede considerarse *per se* que deba ser objeto de indemnización, y aceptando

tal aseveración le corresponderá al demandante acreditar el efecto negativo que se generó en su vida física y material. Conclusión a la que arribó el Tribunal en los siguientes términos:

“En opinión de la Sala, por más que se afirme que un hijo indeseado trastorna la organización familiar y altera el plan de vida de una pareja, no puede considerarse, como la causa de un “daño” que deba ser objeto del correspondiente resarcimiento pecuniario (“perjuicio”). De ser así ello soslayaría los mandatos superiores que informan el Estado Social de Derecho.

*Aceptando, en gracia de discusión, que un hijo concebido luego de que se realizara un individuo procedimiento de esterilización se pudiera equiparar a la categoría de “daño” le corresponde a la parte actora demostrar cual es el efecto negativo que ese hecho generó en su vida psíquica y material. Es decir le compete acreditar el “perjuicio” . Términos que aunque se consideran sinónimos, tienen una connotación jurídica diferente”.*¹⁰⁵

De allí que con acierto se diga en el argot jurídico que se indemniza el daño y nada más que el daño, y no situaciones meramente hipotéticas o eventuales,

¹⁰⁵ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, sentencia de 08 de marzo de 2005, Rad. No. 41 001 23 31 004 2001 1061 00, M. P. Dr. RAMIRO APONTE PINO.

razón por la cual el daño alegado debe revestir características de cierto, real, y para que proceda la declaratoria de responsabilidad.

5.1.6. Perjuicio indemnizable.

La Legislación y la jurisprudencia Colombiana, al igual que la doctrina Nacional y extranjera, han clasificado las tipologías del perjuicios en dos grandes grupos: i) Perjuicios materiales, ii) Perjuicio inmaterial. Los primeros conocidos como aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir medibles y mesurables en dinero; se comprenden dentro de ésta categoría de daños el daño emergente y el lucro cesante (artículos 1613 y 1614 C. C.) conceptos que son objeto de reparación en el sistema legal colombiano tanto en lo contractual como en lo extracontractual.

Bajo la noción de perjuicios inmateriales se comprende *“todo perjuicio pecuniario causado por la pérdida de goce de un derecho, por la interrupción de un servicio prestado a una persona o por un bien mueble o inmueble, o por el lucro cesante creado por la producción de daños corporales o inmateriales y el perjuicio corporal, o sea la afrenta a la integridad física de una persona”*.¹⁰⁶ En ésta tipología de perjuicios la jurisprudencia colombiana engloba el perjuicio moral, el estético, y el fisiológico o a la vida en relación.

¹⁰⁶ Louis – Marie Boucraut : La réparation des atentes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative, Paria, Litec, 1993, p. 5.

En lo atinente al perjuicio indemnizable el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila ha sido consistente en indemnizar el perjuicio moral a los parientes y seres queridos que concurren como parte al proceso, cuando lo que se pretende es la declaratoria de responsabilidad del Ente Estatal como consecuencia de la muerte de una persona originada a raíz de una intervención médica.¹⁰⁷ De igual manera se ha indemnizado el perjuicio material, en el rubro de daño emergente, cuando la cuantía aparece establecida en el plenario, sin embargo en aquellos eventos en que no se demostró el acaecimiento de los perjuicios materiales dentro del proceso, el Tribunal ha denegado la condena patrimonial respecto a éste concepto.¹⁰⁸

El concepto de lucro cesante no fue indemnizado en ninguno de los fallos analizados, lo cual se debe a que en los eventos en que el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila procedió a la declaratoria de responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio de salud, el perjuicio causado tenía como antecedente u origen la muerte de un menor de edad, caso en el cual la jurisprudencia ha sido unívoca en establecer que cuando de la muerte de un niño se trata, se ha negado tradicionalmente la indemnización de un daño futuro,

¹⁰⁷ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Ver Sentencias: calendada del 04 de febrero de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 8879 F. 413 T. 34; calendada del 19 de marzo de 2004, M. S. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 1995 8172 00.

¹⁰⁸ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, Sentencia calendada del 04 de febrero de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 8879 F. 413 T. 34.

consistente en el reconocimiento de lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, por tener carácter de eventual.¹⁰⁹

5.1.7. Quantum del perjuicio.

En cuanto al monto del perjuicio, en el rubro de daño emergente, el tribunal Contencioso Administrativo del Huila ha reconocido lo que se encuentre acreditado dentro del proceso, actualizando dicha cantidad para la época de la respectiva sentencia, utilizando para el efecto las fórmulas que el Consejo de Estado también ha venido utilizando.

En lo relativo al perjuicio moral, el Tribunal ha reconoció en alguna ocasión el 100 SMMV tanto a los padres como a los hermanos del menor fallecido¹¹⁰, mientras en otro caso reconoció a los padres 100 SMMV por concepto de dicho perjuicio, y a los hermanos 50 SMMV.¹¹¹

¹⁰⁹ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, Sentencia 19 de marzo de 2004, M. S. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 1995 8172 00.

¹¹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, Sentencia calendada del 04 de febrero de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA, Exp. de Rad. 8879 F. 413 T. 34.

¹¹¹ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, Sentencia 19 de marzo de 2004, M. S. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 004 1995 8172 00.

5.2. ASPECTOS PROCESALES

5.2.1. Jurisdicción competente.

En cuanto a la jurisdicción competente para conocer de los litigios relacionados con la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila ha sido respetuoso del precedente jurisprudencial sentado al respecto por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria; de allí que aunque anteriormente se originaron conflictos de competencia, por cuanto se argumentaba que la competencia para conocer de tales asuntos era de la jurisdicción del trabajo y de la seguridad social, en la actualidad se acepta por nuestro Tribunal que dicha competencia radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, aceptación que antes de ser una postura jurídica propia es resultado del acatamiento al precedente sentado por el órgano judicial de cierre en materia de colisiones de competencia entre órganos judiciales de diferentes jurisdicciones.

5.2.2. Caducidad de la acción.

En cuanto al momento a partir del cual empieza a contarse el perentorio término de dos (02) establecido por el artículo 136 C. C. A. para el ejercicio de la acción de reparación directa, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, retomando para el efecto

la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que éste se comienza a contar desde el momento en que el paciente tiene conocimiento de la existencia del daño.¹¹²

5.2.3. La carga de la prueba.

Ahora bien, respecto al tema de la carga de la prueba, el Tribunal ha sustentado en sus fallos la aplicación de principio de la carga dinámica de la prueba, y con base en él ha relevado al demandante, en todas las ocasiones, del deber de probar la falla en la prestación del servicio médico asistencial, bajo el entendido de que cuando se trata de conocimientos técnicos y científicos, es el profesional de la medicina el que está en mejor posición de probar que su actividad fue diligente y bajo los derroteros de la *lex artis*, pero en todo caso, para que proceda la declaratoria de responsabilidad, el demandante deberá probar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa.

De ésta manera el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila se refiere en todos sus fallos al precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en sentencias como la del 30 de julio de 1992, Exp. 6897 C. P. Daniel Suárez

¹¹² Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Primera de Decisión, Sentencia de 04 de marzo de 2004, M. S. Dr. JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO, Rad. 41 001 23 31 001 1996-8997 00.

Hernández y del 22 de marzo de 2001 Exp. Nos. 13284 y 13166, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y realiza la cita textual de los mismos apartes de la jurisprudencias indicadas.

Sin embargo, se relieva, que debido a que la jurisprudencia se remonta al periodo de tiempo comprendido entre el 2003 y el 2005, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila aceptaba sin discusión alguna la doctrina de la carga dinámica de la prueba en materia de responsabilidad en la prestación del servicio de salud, toda vez que para el año 2003, dicha discusión ya se había superado notoriamente en la jurisdicción contencioso administrativa.

De allí que a nuestro juicio no resulte necesario realizar mayores elucubraciones jurídicas en éste aspecto, por cuanto con lo analizado hasta ahora nos sirve para concluir que nuestro Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en su jurisprudencia acata el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo en lo relativo a la carga dinámica de la prueba, concepto que ya hemos explicado suficiente, y en virtud del cual se releva al demandante de aportar la prueba, de acuerdo con las circunstancias del caso, y cuando quien está en mejor posición de aportar la prueba es el médico, profesional versado en asuntos de la ciencia médica.

Precisado lo anterior nos ocuparemos en adelante de analizar la indagación que se realiza en la Judicatura, respecto qué parte está en mejor posición de aportar la prueba en los procesos de responsabilidad en la prestación del servicio de salud.

El principio de la carga dinámica de la prueba tiene como fundamento el principio de la equidad y en virtud de éste se releva al demandante de probar la falla del servicio médico, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente le profesional médico puede tener acceso a la información, inversión de la carga probatoria que rompe con el principio cardinal del derecho probatorio establecido en el artículo 177 del C. P. C., y al cual se llega luego de un análisis de las circunstancias del caso, lo cual permite en últimas sentar el juicio respecto a quien está en mejor posición de aportar la prueba.

Dicho en otros términos, la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba no implica *per se* una inversión de la carga de la prueba, porque se resalta, su aplicación deriva cuando en ocasiones “es el profesional de la medicina quien está en mejor posición de aportar la prueba de su diligencia, y de tener acceso a la información”, lo cual de contera implica que en el análisis del caso el Juez realiza una evaluación y determina quien está en mejor posición de aportar la prueba de acuerdo a las circunstancias del *sub-judice*.

Las anteriores reflexiones permiten entrever que existen circunstancias en que el demandante no siempre será relevado de aportar la prueba de la falla del servicio, por cuanto existirán eventos en los cuales el paciente es quien está en mejor posición de aportar la prueba y con ello de suministrar el elemento de convicción que conlleve al Juez al convencimiento de la negligencia del profesional médico, o para decirlo de otro modo, no siempre el médico será quien deberá aportar la prueba de su diligencia y cuidado.

Pero resulta que el hipotético caso que se ha puesto a consideración, no ha sido conocido ninguna vez por el ejercicio de la Judicatura en materia contenciosa administrativa, y de igual manera, en los fallos analizados del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila. Como señalamos anteriormente, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo en el Departamento del Huila, siempre apela a la doctrina de la carga dinámica de la prueba y releva en toda las ocasiones analizadas al actor de aportar la prueba de la falla del servicio e impone la obligación, en el fallo, a la Entidad Prestadora del Servicio de Salud de aportar la prueba de la diligencia en la atención médica.

Lo anterior nos permite concluir que el principio de la carga dinámica de la prueba, estructurado con el objeto de morigerar la carga probatoria que se imponía al demandado bajo el esquema de la falla presunta, no es sino una doctrina de aplicación retórica en cada uno de los fallos, porque en la práctica judicial, nunca se realiza una evaluación sobre la conveniencia de quien está en mejor posición

de aportar la prueba (condiciones personales del actor, circunstancias particulares del caso), sino que de manera inmediata se recurre a la doctrina sobre la carga dinámica de la prueba sentada por el Consejo de Estado y se concluye de manera tautológica que es la Entidad demandada quien está en mejor posición de aportar la prueba.

Otro aspecto es el relativo al momento procesal en el cual se realiza la evaluación de dicha conveniencia, que siempre es en el fallo, cuando se encuentra toda la actuación procesal, y el material probatorio ya reposa en el expediente, circunstancia ésta que se resulta contradictoria pues sólo en la sentencia – que recordemos es la providencia que pone fin al conflicto suscitado entre las partes – que se le dice a la Entidad prestataria del servicio de Salud Demandada: Usted estaba en mejor posición de aportar la prueba y no la aportó.

Sin embargo, ésta circunstancia, de alguna manera ha sido comprendida por los abogados que defienden los intereses de la Entidad demandada, quienes deberán en todos los casos aportar las pruebas que consideran necesarias para demostrar su diligencia, para no encontrarse con la “sorpresa” de que en la sentencia se le exonere al demandante de aportar la prueba de la falla del servicio en consideración al principio de la carga dinámica de la prueba.

Desde la perspectiva de los demandantes, la situación por ejemplo sería más contradictoria, si por ejemplo en el fallo, y luego del análisis del caso a partir de las

probanzas arribadas al proceso, se concluyera que quien estaba en mejor posición de aportar la prueba de la falla del servicio era el demandante, prueba que no aportó y cuya aportación en ese estadio de la actuación sería improcedente.

De alguna manera resulta alentador que nuestro Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en todos los casos releve al actor de aportar la prueba en virtud de la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, para evitar situaciones como las planteadas.

El principio de la carga dinámica de la prueba a mi juicio, es una aplicación directa del principio de lealtad procesal, e implica una valoración anterior al ejercicio de la acción de reparación directa para el demandante, y en el momento de contestación para el demandado, sobre la conveniencia de que parte está en mejor posición de aportar la prueba.

Lo que se quiere resaltar con las consideraciones anteriormente descritas, es que en muchas ocasiones nuestra jurisprudencia aplica figuras jurídicas que relativizan en gran medida el ejercicio de la judicatura, pero que en la práctica resultan de aplicación ilusoria. Tal es el caso de la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba a partir del año 1998 por el Consejo de Estado, principio que en la práctica contribuye sólo a que se exonere al demandante de aportar la prueba, de allí que en últimas implica una presunción de la falla del servicio

médico, que la Entidad prestataria debe desvirtuar con la prueba de la diligencia y cuidado, pues de antemano se sabe quien debe aportar la prueba.

5.2.3.1. La prueba de la relación causal.

Ya hemos visto que el Consejo de Estado ha acudido a diferentes figuras con el objeto de morigerar la prueba de la relación causal en tratándose de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud. Sin embargo la aplicación de éstos conceptos no ha sido lo bastante clara en la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, y en algunas ocasiones parece que el análisis de la prueba de la relación casual se confunde con la prueba de la culpa, aspectos éstos bien diferenciados, aunque, la prueba de la causalidad absorbe en muchas ocasiones la del elemento culpa.

Por ejemplo en un caso donde se debatía la responsabilidad patrimonial principalmente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano, en el cual se realizó una intervención quirúrgica al menor a consecuencia de una apendicitis que no ofrecía complicación alguna, se declaró responsable a la referida Entidad Hospitalaria, a pesar de que en el dictamen pericial rendido por Medicina Legal no se pudo determinar la causa de la muerte del menor, responsabilidad que fundamentó haciendo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en lo concerniente a que la probabilidad de la causa se impute a la prestación del servicio de salud, y estableciendo para el caso que la causa del deceso del menor

se debió a la intervención quirúrgica practicada erróneamente. Caso en el cual la responsabilidad se fundamentó en las siguientes consideraciones:

“Con base en el cardumen probatorio y en el calificado parecer jurisprudencial; es evidente que la muerte del menor Efraín Hernández Ruiz fue consecuencia de la intervención quirúrgica que le fue practicada en la E.S.E. HOSPITAL HERNANDO MONCALEANO PERDOMO el 18 de marzo de 1994.

Existe absoluta claridad de que la dolencia que padecía al ingresar a ese centro asistencial era una “apendicitis aguda” en su fase temprana de evolución; que fue debidamente diagnosticada y que de acuerdo con la experiencia médica, la única opción era proceder a su inmediata extirpación.

Este procedimiento es rutinario; fue practicado por “cirujano pediatra”, con larga trayectoria y sin que se presentara ninguna clase de complicación.

Como quiera que el paciente se encontraba en buenas condiciones de salud, el pronóstico era a todas luces favorable. Por lo tanto, es inexplicable que una vez que el paciente fue trasladado del quirófano a la sala de recuperación - encontrándose conciente-, se presentara un paro cardiorrespiratorio que originó su deceso.

En la medida en que la entidad demandada no demostró que su actuación fue eficiente, prudente, idónea y completamente ajena a las causas que causaron la muerte; a la luz del régimen de la “falla probada”, se impone el deber de indemnizar los perjuicios irrogados.

Es del caso resaltar, que dentro de la historia clínica no se consignó el “record de anestesia”; omisión, que amen de soslayar la Ley 6 de 1991 (que reglamentó la especialidad de anestesiología y reanimación), de acuerdo con lo expuesto por el perito de Medicina Legal, impidió determinar cual fue el agente causante del paro cardiorespiratorio.”¹¹³

¹¹³ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, sentencia 19 de marzo de 2004, M. s. RAMIRO APONTE PINO, Rad. 41 001 23 31 1995 8172 00.

Sin embargo, algunas veces el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila exige la prueba de la causalidad. Por ejemplo en un caso en el cual se vinculó como demandado el DEPARTAMENTO DEL HUILA, y en el cual se debatía su responsabilidad en virtud de la prestación del servicio de salud a una paciente que ingresó al Hospital San Antonio de Pitalito del Municipio de Timaná -Huila, a quien se le diagnosticó Endometritis, afectación del endometrio como consecuencia de la inserción en el cuerpo de un dispositivo intrauterino (DIU), pero que posteriormente le ocasionó esterilidad a consecuencia de un embarazo tubárico y enfermedad pélvica inflamatoria. En éste caso ésta Colegiatura precisó:

*“Así las cosas, en el presente caso, está acreditada la existencia del daño sufrido por la paciente, la esterilidad, **pero no se logró probar la relación de causalidad de dicho daño con la intervención médica en el Hospital San Antonio**, quedando demostrado como está en el sub júdice que el servicio se desarrolló diligentemente; o, lo que es lo mismo, evidenciada la ausencia de falla en el servicio, el demandado queda exonerado de responsabilidad, toda vez que, la obligación que a este le incumbe en este tipo de servicios no es una obligación de resultado sino de medio, en la cual la falla del servicio es lo que convierte en antijurídico el daño.”¹¹⁴*

(Negritas fuera de texto)

¹¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Primera de Decisión, sentencia de 04 de marzo de 2004, M. P. Dr. José Marcelino Triana Perdomo, Rad. 41 001 23 31 001 1996 – 8997.

En conclusión, en materia de prueba de la relación causal la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila no ha sido del todo clarificada, pues en algunas ocasiones se atenúa la prueba de la relación causal aplicando categorías como la de la causalidad probable, mientras que en otros casos se deniegan las pretensiones de la demanda indicando que no se probó el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad pública y el daño causado al paciente.

5.2.4. Legitimación por pasiva.

En este aspecto se señala primeramente, que dentro de los fallos analizados, se observa que la demanda generalmente se impetraba contra E. S. E. que prestó el servicio de salud, el Departamento del Huila, y en algunos casos contra la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD, es decir se buscaba la declaratoria de responsabilidad de la Entidad de Salud que prestó directamente el servicio, sino igualmente de la Entidad descentralizada encargada de la coordinación del servicio de salud a nivel seccional, y contra la Nación.

Aspecto éste que originó en la mayoría de los casos que se declarara la ausencia de legitimación por la causa pasiva, o la inexistencia de la obligación, respecto de algunos entes Estatales. De allí que a la hora de determinar la entidad o entidades demandadas contra las cuales se dirigirá la demanda debe observarse que la Entidad Prestataria del Servicio de Salud posea patrimonio propio, personería

jurídica propia, autonomía presupuestal y financiera, caso en el cual la demanda se dirigirá contra ésta sola Entidad.

Al respecto, el Tribunal contencioso Administrativo del Huila en fallo de 04 de febrero de 2004, M. S. Gerardo Iván Muñoz Hermida, estableció:

“Considera la Sala que efectivamente le asiste la razón a la parte demandada Nación - Ministerio de Salud, puesto que al poseer la otra parte demandada Hospital Hernando Moncaleano Perdomo – Empresa Social de Salud de carácter departamental, personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, así como patrimonio propio, le faculta para responder judicialmente por la responsabilidad de sus actos en forma autónoma e independiente.

(...)

De igual forma considera la Sala que le asiste la razón a la entidad territorial demandada, por cuanto la codemandada Empresa Social del Estado en verdad cuenta con personería jurídica propia, autonomía financiera y presupuestal, con lo cual se le faculta para responder judicialmente y autónomamente por la responsabilidad de sus actos en forma independiente.”

Y en fallo de marzo 19 de 2004, M. s. Ramiro Aponte Pino, precisó de la siguiente manera:

“A pesar de que el Ministerio de Salud y el Departamento del Huila - dentro del marco de sus competencias - desarrollan específicas tareas en procura de atender el servicio público de salud; en el sub lite no se advierte su participación o ingerencia; toda vez que la imputación fue dirigida contra la actuación del HOSPITAL GENERAL HERNANDO MONCALENO PERDOMO. Ente que a partir del Decreto Departamental No 730 de 1994 fue “transformado” en una “EMPRESA SOCIAL DE SALUD” - y mediante Ordenanza No 054 de 1998 se denomina EMRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO-Neiva- Huila ; dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En tal virtud, la condena solo comprometerá el patrimonio de éste; anotando, que la demanda fue debidamente notificada a su representante legal; quien compareció al proceso asistido de procurador judicial.”

De manera diferente resolvió la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva propuesta por el Departamento del Huila en sentencia de 07 de mayo de 2004, M. S. Dr. GERARDO IVÁN MUÑOS HERMIDA, en la cual esta alta Corporación sostuvo, en un caso sustancialmente diferente a los anteriormente descritos, en el cual el Ente territorial propuso la excepción de ausencia de legitimación en la causa pasiva:

“Con relación al Departamento del Huila, en la medida en que para la fecha de ocurrencia de los hechos el Hospital San Antonio de Pitalito no era un ente autónomo y dependía de la Secretaría de Salud del Departamento, es a estas dos entidades a las que eventualmente les corresponde responder dentro del proceso, en razón a lo dispuesto en el artículo 4 y siguientes de la ley 10 de 1990, que señala que las entidades descentralizadas de cualquier grado que se creen para la prestación de servicios de salud pertenecen al nivel administrativo de la entidad correspondiente, conforme al acto de creación. Igualmente los departamentos por intermedio de las Secretarías de Salud tenía en la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprendían los hospitales regionales y su financiación la hacían con recursos propios y con los recursos fiscales ordinarios del presupuesto seccional.”

En conclusión, para determinar el presunto responsable en la prestación del servicio médico u hospitalario, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad extracontractual por los hechos presuntamente acaecidos deberá declararse contra el ente respectivo, las personas que directa o indirectamente tuvieron influencia en las acciones u omisiones que causaron el perjuicio, para lo cual se deberá indagar respecto a, si dichas entidades poseen personería jurídica propia, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera.

CONCLUSIONES

- El Régimen de responsabilidad bajo el cual se estudia la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud es el régimen subjetivo de la falla del servicio, y en el aspecto probatorio con el objeto de morigerar la carga de la prueba en cabeza del demandante (artículo 177 C. P. C.) se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba. Adicionalmente la jurisprudencia contencioso administrativa ha catalogado la medicina como una profesión de medios.
- El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en sus jurisprudencias aplica el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en el sentido de estudiar la responsabilidad médica en el campo estatal bajo la óptica del régimen de la falla del servicio, con sus connotaciones propias en lo atinente a la carga de la prueba, y a la doctrina de la obligaciones de medios y de resultado, para catalogar a ésta en el primer grupo de obligaciones. Sin embargo, del análisis jurisprudencial realizado se destaca una jurisprudencia del mes de enero de 2005 M. P. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA, en el cual se estudia la responsabilidad en la prestación del servicio de salud desde la perspectiva del daño antijurídico, analizándose

primeramente la antijuridicidad del daño, y luego el título de imputación de éste.

- La jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, es la jurisdicción contenciosos administrativa, y, cualquier interpretación contraria que pudiera desprenderse del artículo 1º de la Ley 362 de 1997, o del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, ha sido descartada por nuestra Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia argumentando al respecto que la acepción SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, empleada en las disposiciones en comento, no abarca contenciosos expresamente sometidos al conocimiento de otras jurisdicciones. Interpretación que, si bien es cierto, establece distinciones donde la Ley no las señala expresamente, se justifica en la medida que resulta más razonable en vista de la especialidad del asunto litigioso, cuyo conocimiento debe debatirse en la jurisdicción especializada en el tema, la cual sobre dicho tópico del derecho ha establecido una prolija jurisprudencia y los cimientos básicos sobre los cuales se estructura todo el régimen de la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud.
- Respecto al tema de la responsabilidad médica Estatal en el campo de la obstetricia, se destaca igualmente que el Tribunal Contencioso

Administrativo del Huila, ha invocado en algunas ocasiones el precedente jurisprudencial que establece la responsabilidad del galeno en este campo como de resultado, posición jurisprudencial que ha argumentando igualmente con base en la doctrina argentina, cuya aplicación no varía en nada lo relativo a la carga de la prueba, pues sea de medio o de resultado, la carga de la prueba se invierte al profesional de la medicina, en aplicación al principio de la carga dinámica de la prueba.

- En cuanto a la prueba de la relación causal el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, no ha perfilado lúcidamente en sus fallos el precedente sentado por el Consejo de Estado en éste tema, por cuanto la citada Corporación en ocasiones exige la prueba directa de la relación causal, y otras la da por sentada con probabilidad de existencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.
- Martínez Ravé Gilberto, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín: Editorial Diké, 1993.
- Tamayo Jaramillo Javier, Culpa Contractual. Bogotá, Editorial Temis, 1990.
- Yopez Restrepo Sergio, La Responsabilidad Civil Médica, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike 4ª Edición, 1996.
- Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil.
- Esquivel Zubiri Jorge Luis, Artículo Generalidades de Responsabilidad Civil Médico – Paciente.
- Galán Cortés JC, Aspectos Legales de la Relación Clínica, Madrid: Jarpyo, 2000:166.

- Rodríguez Almada Hugo, Artículo Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica, Revista Médica Uruguay 2001; 17:17-23.
- Romeo Casavona, Carlos María. El Médico y el Derecho Penal, T. 1, La Actividad Curativa (Licitud y Responsabilidad Penal) Barcelona, Bosh, Casa Editorial, 1981.
- Galán Cortés JC. La Responsabilidad Médica y el Consentimiento Informado. Rev Med Uruguay 199; 15:5-12.
- Formación en la Responsabilidad Profesional, Tomado de la página de internet <http://www.aeds.org/resprofisi1/htm>.
- Castañeda F. Juan Ramón, De la Responsabilidad Civil Médica, Revista Derecho y Medicina, Edición de agosto de 2001.
- REY FORERO, Eduardo. Responsabilidad en la Psiquiatría. Revista Derecho y Medicina. Volumen 4 No. 35, julio 2001.
- Serpa Flórez Roberto, Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico, Monografías Jurídicas, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1995.

- Tribunal Nacional de Ética Médica. Normas sobre ética Médica. Ley 23 de 1981; decr. Regl. 3380 de 1981, 2ª ed., 1991.
- Martínez Calcerrada, Luis. La Responsabilidad Civil Profesional. Madrid, ed. Colex, 1999.
- Martínez Ravé Gilberto, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín: Ed. Dike, 1999.
- Tamayo Tamayo, “Ética Médica y Responsabilidad”, en Tribunal Nacional de Ética Médica, Ética y Responsabilidad en Medicina, Bogotá, 1991.
- Mazeaud, Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- Manuel Guillermo Sarmiento García. Estudios de Responsabilidad Civil, 1ª Edición, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Luis Guillermo Serrano Escobar, Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica Contractual, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D. C., 2004.

- Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, “Responsabilidad Civil Médica”, en *COLECCIÓN DE ENSAYOS No. 8*, Bogotá, D. C., 2002. Publicado por la Pontificia Universidad Javeriana.
- Henao Pérez, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. En: Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.
- García de Enterría, Eduardo. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. Madrid: Editorial Civitas S.A. Reedición, 1984.
- Juan Carlos Henao, El Daño: Análisis Comparativo de la responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo II, sexta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1999.
- Vidal Perdomo Jaime, Derecho Administrativo, Bogotá, E. Temis, 1987, 9ª Edición.

- Rodríguez Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, 4 Edición, Editorial Temis, 198.
- Alier Hernández Enríquez, “Apuntes sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano respecto de la prueba de la causalidad en casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico – asistencial”, publicado en colección de Derecho Médico – Sanitario I, Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado derivada de la Administración y Prestación del Servicio de Salud”. Bogotá, D. C., Editorial Temis S. A. – SIDEME, 2003.
- PELÁEZ GARCÍA, Mateo, en “Responsabilidad Civil y del Estado”, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 14, Julio de 2003.
- Carlos Alberto Ghersi. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998.
- Daniel Suárez Hernández, “La responsabilidad de la entidades estatales en la prestación de los servicios médicos y las particulares que puede presentar este régimen en el campo de la ginecología y la obstetricia”, en revista Responsabilidad Civil y del Estado N° 6, mayo de 1999.

- Louis – Marie Boucraut : La réparation des atentes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative, Paria, Litec, 1993.