

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Anestesiología. Exámenes previos / LEX ARTIS - Anestesiología. Exámenes previos / ANESTESIOLOGIA - Protocolos

Obra prueba sobre la atención médica posterior a la cirugía adelantada a la señora MENDOZA OLIVELLA, el día 6 de diciembre de 1993, no obstante, sobre el procedimiento anteriormente descrito no existe registro que pruebe su plena observancia, lo que implica un desconocimiento de la lex artis que gobierna la práctica de la profesión médica en la especialidad de anestesiología. Tal y como se desprende del concepto médico legal emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses era necesario, debido a la patología hipertensiva que presentaba la paciente, practicar exámenes previos a la intervención quirúrgica tendientes a establecer el riesgo al que se sometía la señora MENDOZA OLIVELLA durante acto anestésico. Lo anterior conduce a afirmar que la señora MENDOZA OLIVELLA, en definitiva, presentó una reacción desfavorable al acto anestésico, lo cual, aunado al hecho de no haberse agotado correctamente los procedimientos previos recomendados para la buena práctica de la anestesiología como ciencia, deviene en una omisión que compromete la responsabilidad de la entidad demandada. La Sala advierte que la reacción desfavorable a los anestésicos incluso con valoraciones y exámenes previos, pudo haberse presentado, pero debe observarse que, si se hubiera agotado correctamente el protocolo adoptado por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE), la eventual reacción negativa a la inducción anestésica correspondía a un hecho que escapaba a cualquier previsión. Es claro que, de conformidad con el cuestionario absuelto por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses, la paciente sufrió una depresión cardiorrespiratoria secundaria a la inducción anestésica. Nota de Relatoría: Sobre régimen aplicable a la falla del servicio médico: Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, radicación 15772, sentencia de 31 de agosto de 2006. Actor: Maria Olga Sepúlveda Ramírez, Demandado: Hospital Ramón González Valencia

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 20001-23-31-000-1998-00197-01(15726)

Actor: GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ YOTROS

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Referencia: REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de los demandantes, contra la sentencia de quince (15) de septiembre de 1998, proferida

por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Declarar que no prosperan la excepciones propuestas por la parte de demandada
SEGUNDO.- Denegar las súplicas de la demanda
TERCERO.- Sin costas. (...)”

I. ANTECEDENTES:

Los señores GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ MONTERROSA, PEDRO ANGEL MENDOZA, GUSTAVO EMILIO, YULIETH EMMA, ROSA LINDA, LINDA ROSA, SILENYS ESTHER, EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA, NANCY REMEDIOS, EMELINA, LEONEL, ANGEL MARÍA, PEDRO ANGEL, BOLIVAR LUCIANO, ARQUIMEDES CONCEPCIÓN, AURI ESTELA Y MAGALI MENDOZA OLIVELLA, a través de apoderado judicial debidamente constituido, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, ante el Tribunal Administrativo del Cesar, con el fin de obtener la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada y la consecuencial indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA ocurrida el 19 de enero de 1994, por la presunta falla en la prestación del servicio médico que recibió en la etapa previa y posterior a la cirugía de colpoperineorrafia que le fue practicada.

LA DEMANDA

a).- Se formularon las siguientes a título de:

“1.- PRETENSIONES

*1.1.- Que se declare que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es civilmente responsable de la muerte de LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, ocurrida en Valledupar el día **19 de Enero de 1.994.***

1.2.- Que se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagarle a los demandantes los perjuicios materiales y morales, ajustados sus valores con base en los índices de precios del DANE (-indexación-)

1.3.- Que se condene a la parte demandada a pagar las costas del proceso.

b).- Como sustento fáctico de los pedimentos, aduce, en síntesis, lo siguiente:

1.- La señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA figuraba como derecho - habiente de su cónyuge, el señor GILBERTO HENRIQUEZ MONTERROSA, en la Seccional Cesar del Instituto de Seguros Sociales y por esa razón recibía los servicios de salud por parte de la referida Entidad.

2.- A la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA se le diagnosticó Cistorectocele Grado II (descenso de la vejiga), después de un año de consultas y exámenes, determinándose la necesidad de someterla a cirugía (colpoperineorrafia).

3.- La cirugía fue practicada el día 6 de diciembre de 1993, en las Instalaciones de la Cooperativa Integral de Medicina de la Costa Atlántica "COOMEDICA", debido a que en las instalaciones del Instituto, no se practicaban por esa época.

4.- A la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, para el momento de la cirugía, le fue suministrada xilocaína simple al 2% en cantidad de 340 miligramos como anestesia peridural. Quince minutos después de iniciada la cirugía, la paciente presentó dolor, stress y su tensión arterial subió a 170/120, luego se le aplican 150 miligramos de pentotal intravenoso y, a los cinco minutos después se genera una cianosis central y periférica, con hipotensión, bradicardia y paro respiratorio del cual sale con maniobras de resucitación, quedando en estado de coma.

5.- Un comité ad - hoc de los servicios de salud del I. S. S, concluyó en el acta 005 de 24 de diciembre de 1.993, que lo sucedido a la señora MENDOZA OLIVELLA fue un accidente anestésico como hubiera podido ocurrir en cualquier centro asistencial del mundo, no obstante, recomendó en ese mismo documento, llevar el registro anestésico y solicitar la intervención de un equipo médico multidisciplinario ante cualquier complicación.

6.- Dentro de la Historia clínica, no se evidencia valoración alguna realizada a la paciente, por parte de un equipo médico multidisciplinario, ni tampoco la existencia de un registro de anestesia.

7.- En el período post operatorio inmediato, conociendo el equipo médico el estado de salud de la paciente, ésta no estuvo bajo observación médica, ni aun del personal paramédico, según sus familiares presentó convulsiones por el término de tres (3) horas y al hacersele el requerimiento al médico de turno, respondió que era “la reacción de la anestesia”

8.- Viendo la gravedad de la señora MENDOZA OLIVELLA, la enfermera que estaba de turno a las tres (3) de la mañana, sugirió hacer el traslado de urgencia a la clínica ANA MARÍA del Instituto de los Seguros Sociales, para lo cual llamó a una ambulancia que sólo llegó hasta las 11 de la mañana

9.- Se afirma en la demanda que el médico de COOMEDICA (respecto de las convulsiones y su origen) mintió a los familiares, con lo cual se evidencia el deseo de ocultar el error cometido, ya que a folio 46 de la historia clínica No. 912489243 se anota (7 de diciembre de 1993, 3:15 a.m.) que han presentado sacudidas tónicas probablemente por hipocalcemia y decidió:

- a) Cambiar tubo E.T. - aspirar secreciones
- b) Administrar calcio intravenoso
- c) Administrar magnesio intravenoso
- d) Traslado a la U.C.I. del ISS
- e) Gases arteriales. Electrolitos completos

10.- En las instalaciones de COOMEDICA (contratista del ISS) no había Unidad de Cuidados Intensivos.

11.- En la historia clínica puede verificarse que a la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA no se le hizo evaluación preparatoria, ni existen notas del anesthesiólogo al respecto.

12.- En síntesis, sostiene la demanda, puede afirmarse que la contratista (COOMEDICA) no le respondió al ISS por una calidad de servicio adecuado, pero esa circunstancia, no releva la Instituto de Seguros Sociales de la responsabilidad que le asiste.

13.- Una vez trasladada a la U.C.I. de la clínica ANA MARÍA del ISS en Valledupar, la enferma fue ubicada junto a otra paciente con bronconeumonía y se infectó. Lenis Esther Mendoza Olivella, murió el 19 de enero de 1994.

14.- Practicada la necropsia, se concluyó que existió una marcada atrofia cerebral; el estudio hispatológico sustenta la conclusión de encefalopatía hipóxica, es decir, falta de oxígeno en la masa encefálica que produce una atrofia cerebral.

15.- El señor PEDRO ANGEL MENDOZA, era el padre de LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ MONTERROSA su esposo, NANCY REMEDIOS, EMELINA, LEONEL, ANGEL MARÍA, PEDRO ANGEL, BOLIVAR LUCIANO, ARQUIMEDES CONCEPCIÓN, AURI ESTELA Y MAGALI MENDOZA OLIVELLA sus hermanos y, GUSTAVO EMILIO, YULIETH EMMA, ROSA LINDA, LINDA ROSA, SILENYS ESTHER, EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA sus hijos.

16.- La señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, devengaba mensualmente la suma aproximada de SEISICIENTOS MIL PESOS (\$600.000)

II.- Mediante auto de doce (12) de octubre de 1995, fue admitida la demanda por el Juez Civil del Circuito de Valledupar, notificada la entidad demandada (folios 110 y 111 C.1), mediante apoderado debidamente constituido dio contestación a la misma, aceptando como ciertos parcialmente algunos de los hechos aducidos y afirmando no constarle los restantes; respecto a las pretensiones de la demanda, se opone a cada una de ellas por carecer de fundamento fáctico. Propone como excepción la FALTA DE CAUSA PARA PEDIR Y AUSENCIA DE CULPA DEL I.S.S.

Las razones en que se fundamentan las excepciones aluden a los hechos según los cuales, sí se realizó una valoración previa a la cirugía los días 5 y 6 de diciembre de 1993; el personal que la intervino se encontraba adscrito a "COOMEDICA"; cuando fue trasladada al ISS fue atendida con todos los recursos humanos y científicos.

III.- Mediante auto de treinta y uno (31) de marzo de 1998, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, ordenó remitir el proceso al Tribunal Administrativo del Cesar, para que avocara el conocimiento del asunto y continuara su trámite, con base en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado según la cual, los litigios en los que interviniera como demandado el ISS

por falla en la prestación del servicio médico, deben ser del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así, mediante auto de 28 de abril de 1998, el Tribunal Administrativo del Cesar decretó las pruebas solicitadas en la demanda y en su contestación (fol. 152 y 153 C.1).

IV.- Mediante auto de 19 de agosto de 1998, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (folio 255 C.1)

a) La parte actora solicita acceder a las súplicas de la demanda, reiterando para ellos la argumentación de carácter fáctico y jurídico expuesta en el escrito inicial (fol. 285 a 287 C. 1).

b) El apoderado del ISS guardó silencio.

c) El Procurador Judicial no hizo uso del respectivo término.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia de quince (15) de septiembre de 1998, el Tribunal Administrativo del Cesar, negó las pretensiones de la demanda en los términos transcritos en precedencia. A juicio del a quo, no se estructuraron los elementos de responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico que se endilga a la entidad demandada, teniendo en cuenta que los hechos por los que los demandantes solicitan ser indemnizados, no la constituyen, dadas las especiales condiciones en las que éstos se produjeron. Al efecto afirmó:

“...Después de leerse detenidamente la historia clínica de Lenis Mendoza, la Sala ha llegado a la conclusión, que el tratamiento anterior y posterior a la intervención quirúrgica fue adecuado y satisfactorio, porque se siguieron todos los pasos recomendados para estos casos y tratándose del anesthesiologo su intervención, conocimiento de la materia científica, tomando en consideración el estado del paciente, fue el recomendado por las normas mínimas de seguridad en anestesiología y reanimación Scare, porque durante todo el tiempo se cumplieron los pasos indicados en dichas normas.

(...)

El Instituto de Seguros Sociales, cumplió con la obligación de medio, pero infortunadamente la paciente debido a su idiosincrasia y estructura somática no soportó ni asimiló la anestesia y tuvo complicaciones que son de diaria ocurrencia aun en casos de menor importancia quirúrgica...”

Recurso de apelación.

Los demandantes impetraron, a través de apoderado judicial, recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Mediante auto de veintinueve (29) de septiembre de 1998, fue concedido el recurso interpuesto y admitido por auto de 11 de diciembre de 1998 (folios 309 y 313 cuaderno 1).

El apoderado de los demandantes pidió que se revocara la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar para que, en su lugar, se declarara responsable a la entidad demandada por la muerte de la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, teniendo en cuenta que el ente demandado no probó su diligencia y cuidado en la prestación del servicio médico.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de doce (12) de febrero de 1999, el Despacho del Magistrado Ponente corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 424, cuaderno 1).

La parte actora, la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES:

IV.- Para acreditar los supuestos fácticos de la demanda y de la defensa se allegaron, en debida forma, los siguientes medios de prueba:

1.- Copia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento correspondiente a LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, donde se consigna que sus padres son PEDRO ANGEL MENDOZA y TEOLINDA OLIVELLA SANDOVAL (folio 67 Cuaderno 1 de Tribunal).

2.- Fotocopia auténtica del registro civil de defunción correspondiente a LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, donde consta que falleció el día 19 de enero de 1994 (folio 68 Cuaderno 1 de Tribunal).

3.- Copia auténtica del certificado del registro civil de matrimonio celebrado entre GILBERTO HENRIQUEZ MONTERROSA y LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA (folio 69 Cuaderno 1 de Tribunal).

4.- Copia auténtica de los certificados de registro civil de nacimiento correspondientes a YULIETH EMMA HENRIQUEZ MENDOZA, GUSTAVO EMILIO HENRIQUEZ MENDOZA, ROSA LINDA HENRIQUEZ MENDOZA, LINDA ROSA HENRIQUEZ MENDOZA, SILENYS ESTHER HENRIQUEZ MENDOZA, EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA donde consta que sus padres son GILBERTO ANTONIO ENRIQUEZ MONTERROSA y LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA (folio 71 a 76 Cuaderno 1 de Tribunal).

5.- Certificación de Registro Civil de Nacimiento, expedida por el Notario Séptimo del Círculo de Barranquilla, donde consta que en el folio 22773985 de fecha septiembre 18 de 1995, fue inscrito el nacimiento de GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ MONTERROSA ocurrido el 17 de noviembre de 1944 (folio 77 Cuaderno 1 de Tribunal).

6.- Copia auténtica de los certificados de registro civil de nacimiento correspondientes a BOLIVAR LUCIANO MENDOZA OLIVELLA, AURISTELA TERESA MENDOZA OLIVELLA, IDALINA MENDOZA OLIVELLA, ARQUÍMEDES CONCEPCIÓN MENDOZA OLIVELLA, PEDRO ELEUTERIO MENDOZA OLIVELLA, MAGALI MENDOZA OLIVELLA, EMILIANA MARIA MENDOZA OLIVELLA, ANGEL MARIA MENDOZA OLIVELLA, LEONEL MENDOZA OLIVELLA, NANCY REMEDIOS MENDOZA OLIVELLA en los que consta que sus padres son PEDRO ANGEL MENDOZA Y TEOLINDA OLIVELLA SANDOVAL (folio 79 a 88 Cuaderno 1 de Tribunal).

7.- Copia auténtica del certificado de registro civil de matrimonio correspondiente a PEDRO ANGEL MENDOZA Y JOSEFA TEOLINDA OLIVELLA donde consta que contrajeron matrimonio el día 24 de junio de 1952 (folio 89 Cuaderno 1 de Tribunal).

8.- Certificación expedida por el Jefe del Departamento Comercial del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valledupar - donde consta que la señora

LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA figura registrada como derecho - habiente del señor GILBERTO ENRIQUEZ MONTERROSA (folio 5 C.1)

9.- Fotocopia auténtica del carné de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, correspondiente a la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA (folio 6 C.1)

10.- Oficio de 24 de marzo de 1994 suscrito por el coordinador médico de la Cooperativa Integral de Medicina de la Costa Atlántica "COOMEDICA", donde certifica que el día 6 de diciembre de 1993, la paciente LENIS MENDOZA OLIVELLA fue intervenida quirúrgicamente bajo el diagnóstico de CISTORECTOCELE GRADO II, la atención fue prestada en virtud del contrato de prestación de servicios ISS - CESAR y COOMEDICA (folio 7 cuaderno 1 de Tribunal)

11.- Certificación expedida por el Director Seccional del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Cesar, donde consta que revisados los archivos se encuentra que en el anfiteatro del Hospital de Valledupar se practicó, el 19 de enero de 1994, la necropsia al cadáver de LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, concluyendo: ***"Mujer adulta quien en acto quirúrgico (Historia Clínica del I.S.S. 912489243) para corrección de Cistocele GII, después de la aplicación de Pentotal, hace cianosis central y periférica, con hipotensión, bradicardia y paro respiratorio, del cual sale con maniobras de resucitación, saliendo de cirugía en estado de coma. La autopsia reveló marcada atrofia cerebral; el estudio histopatológico sustenta la Conclusión de Encefalopatía Hipóxica."*** (folio 8 C.1)

12.- Fotocopia auténtica de la Historia Clínica correspondiente a LENIS MENDOZA (folio 9 a 61 C.1 de Tribunal):

a) De folios 38 a 61 del cuaderno del Tribunal, se encuentran las hojas de evolución clínica, donde consta que la paciente era atendida desde el 28 de septiembre de 1992 por el Instituto de Seguros Sociales, ordenándose múltiples exámenes de laboratorio clínico para establecer las causas de las dolencias por las cuales consultaba; asistía a consulta en forma periódica, diagnosticándosele hipertensión arterial que fue tratada con medicamentos (captopril), y en una etapa posterior fue diagnosticado cistocele o descenso de vejiga. Como última consulta, previa a la fecha en la que se realizó el procedimiento quirúrgico tendiente a la corrección de cistocele, se encuentra la hoja de evolución correspondiente al 8 de

noviembre de 1993 donde se afirma que existe normalidad en el resultados de los exámenes de laboratorio, radiografía de tórax, ondas cardiacas AP - QN, detectada y presenta hipertensión arterial controlada con captopril de 25 mg.

b) A folio 34 se encuentran las notas de anestesia de fecha 6 de diciembre de 1993, donde se describe en el primer punto a una paciente de 44 años de edad, con diagnóstico de cistorectocele grado II, ASA EIIIB, con antecedentes de hipertensión arterial controlada con captopril. Ordena xilocaina al 2% simple por 340 miligramos (fol. 34 y 34 vto C.1).

c) Se indica que la anestesia inició a las 18:00 horas del 6 de diciembre de 1993 y la cirugía lo fue a las 18:15, se realiza una anotación que indica "tolerancia de 15 minutos" (fol. 34 C.1)

d) Al iniciar la cirugía la paciente presenta dolor y stress, T.A. 170/120, se pasa 150 mg de pentotal intravenoso lento, a los cinco minutos presenta cianosis, ante lo cual se colocó oxígeno por mascarilla, no respondió satisfactoriamente, se practica intubación orotraqueal tubo #7.5 y presenta posteriormente bradicardia.

e) Nota postoperatoria del día 6 de diciembre de 1993 a las 10 p.m., donde se describe a un paciente de 3 horas de postoperatorio con automotrismo respiratorio, respondiendo a estímulos nociceptivos, con retardo de los miembros para el mismo (folio 35 C.1)

f) Nota del 7 de diciembre de 1993 a las 3:15 a.m., donde se indica que la paciente cursa con dificultad respiratoria leve, por retención de secreciones y obstrucción parcial de tubo E.T., lo cual, por retención de CO₂, tensión arterial de 140/100, presentó sacudidas tónicas probablemente por hipocalcemia. Ordenó atención en Unidad de Cuidados Intensivos del I.S.S (folio 34 C.1)

g) Notas del 8 de diciembre de 1993 a las 17:40 y 11:00 (en esta última no específica si la anotación correspondió a la realizada en el día o de la noche), donde se refiere a la paciente en estado de coma con ventilación ruda, estable neurológicamente, con reflejos oculares presentes (folio 30 y 30 vto C.1)

h) Nota del 9 de diciembre de 1993 a las 23:00 ilegible (folio 28 C.1 Tribunal).

i) Nota del 10 de diciembre de 1993 sin indicación de hora, donde se lee que la paciente se encuentra neurológicamente mejor que el día anterior, pupilas

isocónicas con respuesta a estímulos, ordena aspirar secreciones frecuentemente, terapia respiratoria 2 veces al día (folio 28 C.1)

j) Nota de 10 de diciembre de 1993 a las 17:35 donde se indica que la paciente tiene reflejos oculares normales (folio 28 vto. C1 Tribunal)

k) Nota correspondiente al 11 de diciembre de 1993 a las 11:30 (no se aclara si de la mañana o de la tarde) donde se ordenó, ringer 1500 c.c., ensure 230 c.c., epamin 125 intravenoso c/6 horas, ranitidina 1 ampolleta intravenosa c/12 horas, amikacina 500 intravenoso c/12 horas, terapia respiratoria 2 veces al día, cabecera elevada 40º, aspiración de secreciones, no existe ningún criterio neurológico, ni respiratorio para instalar ventilación (folio 27 C.1 Tribunal)

l) Nota correspondiente al 11 de diciembre de 1993 a las 1:10p.m. Neurológicamente mejor, cardiopulmonar estable, continuar el mismo manejo (folio 27 C.1 del Tribunal)

m) Nota correspondiente al 11 de diciembre de 1993 a las 20:40, donde se consigna que la paciente se encuentra con buen patrón ventilatorio, tensión arterial 125/75, frecuencia cardiaca: 112, reflejo fotomotor presente y aclara que hizo fiebre en la tarde (folio 27 vto. C.1 Tribunal).

n) Nota correspondiente al 11 de diciembre de 1993 a las 22:00, donde se encontró a la paciente con evolución satisfactoria, hemodinámicamente estable, reflejos oculares presentes, no febril, ordenó continuar con igual manejo (folio 27 vto. C.1 Tribunal).

o) Nota correspondiente al 12 de diciembre de 1993 a las 9:00 (no se indica si de la mañana o de la noche), donde se encontró al paciente con abundantes secreciones traqueales con aumento de las mismas, buen patrón ventilatorio, neurológicamente estable, balance positivo (folio 25 C.1 Tribunal)

p) Nota correspondiente al 12 de diciembre de 1993 a las 9:30 a.m., la paciente con fiebre, taquicárdica, terapia respiratoria, aspiración de secreciones en abundancia espesa con tapones (fol. 24 C. 1 Tribunal)

q) Nota correspondiente al 12 de diciembre de 1993 a las 3:00 p.m., paciente con fiebre, con variación en la saturación, se le realizó la terapia respiratoria con igual tratamiento (fol. 24 C. 1 Tribunal)

r) Nota del 12 de diciembre de 1993 a las 6:30 p.m., paciente afebril, aspiración de secreciones, movilización, cambio de posición (fol. 24 C. 1 Tribunal)

s) Nota del 13 de diciembre de 1993 a las 9:00 a.m., donde se registra que al paciente se le bajo O₂, la saturación bien, sin fiebre, igual tratamiento, aspiración de secreciones (fol. 24 C.1 de Tribunal)

t) Nota del 13 de diciembre de 1993 a las 18:00, donde se describe a la paciente intubada con buen patrón ventilatorio, escasas secreciones, afebril, pupilas reactivas, solicita avisar cambios (fol. 21 C.1 de Tribunal).

u) Las notas realizadas en la historia clínica desde el 14 al 22 de diciembre de 1993, coinciden en afirmar que la paciente se encuentra estable y que recibe tratamiento de terapia física movilizandose secreciones, con buen patrón respiratorio, evolucionando satisfactoriamente, con abundante secreción mucopurulenta especialmente por boca, reflejos pupilares normales, adecuado balance de líquidos (folios 11 a 21 C.1 de Tribunal)

v) Nota del 22 de diciembre a las 12:30 m, donde se ordena la realización de una traqueostomía por un trauma periglótico, y la realización de hemograma, parcial de orina, hemocultivo y radiografía de tórax (folio 10 C. 1 de Tribunal).

13) Oficio No. 0264803 por medio del cual el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses presenta la respuesta al cuestionario formulado por el Tribunal Administrativo del Cesar mediante oficio No. 3061, en los siguientes términos:

a) Que es un paciente ASA E IIB y que tipo de evaluación preoperatoria debe hacerse y en que consiste el registro de anestesia?

R/. Un paciente ASA II es un paciente con una enfermedad sistémica controlada que no está amenazando su vida y si es "B" hace referencia a que la enfermedad no ha sido controlada aun cuando si tratada.

Se deben realizar dos evaluaciones preanestésicas: En la primera se debe realizar una historia clínica completa, revisar los paraclínicos preoperatorios y establecer el riesgo anestésico. La segunda evaluación preanestésica la realiza el anesthesiologo en el hospital o clínica 24 horas antes del procedimiento quirúrgico y en el debe establecer si han ocurrido cambios con respecto a la consulta anterior

y si necesita premedicación. Debe dejarse constancia en la historia clínica o en la hoja de registro anestésico de las condiciones previas al procedimiento.

El registro anestésico debe hacerlo el anestesiólogo responsable del acto anestésico y consiste en evaluar permanentemente la oxigenación - ventilación y circulación del paciente relacionándolas con las drogas y gases anestésicos administrados y sus dosis. Todo esto registrado en una hoja previamente diseñada.

b) Cuál es la conducta a seguir para el evento en que una paciente ASA IIB al que se le haya administrado, previamente a una cirugía, xilocaína simple al 2% en cantidad de 340 miligramos con anestesia peridural y que, quince minutos después de iniciada la cirugía, presenta dolor, y stress y su tensión arterial sube a 170/120, y al que, inmediatamente, se le pasan 150 miligramos de pentotal intravenoso y a los cinco minutos presenta cianosis central y periférica, con hipotensión, bradicardia y paro respiratorio?

R/ Este paciente presenta un cuadro clínico compatible con depresión cardiorrespiratoria secundaria a la inducción anestésica y debe ser manejada siguiendo un protocolo de reanimación cardiocerebrorespiratoria.

c) Qué tipo de aparatos o instrumentos (recursos físicos) son indispensables para dichos procedimientos?

R/ En la reanimación de un paciente que sufre depresión cardiorrespiratoria se debe contar con un reanimador experto (en este caso anestesiólogo), una fuente de oxígeno, un equipo de ventilación, un desfibrilador y una cantidad de medicamentos de diferente acción sistémica tales como inotrópicos, vasodilatadores, anticálcicos, antiarrítmicos, sedantes, terapia de reemplazo de líquidos y electrolitos (sangre, coloides, cristaloides)

d) Si el paciente cae en estado de coma, en que tiempo o término inmediato (minuto y horas) debe ser puesto en una unidad de cuidados intensivos?

R/ Un paciente que entra en estado de coma después de un paro cardiorrespiratorio deberá ser trasladado a la unidad de cuidados intensivos en las primeras 24 horas de sucedido el evento.

e) Como deben estar compuestos los equipos multidisciplinarios para afrontar una emergencia como la planteada?

R/ Los equipos multidisciplinarios para afrontar una emergencia de ese tipo deben contar con un reanimador experto (anestesiólogo) un ayudante (que puede ser un médico de cualquier especialidad con entrenamiento en reanimación y una enfermera jefe experta en reanimación, además de dos (2) enfermeras auxiliares con entrenamiento en estos casos. Todos deben estar coordinados para ejecutar sus funciones específicamente dirigidas al paciente en particular y a las necesidades logísticas de los reanimadores (anestesiólogo - ayudante -enfermera jefe)

f) Qué elementos mínimos (humanos y materiales) debe tener disponible una U.C.I.?

R/ Los recursos humanos mínimos que debe tener disponibles una UCI son 1 internista (medico internista o anestesiólogos expertos en cuidado intensivo) Enfermera jefe especialista en cuidado intensivo, auxiliares de enfermería entrenados en cuidados intensivos, terapeuta respiratoria entrenada en pacientes de cuidados intensivos...” (folios 320 a 322 C. 2)

VI.- Apreciado el material probatorio allegado al proceso y haciendo un análisis objetivo y comparativo de tales medios de convicción para llegar a una conclusión, dentro de lo razonable, sobre los elementos de hecho de la demanda y de la defensa (artículo 187 C. de P.C.), encuentra acreditado la Sala que:

1.- YULIETH EMMA HENRIQUEZ MENDOZA, GUSTAVO EMILIO HENRIQUEZ MENDOZA, ROSA LINDA HENRIQUEZ MENDOZA, LINDA ROSA HENRIQUEZ MENDOZA, SILENYS ESTHER HENRIQUEZ MENDOZA, EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA son hijos de LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA.

2.- BOLIVAR LUCIANO MENDOZA OLIVELLA, AURISTELA TERESA MENDOZA OLIVELLA, IDALINA MENDOZA OLIVELLA, ARQUÍMEDES

CONCEPCIÓN MENDOZA OLIVELLA, PEDRO ELEUTERIO MENDOZA OLIVELLA, MAGALI MENDOZA OLIVELLA, EMILIANA MARIA MENDOZA OLIVELLA, ANGEL MARIA MENDOZA OLIVELLA, LEONEL MENDOZA OLIVELLA, NANCY REMEDIOS MENDOZA OLIVELLA son hermanos de LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA e hijos de PEDRO ANGEL MENDOZA Y JOSEFA TEOLINDA OLIVELLA.

3.- GILBERTO ENRIQUEZ MONTERROSA y LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA contrajeron matrimonio el 8 de septiembre de 1968.

4.- La señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA recibía atención médica por parte del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valledupar como derecho - habiente del señor GILBERTO ENRIQUEZ MONTERROSA, desde el 28 de septiembre de 1992, acudiendo por molestias en el aparto genito urinario y con antecedentes de hipertensión arterial.

5.- La señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA fue intervenida quirúrgicamente el día 6 de diciembre 1993 en la Cooperativa Integral de Medicina de la Costa Atlántica "COOMEDICA", bajo el diagnóstico de CISTORECTOCELE GRADO II, la atención fue prestada en virtud del contrato de prestación de servicios ISS - CESAR y COOMEDICA

6.- En el acto quirúrgico (Historia Clínica del I.S.S. 912489243) para corrección de Cistoccele GII, después de la aplicación de Pentotal, hace cianosis central y periférica, con hipotensión, bradicardia y paro respiratorio, del cual sale con maniobras de resucitación, saliendo de cirugía en estado de coma. La autopsia reveló marcada atrofia cerebral; el estudio histopatológico sustenta la Conclusión de Encefalopatía Hipóxica.

7.- La señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, falleció el día 19 de enero de 1994.

VII.- Las pretensiones de la demanda se encuentran llamadas a prosperar, teniendo en cuenta que dentro del proceso se evidencia una falla en la prestación del servicio médico.

En efecto, dentro del expediente se encuentra demostrada la existencia de los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, en este caso, representado por el Instituto de los Seguros Sociales.

El primero de los elementos estructurales de la responsabilidad, el hecho, se encuentra probado con el registro civil de defunción de LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA y su causa se encuentra determinada en el acta de protocolo de necropsia, es decir, una marcada ATROFIA CEREBRAL - ENCEFALOPATÍA HIPÓXICA. El daño, por su parte, se concreta, en estricto sentido, con el deceso mismo de la persona y se predica frente a quienes obran como demandantes dentro de este proceso. El nexo de causalidad entre el hecho y el daño, se encuentra debidamente acreditado, si se tiene en cuenta que, de la lectura de la Historia Clínica se evidencia negligencia en relación con la realización de la alegada valoración pre - anestésica, conclusión a la que se llega al observar que dentro de los documentos constitutivos de la Historia Clínica no aparece tal procedimiento, bien porque se aportó incompleta al proceso o porque las afirmaciones de la demanda son ciertas en el sentido que, para la realización de la cirugía y en relación con el acto anestésico, no se agotaron los procedimientos requeridos, según las normas mínimas de seguridad, en anestesiología, protocolos establecidos por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y reanimación - SCARE - y aprobadas por el Comité Nacional para el control del ejercicio de la especialidad (Ley 06 de 1991- Decreto reglamentario 0097 de 12 de enero de 1996 Ministerio de Salud).

Específicamente, en lo concerniente a la evaluación preoperatoria, la Sociedad Colombiana de Anestesiología ha establecido:

1.1. EVALUACIÓN PREANESTÉSICA: El médico Anestesiólogo en el manejo pre - anestésico del paciente electivo debe establecer su estado clínico previo y su riesgo preanestésico (según clasificación de la American Society of Anesthesiologists ASA), definir su manejo peri y post anestésico. Para ello debe cumplir con dos actividades.

1.1.1. CONSULTA / INTERCONSULTA

PRE - ANESTÉSICA: Durante la misma se debe incluir:

1.1.1.1. Antecedentes

1.1.1.2. Estado Clínico Actual. (incluir clasificación ASA)

1.1.1.3. Revisión de los exámenes paraclínicos y de las interconsultas pertinentes. Se podrá solicitar lo que haga falta, a juicio del anestesiólogo.

1.1.1.4. *Establecer el riesgo anestésico (de acuerdo al estado clínico y a la técnica anestésica planteada), informar al paciente o a sus familiares y obtener el consentimiento escrito, si es pertinente.*

1.1.2. CONSULTA / INTERCONSULTA

PREANESTESICA INTRAHOSPITALARIA

Debe realizarse por un Médico Anestesiólogo o Residente de Anestesiología, para todo paciente programado y hospitalizado, dentro de las 24 horas previas al procedimiento. En ella debe establecerse si el paciente ha sufrido cambios clínicos en relación con la consulta / interconsulta pre - anestésica; debe definirse si el paciente necesita pre - medicación. Debe darse explicación del procedimiento anestésico al paciente o familiares y obtener el consentimiento informado el cual debe quedar registrado en la historia clínica. Se debe establecer el manejo anestésico del paciente.

1.1.3. *El paciente programado a Cirugía electiva ambulatoria debe tener previo al procedimiento quirúrgico, la consulta / interconsulta pre - anestésica. El Médico Anestesiólogo antes de iniciar la administración de anestesia debe revisar la historia clínica y confirmar que su paciente no presenta cambios clínicos que puedan contraindicar el procedimiento. Debe quedar constancia escrita en el Registro Anestésico o en la historia clínica de sus condiciones previas.” (Subrayado original en texto, documento visible a folios 190 a 201 y 219 a 226 C. 1 de Tribunal)*

Así, obra prueba sobre la atención médica posterior a la cirugía adelantada a la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, el día 6 de diciembre de 1993, no obstante, sobre el procedimiento anteriormente descrito no existe registro que pruebe su plena observancia, lo que implica un desconocimiento de la *lex artis* que gobierna la práctica de la profesión médica en la especialidad de anestesiología.

Tal y como se desprende del concepto médico legal emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses era necesario, debido a la patología hipertensiva que presentaba la paciente, practicar exámenes previos a la intervención quirúrgica tendientes a establecer el riesgo al que se sometía la señora MENDOZA OLIVELLA durante acto anestésico.

Lo anterior conduce a afirmar que la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, en definitiva, presentó una reacción desfavorable al acto anestésico, lo cual, aunado al hecho de no haberse agotado correctamente los procedimientos previos recomendados para la buena práctica de la anestesiología como ciencia, deviene en una omisión que compromete la responsabilidad de la entidad demandada.

La Sala advierte que la reacción desfavorable a los anestésicos incluso con valoraciones y exámenes previos, pudo haberse presentado, pero debe observarse que, si se hubiera agotado correctamente el protocolo adoptado por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE), la eventual reacción negativa a la inducción anestésica correspondía a un hecho que escapaba a cualquier previsión.

Es claro que, de conformidad con el cuestionario absuelto por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses, la paciente sufrió una depresión cardiorrespiratoria secundaria a la inducción anestésica.

Sobre el régimen que gobierna la acción de reparación directa por falla en la prestación del servicio médico, esta corporación ha sostenido:

(...)

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el

de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente”¹

Así, siendo evidente la falla en la prestación del servicio médico dentro del asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se condenará a la demandada al pago de los perjuicios morales y materiales solicitados con la demanda.

Como se encuentra demostrado que los demandantes dentro de esta acción (el padre, el esposo, los hijos y los hermanos de la señora Lenis Esther Mendoza Olivella) sufrieron con su muerte un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, se condenará al pago de perjuicios morales y materiales, estos últimos, en relación con el esposo y los hijos que a la fecha de su muerte aún dependían económicamente de ella, es decir, los menores de veinticinco (25) años tal y como lo ha sostenido en múltiples pronunciamientos esta corporación².

A título de perjuicios morales:

1.- A los señores BOLIVAR LUCIANO, AURISTELA TERESA, IDALINA, ARQUIMEDES CONCEPCIÓN, PEDRO ELEUTERIO, MAGALI, EMELINA MARÍA, ANGEL MARÍA, LEONEL, Y NANCY REMEDIOS MENDOZA OLIVELLA (hermanos de la fallecida) se les reconocerá por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

2.- Para los señores GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ MONTERROSA (Esposo), para YULIETH EMMA, GUSTAVO EMILIO, ROSA LINDA, LINDA ROSA, SILENYS ESTHER y EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA (hijos) y, PEDRO ANGEL MENDOZA (padre) la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

¹ Consejo de Estado – Sección Tercera - Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, radicación 15772, sentencia de 31 de agosto de 2006. Actor: Maria Olga Sepúlveda Ramírez, Demandado: Hospital Ramón González Valencia

² Sentencia de 4 de octubre de 2007. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero, radicación acumulado 16.058 y 21.112.

A título de perjuicios materiales:

Los perjuicios materiales corresponden a las sumas de dinero que el esposo y los hijos de la víctima dejaron de percibir por concepto de lo que ésta suministraba para el sostenimiento del grupo familiar. Como no existe dentro del proceso un parámetro cierto y concreto con base en el cual pueda establecerse cuál era el ingreso mensual que percibía la señora LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA, se liquidará tomando como base el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2008, cifra que la Ley establece como ingreso vital, necesario e insustituible que percibe toda persona en condiciones normales de productividad para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural³, es decir, CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS (\$461.000) a esta suma se le aumentará un 25% correspondiente a la proporción causada por concepto de prestaciones sociales, al resultado de dicha operación se restará un 25% que se estima, destinaba a su propia manutención, el resultado será el que se utilice para la liquidación en dos partes, el cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge supérstite y el restante cincuenta por ciento (50%) en seis cuotas partes de 16.66 % destinadas a cada uno de sus hijos.

En el caso del cónyuge supérstite, la indemnización se calculará desde la fecha de la muerte de la señora Lenis Esther Mendoza Olivella (19 de enero de 1994) hasta la fecha en que se calcula la vida probable de su cónyuge. La razón por la cual se adoptan de la manera anunciada los extremos temporales para efectuar la liquidación por perjuicios materiales, consiste fundamentalmente en que el mayor de los cónyuges de acuerdo con las tablas de expectativa de vida, es quien, en principio, debe morir primero, así en el caso sub iudice, como la víctima (Lenis Esther Mendoza Olivella) era menor que su esposo, su obligación económica frente a éste se extendía hasta la fecha de la muerte de éste.

La indemnización para los hijos se calculará desde la fecha de la muerte, 19 de enero de 1994, hasta la fecha en que cada uno cumplió 25 años de vida, según los documentos allegados, tal como lo ha venido señalando la jurisprudencia. Para la liquidación se aplicarán las formulas de las matemáticas financieras de común uso en estos casos y la indemnización será la histórica o consolidada.

³ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 145

La cifra base de liquidación es entonces **CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$432.657)** que dividida en dos partes (cónyuge e hijos) es igual a **DOSCIENTOS DIECISEIS MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON CINCO CENTAVOS**, esta a su vez dividida entre 6 hermanos arroja un resultado de **TREINTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$36.054.75)**.

LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES:

1.- Indemnización para YULIETH EMMA HENRIQUEZ MENDOZA (nacida el 12 de agosto de 1969)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 - hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad - 12 de agosto de 1994 -. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual **(\$36.054,75)**

i - Interés puro o técnico del 6% anual **(0,004867 mensual)**

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar **(6,076)**

$$IH = \$36.054,75 \frac{(1 + 0,004867)^{6,076} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$ 221.792,65$$

2.- Indemnización para GUSTAVO EMILIO HENRIQUEZ MENDOZA (nacido el 16 de marzo de 1972)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad - 16 de marzo de 1997 -. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

i

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual **\$36.054,75**

i - Interés puro o técnico del 6% anual **(0,004867 mensual)**

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar **(37,09)**

$$IH = \$36.054,75 \frac{(1 + 0,004867)^{37,09} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$1'461.688,90$$

3.- Indemnización para ROSA LINDA HENRIQUEZ MENDOZA (nacida el 12 de junio de 1976)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad - 12 de junio de 2001 -. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual **(\$36.054,75)**

i - Interés puro o técnico del 6% anual **(0,004867 mensual)**

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar **(88.07)**

$$IH = \$36.054,75 \frac{(1 + 0,004867)^{88,07} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$3'952.667,46$$

4.- Indemnización para LINDA ROSA HENRIQUEZ MENDOZA (nacida el 12 de junio de 1976)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad - 12 de junio de 2001 -. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual (**\$36.054,75**)

i - Interés puro o técnico del 6% anual (**0,004867 mensual**)

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (**88.07**)

$$IH = \$36.054,75 \frac{(1 + 0,004867)^{88.07} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$3'952.667,46$$

5.- Indemnización para SILENYS ESTHER HENRIQUEZ MENDOZA (nacida el 27 de enero de 1978)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad - 27 de enero de 2003 -. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual (**\$36.054,75**)

i - Interés puro o técnico del 6% anual (**0,004867 mensual**)

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (**108.002**)

$$IH = \$36.054,75 \frac{(1 + 0,004867)^{108.002} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$5'107.043$$

6.- Indemnización para EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA (nacido el 31 de enero de 1980)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad - 31 de enero de 2005 -. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual (**\$36.054,75**)

i - Interés puro o técnico del 6% anual (**0,004867 mensual**)

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar (**132,004**)

$$IH = \$36.054,75 \frac{(1 + 0,004867)^{132,004} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$6'653.854$$

7- Indemnización para GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ MONTERROSA (nacido el 17 de noviembre de 1944, contaba para la fecha de los hechos con 49 años dos mese y dos días)

a) **Indemnización Histórica:** Comprende desde la fecha de los hechos - 19 de enero de 1994 hasta la fecha en que se cumpliría la expectativa de vida del señor Henríquez Monterrosa, así contaba con 49 años de edad cuando se produjo la muerte de su esposa, lo que implica una proyección de vida según las tablas de mortalidad de rentistas igual a 28,58 años. Se calcula aplicando la siguiente formula:

$$IH = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

Ra - Ingreso o renta mensual (**\$216.328,5**)

i - Interés puro o técnico del 6% anual (**0,004867 mensual**)

n - Numero de mensualidades que comprende el período a indemnizar **(336,0048)**

$$IH = \$216.328,5 \frac{(1 + 0,004867)^{336,0048} - 1}{0,004867}$$

$$IH = \$182'719.792,26$$

Así las cosas tenemos:

Nombre	Perjuicios Morales	Perjuicios Materiales
Yulieth Emma Henríquez Mendoza	Cien (100) SMMLV	\$221.792,65
Gustavo Emilio Henríquez Mggendoza	Cien (100) SMMLV	\$1'461.688,90
Rosa Linda Henríquez Mendoza	Cien (100) SMMLV	\$3'952.667,46
Linda Rosa Henríquez Mendoza	Cien (100) SMMLV	\$3'952.667,46
Silenys Esther Henríquez Mendoza	Cien (100) SMMLV	\$5'107.043
Eduardo Fabio Henríquez Mendoza	Cien (100) SMMLV	\$6'653.854
Gilberto Antonio Henríquez Monterrosa	Cien (100) SMMLV	\$82'719.792,26
Bolívar Luciano Mendoza Olivella	Cincuenta (50) SMMLV	\$0
Auristela Teresa Mendoza Olivella	Cincuenta (50) SMMLV	\$0
Idalina Mendoza Olivella	Cincuenta (50) SMMLV	\$0
Arquímedes Concepción Mendoza Olivella	Cincuenta (50) SMMLV	\$0
Pedro Eleuterio	Cincuenta (50)	\$0

Mendoza Olivella	SMMLV		
Magali Mendoza Olivella	Cincuenta SMMLV	(50)	\$0
Emelina María Mendoza Olivella	Cincuenta SMMLV	(50)	\$0
Ángel María Mendoza Olivella	Cincuenta SMMLV	(50)	\$0
Leonel Mendoza Olivella	Cincuenta SMMLV	(50)	\$0
Nancy Remedios Mendoza Olivella	Cincuenta SMMLV	(50)	\$0
Pedro Ángel Mendoza	Cien (100) SMMLV		\$0

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia de 15 de septiembre de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

SEGUNDO. DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** por la muerte de la señora **LENIS ESTHER MENDOZA OLIVELLA**.

TERCERO. CONDÉNASE a pagar al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** las siguientes sumas de dinero a título de indemnización por perjuicios morales:

1.- A los señores BOLIVAR LUCIANO MENDOZA OLIVELLA, AURISTELA TERESA MENDOZA OLIVELLA, IDALINA MENDOZA OLIVELLA, ARQUIMEDES CONCEPCIÓN MENDOZA OLIVELLA, PEDRO ELEUTERIO MENDOZA OLIVELLA, MAGALI MENDOZA OLIVELLA, EMELINA MARÍA MENDOZA OLIVELLA, ANGEL MARÍA MENDOZA OLIVELLA, LEONEL MENDOZA OLIVELLA Y NANCY REMEDIOS MENDOZA OLIVELLA (hermanos de la fallecida) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

2.- A los señores GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ MONTERROSA (Esposo), YULIETH EMMA HENRIQUEZ MENDOZA, GUSTAVO EMILIO HENRIQUEZ MENDOZA, ROSA LINDA HENRIQUEZ MENDOZA, LINDA ROSA HENRIQUEZ MENDOZA, SILENYS ESTHER HENRIQUEZ MENDOZA y EDUARDO FABIO HENRIQUEZ MENDOZA (hijos) y, PEDRO ANGEL MENDOZA (padre), la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

CUARTO. CONDÉNASE a pagar al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** las siguientes sumas de dinero a título de indemnización por perjuicios materiales:

1.- A la señora **YULIETH EMMA HENRÍQUEZ MENDOZA** la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO PEOSO CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$443.585,31).

2.- Al señor **GUSTAVO EMILIO HENRÍQUEZ MENDOZA** la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRES MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$2'923.377,81).

3.- A la señora **ROSA LINDA HENRÍQUEZ MENDOZA** la suma de SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$7'905.334,92).

4.- A la señora **LINDA ROSA HENRÍQUEZ MENDOZA** la suma de SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$7'905.334,92).

5.- A la señora **SILENYS ESTHER HENRÍQUEZ MENDOZA** la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL OCHENTA Y SESIS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$10'214.086,13).

6.- Al señor **EDUARDO FABIO HENRÍQUEZ MENDOZA** la suma de TRECE MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SETECIENTOS OCHO PESOS (\$13.307.708,00)

7.- Al señor **GILBERTO ANTONIO HERIQUEZ MONTERROSA** la suma de CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES SETESCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$182'719.792,26).

QUINTO. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Para tal efecto, el Tribunal Administrativo del Cesar cumplirá lo dispuesto por el artículo 362 del C.P.C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Elementos

La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

CAUSALIDAD - Diferente a imputación / IMPUTACION - Diferente a causalidad

Es menester reseñar los elementos estructurales que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena determinar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo; y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser). Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad.

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción / IMPUTACION - Noción / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Elementos

Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, "...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho" La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado - en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación -entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

NEXO CAUSAL - Noción / NEXO CAUSAL - Diferente a imputación / IMPUTACION - Noción / IMPUTACION JURIDICA - Noción

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar -acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un

acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación. No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política. En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óntico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho -imputación- mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - Responsabilidad médica / FALLA DEL SERVICIO PROBADA - Responsabilidad médica / DISTRIBUCION DE CARGAS PROBATORIAS - Responsabilidad médica / CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA - Responsabilidad médica

No es posible abordar el análisis de la carga de la prueba, a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho, en sí mismo, reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros. Bajo esa óptica, en mi criterio, el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio (en cuanto a la rigidez de a quién incumbe la carga de la prueba), con los avances de las ciencias naturales como sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación. De otra parte, contrario a lo afirmado en la providencia que se transcribió en la sentencia sobre la cual recae la presente aclaración, la Sala no ha recogido la tesis de distribución de las cargas probatorias, como quiera que existen un número plural de providencias, todas ellas proferidas en el año 2006, en las cuales, contrario a lo afirmado, se reconoce la posibilidad de que, en ciertos eventos, opere el dinamismo de la carga probatoria, para verificar que extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento, evento o circunstancia. Se aprecia por consiguiente como esta misma Sección, contrario a lo señalado en el proveído sobre el cual recae la aclaración de voto, no ha adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de que el juez dé una efectiva aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 20001-23-31-000-1998-00197-01(15726)

Actor: GILBERTO ANTONIO HENRIQUEZ YOTROS

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Referencia: REPARACION DIRECTA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 30 de julio de 2008, proferida dentro del proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva que de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la respectiva sentencia. Estos son, la alusión que se hace a los elementos constitutivos de la responsabilidad, y por la otra, al régimen de falla probada del servicio, comprendido como único probable para los casos de responsabilidad médica.

1. Argumentación sobre los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

En la providencia ya señalada, en cuanto concierne a los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, se consignó lo siguiente:

“(...) El primero de los elementos estructurales de la responsabilidad, el hecho, se encuentra probado con el registro civil de defunción (...) y su causa se encuentra determinada en el acta de protocolo de necropsia (...). El daño por su parte, se concreta en estricto sentido, con el deceso mismo de la persona y se predica frente a quienes obran como demandantes dentro de este proceso. El nexo de causalidad entre el hecho y el daño, se encuentra debidamente acreditado (...)” (Página 17 de la sentencia).

Me aparto de las afirmaciones antes transcritas, tal y como lo he venido haciendo en forma sistemática, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.1.La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serian, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación.

1.2.La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

“El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“(...)” (negritas fuera del texto original).

1.3.Previo a cualquier análisis, es menester reseñar los elementos estructurales que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena determinar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo;⁴ y en ese entendimiento, los

⁴ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda.. 1952. Pág. 12.

principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)⁵. Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad.

Así las cosas, según la disposición lógico - normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto - DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica:

“... Causa y efecto además no existen como términos aislados, sino como meros momentos de un proceso, de un **continuum**. “Los fenómenos como causa y efecto, dice Kelsen, constituyen una conexión de hechos directa, aunque no siempre perceptible inmediatamente. La llamada causa se cambia imperceptiblemente en el llamado efecto. Causa y efecto son, en palabras de Goethe, un fenómeno indivisible. Que los separemos sin embargo una de otro, que incluso que los opongamos entre sí, que intencionalmente aislemos de la cadena continua de innumerables elementos dos solamente como **la** causa y **el** efecto que se imputa a esa causa sola, se debe al vetusto hábito de interpretarla naturaleza conforme al principio de retribución”⁶

Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese *continuum*, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la

⁵ Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62

⁶ Revista de derecho de la Universidad de Antioquia. Homenaje a Hans Kelsen, B. Mantilla Pineda. El principio de retribución y la ley de causalidad. Pág. 358 y 359.

conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Y es así, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha entendido:

“porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que **el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.**

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”⁷

“Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores⁸, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que **“... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...”**, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”⁹
(Negrilla fuera de texto)

Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, “...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas

⁷ Sentencia del Consejo de Estado de diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

⁸ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

⁹ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho¹⁰

La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En efecto, la doctrina sostiene:

“Por lo demás, la no circunscripción de la categoría de antijuridicidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve, una vez más, la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la “determinación normativa” de las circunstancias que caracterizan la antijuridicidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil”¹¹.

1.4. La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

“(…) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

“La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre

¹⁰ “27. HAYEK señala a este propósito que solo así “la regla de no perjudicar a otro cobra algún sentido para un grupo de hombres que tienen el derecho a perseguir cada uno sus propios objetivos”; de otra forma, si todas las personas tuviesen que atenerse continuamente a lo que los otros esperan o presuponen de su comportamiento, “el resultado sería, en breve plazo, el descalabro del orden” (cfr. Hayek, F.A.: *Droit, legislation et liberté*, París, 1981, t. I, pp. 122 y 124, respectivamente). Vid., en el mismo sentido, CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Contrato e deveres de proteccao*, Coimbra, 1994, p. 130”. Citado en Busto Iago, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos S.A. Madrid. 1998. pag 45.

¹¹ Busto Iago, José Manuel. Ob cit. Pag 50.

responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”¹²

1.5. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado - en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación -entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

Más aun, dicha posición ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones¹³, en la cual se ha puntualizado recientemente, entre otros aspectos, lo siguiente:

“De manera tal que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*¹⁴, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la *“calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa”* (subrayas en el original)¹⁵.

"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del **daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal** armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración¹⁶. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13)¹⁷, y en la garantía integral del patrimonio de los

¹² Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

¹³ Al respecto ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁴ Sentencia C-533 de 1996.

¹⁵ Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: *“No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un **“daño antijurídico”**, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar”* (negrillas fuera del texto original).

¹⁶ Sentencia C-333 de 1996.

¹⁷ Esta Corporación, en Sentencia C-333-96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, resaltó la armonía existente entre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado

ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución¹⁸. (Negrilla fuera del texto)

“El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti”*¹⁹. (Negrilla fuera del texto)

“La Corte Constitucional ha, de esta manera, reiterado las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

“(S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas

consagrado en el artículo 90 de la Carta y el Estado Social de Derecho: *“Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”*.

¹⁸ Sentencia C-832 de 2001.

¹⁹ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993, loc. cit.

de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. (negritas y subrayado fuera del texto original)²⁰

“Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de *cualquier autoridad pública*. **En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.**”²¹

Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

1.6. En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución

²⁰ Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel -daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público.

Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar -acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política²².

Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial -el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo²³, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²³ "En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos" Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*.

Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.

En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óptico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho -imputación- mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”²⁴, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.²⁵

Es por lo anterior, que lo itero una vez más, el análisis de éstas controversias debe hacerse en el entendimiento que se deja planteado, de no hacerlo así, la Sala estaría manteniendo una postura que ya ha sido superada en el ordenamiento jurídico (art. 90 C. P.).

1.7. Aunado a lo anterior, debe precisarse que el anterior entendimiento ha sido avalado por la jurisprudencia extranjera, específicamente la española, la cual,

²⁴ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 12 Edición, 1974, pág. 20.

²⁵ Kelsen – Cossio. Obra cit pag. 22.

partiendo de similares contenidos normativos a los existentes en nuestro país, ha explicado los elementos de la responsabilidad en los siguientes términos:

“(…) Segundo: La responsabilidad del Estado que con carácter objetivo se configura por primera vez en 1954 dentro de la Ley de Expropiación Forzosa (art. 121) y se alberga tres años después en la de régimen jurídico de la Administración (art. 40), ha adquirido relieve constitucional en los arts. 9.º y 106, párrafo 2.º, como garantía fundamental en la órbita de la seguridad jurídica, aun cuando su entronque más directo lo tenga con el valor «justicia», uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático, que proclama el art. 1.º de la misma Constitución .

“En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial, equivalente por su contenido a cualquier daño o perjuicio, en la doble modalidad, clásica desde la antigua Roma, del lucro cesante o del daño emergente. En este caso, no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción. Ahora bien, no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo y tal calificación conviene perfectamente a la Orden de 10 de agosto de 1985 desde el mismo instante en que nuestra Sentencia de 4 de julio de 1987 comprobó y declaró que era nula de pleno Derecho.

“En otro plano ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la produce, entre el acto dañoso y la Administración que es su autora, y por tanto implica la necesidad de que pueda serle imputado o atribuido, en su actuación propia, como poder y en el uso de sus potestades públicas...

“(…)”²⁶ (cursivas del original - negrillas adicionales).

1.8. Al margen de todas las consideraciones sobre la materia, y que se han expuesto anteriormente, en relación con los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, lo cierto es que la Sala debe asumir una posición definitiva sobre el asunto objeto de análisis, como quiera que el 30 de agosto de 2007, esta misma Sección profirió una sentencia (expediente 15.932) en la cual el capítulo denominado “daño antijurídico e imputabilidad” fue aprobado sin ningún tipo de observación y en forma unánime.

²⁶ Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de noviembre de 1993, rad. STS 11664, M.P. Ángel Alfonso Llorente Calama. Ver igualmente: sentencia de 10 de julio de 1992, rad. STS 11010.

1.9. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el análisis de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, uno de los aspectos, que como se dijo, constituye el objeto de esta aclaración de voto.

2. Argumentación sobre la responsabilidad médica y la falla probada del servicio

En relación con este aspecto, si bien comparto, la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, en el sentido de identificar una falla del servicio de la entidad pública demandada; considero que la cita que se hace de la Sentencia de 31 de agosto de 2006, de la Sección tercera, cuyo número de radicación es 15772 (Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio) reduce el ámbito de la responsabilidad médica, a la falla probada, y limita la apreciación probatoria del juzgador. En efecto la cita textual que se hace, de la providencia indicada es:

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados dentro del proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. SE acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardo o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente”

Me aparto, como lo hice en pasada ocasión²⁷, del razonamiento antes transcrito, aceptado de manera mayoritaria por la Sala, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. La carga de la prueba es un aspecto que se debate desde orígenes del derecho como ciencia jurídica y, con mayor profundidad y rigurosidad, desde los inicios de la sistematización del derecho sustancial (Códigos Civiles), así como con la transformación en el análisis del denominado derecho adjetivo, para convertirse en el actual derecho procesal.

2.2. Los cuestionamientos ¿A quién le incumbe probar? ¿Quién está capacitado para probar determinados supuestos que se ventilan en un determinado litigio?, son interrogantes a los que las partes y el operador judicial se enfrentan diariamente en la administración de justicia. Dicha situación constituye, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más relevantes del derecho procesal y probatorio moderno, como quiera que la máxima del derecho romano "*actori incumbit onus probandi*", según la cual a quien alega los hechos le corresponde probarlos, no puede, bajo ningún punto de vista, convertirse en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar, en cada caso concreto quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten en un determinado proceso entre demandante y demandado.

2.3. De conformidad con lo anterior, no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba, a través de postulados inflexibles²⁸, como quiera que el derecho, en sí mismo, reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros.

²⁷ Ver: Aclaración de voto al auto de 18 de julio de 2007, exp. 28.106, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁸ "(...) luego de haber sido incorporado plenamente al lenguaje procesal el concepto de "carga probatoria", se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, contraviniéndose así –a nuestro entender– el espíritu de su primer mentor [se refiere a Goldschmidt], quien siempre concibió su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. De esta manera se "fijaron" literalmente las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida, sin ningún tipo de miramiento relacionado con las circunstancias particulares del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución... Establecido lo anterior, conviene señalar que posteriormente se comenzó a comprobar que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado" PEYRANO, Marcos "La Teoría de las "cargas probatorias dinámicas" en la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000)", en "Cargas Probatorias Dinámicas", Director Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Pág. 181 y 182.

Bajo esa óptica, en mi criterio, el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio (en cuanto a la rigidez de a quién incumbe la carga de la prueba)²⁹, con los avances de las ciencias naturales como sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación.

2.4. De otra parte, contrario a lo afirmado en la providencia que se transcribió en la sentencia sobre la cual recae la presente aclaración, la Sala no ha recogido la tesis de distribución de las cargas probatorias, como quiera que existen un número plural de providencias, todas ellas proferidas en el año 2006, en las cuales, contrario a lo afirmado, se reconoce la posibilidad de que, en ciertos eventos, opere el dinamismo de la carga probatoria, para verificar que extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento, evento o circunstancia.

En efecto, si bien en sentencia ya mencionada, de 31 de agosto de 2006,³⁰ esta Sección señaló, el supuesto abandono de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, lo cierto es que la Sala, en providencia de esa misma fecha, en otro expediente, incurre en la siguiente paradoja:

“En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala ha considerado procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.”³¹

En más reciente oportunidad la Corporación, sobre el particular, manifestó:

“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será, por regla general, carga de la parte demandante, a menos que aquella dadas las

²⁹ “Artículo 177 del C.P.C.-**Carga de la prueba**. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 15.772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 15.283, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Sólo en este evento y de manera muy excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-...³²

Se aprecia por consiguiente como esta misma Sección, contrario a lo señalado en el proveído sobre el cual recae la aclaración de voto, no ha adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de que el juez dé una efectiva aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

2.5. De otra parte, es importante destacar la contradicción en que se incurre en la providencia transcrita, toda vez que la parte del texto de la misma, que se refiere a la carga de la prueba de la parte actora (*onus probandi*) en asuntos de responsabilidad médica oficial, se opone a lo manifestado en la cita que, paso seguido, se efectúa en el mismo cuerpo de la sentencia, y que, en términos generales, se utiliza como presunto punto de apoyo para reforzar el planteamiento allí contenido.

En efecto, si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas por la Sala, en la providencia de la referencia, las mismas señalan que, la regla general, es que corresponda a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, incluida la falla del servicio, salvo que, de conformidad con el artículo 230 de la Carta Política (criterios de equidad), se requiera alivianar, de manera excepcional, dicha carga probatoria.

Luego de señalado lo anterior, la Sala transcribe una providencia de julio de 2007 (18 de julio de 2007, exp. 28.106), que entra en manifiesta contradicción con lo dispuesto en el mismo texto de la sentencia, como quiera que, en esa ocasión, la postura mayoritaria de la Sección, pareció orientarse a la eliminación en la aplicación del sistema de falla presunta o de las cargas probatorias dinámicas, en

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 15.201, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En idénticos términos, ver sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 25.063, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

forma absoluta, sin que existiera ningún tipo de aliviamiento probatorio a favor de la parte demandada.

2.6. Considero, por lo tanto, que la Sala debe fijar clara y expresamente la posición sobre la carga de la prueba, en relación con los procesos de reparación directa que se ventilan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, principalmente, en cuanto concierne a procesos de responsabilidad médica.

No puede ser otra la posibilidad con que cuenta el juez, dado que el Consejo de Estado debe trazar líneas jurisprudenciales definidas, con el fin de evitar inconsistencias en el análisis del derecho y, concretamente, en la forma como se acude ante la jurisdicción para deprecar la aplicación de justicia en cada caso concreto.

2.7. Ahora bien, en cuanto se refiere al estatismo en la comprensión del contenido y alcance de las cargas probatorias y a quien incumben, es pertinente señalar que, en mi criterio, esta situación debe ser reformulada en tanto que es posible que dicha rigidez conceptual conduzca, en ciertas ocasiones, a situaciones injustas, máxime si se tiene en cuenta la situación socio económica de un país como Colombia, en el cual el acceso a determinados instrumentos de convicción (mecanismos probatorios, como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo.³³

Por consiguiente, no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica, sino de que el juez, en aplicación de criterios - principios- de ponderación y proporcionalidad, determine en cada caso individualmente considerado, y con base en los supuestos sometidos a su consideración, cuál debe ser la distribución probatoria, en términos dinámicos, que debe regular el trámite procesal específico, como quiera que es posible que una de las partes integrantes de la relación, en condiciones cognitivas se encuentre en

³³ "El recurso al dinamismo de las cargas exige un mayor esfuerzo del juzgador quien deberá establecer, en cada caso –y en cada uno de los hechos que fundamentan las pretensiones del actor– primero, si efectivamente en él se encuentran comprometidos asuntos científicos o técnicos, que fue la razón que condujo al Consejo a desatender la regla legal de las cargas probatorias; establecido lo anterior, corresponde al juzgador examinar cuál de las partes se encuentra en una situación probatoria más favorable... La consecuencia del nuevo planteamiento jurisprudencial es "que habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva." HERNÁNDEZ Enríquez, Alíer y FRANCO, Catalina "Responsabilidad Extracontractual del Estado", Ed, Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, Pág. 632.

un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante.

En esas condiciones, postulados constitucionales como el de igualdad material ante la ley (art. 13 C.P.), solidaridad y la equidad, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia³⁴ y doctrina³⁵ nacional sobre la materia, podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

2.8. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el tema de la carga de la prueba en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico oficial, concretamente por afirmar y, de paso, citar una providencia que sostiene, de manera errónea, que la teoría de la carga probatoria dinámica no tiene cabida en el ordenamiento jurídico colombiano, situación que, como presento a través de estas consideraciones, no puede aceptarse como certeza incuestionable, so pena de caer en el dogmatismo.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

³⁴ Sobre el particular, es posible consultar las siguientes sentencias, todas ellas proferidas el 22 de abril de 2004, por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los expedientes: 14212, 15196 y 14080.

³⁵ “(...) [S]in embargo, excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta disposición procesal [se hace referencia al artículo 177 del C.P.C.] resulta incompatible con el principio de equidad que emerge del texto constitucional, es posible que el juez –haciendo prevalecer, en el caso concreto, la Constitución sobre la ley–, prescinda de la aplicación de ésta para darle paso a la operancia de aquélla, en acatamiento del precepto contenido en el artículo 4º de la propia Norma Superior. Este sería el basamento jurídico que, en nuestro derecho, permitiría acudir, de manera excepcional claro está, al denominado principio de las cargas dinámicas de la prueba.” HERNÁNDEZ Enríquez, Alier y FRANCO, Catalina Ob. Cit., Pág. 632.