

RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Falla probada en el servicio

Con la finalidad de proceder al estudio de fondo respectivo, la Sala considera pertinente precisar que en el caso concreto el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado es la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como lo ha venido reiterando la Sala. Así las cosas, a partir del acervo probatorio debidamente allegado al proceso la Sala determinará si bajo el régimen señalado se encuentra configurada, o no, la responsabilidad patrimonial deprecada, aspecto que constituye el objeto central de la impugnación presentada por la parte actora.

NOTA DE RELATORIA: acerca de la falla probada en el servicio en materia de responsabilidad médica estatal, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 10 de febrero de 2000, exp. 11.878; del 31 de agosto de 2006, exp. 15.238; del 30 de noviembre de 2006, exps. 15.201 y 25.063; del 23 de abril de 2008, exp. 15.750.

PRETENSION - Naturaleza jurídica

Es bien sabido que la naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente. El juez, por su parte, en aplicación del principio de congruencia, deberá estarse a ese camino, es decir, a la causa petendi y al petitum, para la toma de la decisión final en el proceso. Si bien no puede hablarse de inepta demanda, puesto que finalmente se expone un cargo y un hecho en contra de la entidad estatal, sí puede señalarse que no se encuentran con precisión cuáles hechos concretos y relevantes conforman la actuación negligente o la falta de actuación de la entidad que habrían de dar lugar a la declaración de responsabilidad y a la condena respectiva, que se solicitan del juez competente. De conformidad con las pruebas que fueron transcritas parcialmente, la Sala procederá a analizar si en el sub iudice están presentes los elementos que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, a saber: el daño, la falla del servicio y el nexo de causalidad correspondiente.

DAÑO - Existencia

En primer lugar, la Sala advierte que está debidamente probado en el proceso, en diferentes documentos, en especial en el registro de defunción distinguido con "INDICATIVO SERIAL No. 1750432" que "GAMBOA DE LATORRE MARIA CAMILA" falleció del 12 de noviembre de 1992 y que la causa del deceso fue "CHOQUE SEPTICO". El documento fue aportado al proceso en copia auténtica. En consecuencia, se tiene que la ocurrencia del daño está probada.

FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Atención indebida de la menor

En segundo lugar, en relación con el daño, de acuerdo con lo expuesto por la Sala anteriormente, la parte demandante no expuso con precisión los hechos que configurarían la falla del servicio, sino que se limitó a afirmar que la "negligencia, acción y omisión y presunta ignorancia o falta de conocimientos profesionales" del personal médico de la institución habrían determinado que dejaran complicar a la paciente hasta su muerte. Al respecto, la Sala observa que el concepto médico emitido por la Asociación Colombiana de Pediatría indica textualmente que: "[R]evisando el manejo inicial de la paciente, en sus primeros días de

hospitalización, se considera que no existió negligencia, ni impericia en él, dadas las buenas condiciones de la paciente”. En el mismo sentido, el Comité de Auditoría Médica de Cajanal concluyó que ante la sospecha de un proceso infeccioso en la paciente, “se tomaron las medidas terapéuticas y diagnósticas inicialmente adecuadas”. También se acredita que Cajanal, al brindar atención en la Clínica Santa Rosa y en el Hospital de la Misericordia, al cual fue remitida la menor cuando su situación se agravó, estuvo pendiente de la salud de la paciente y le brindó atención en cuanto la requirió. No obstante lo anterior, el Comité de Auditoría Médica de Cajanal reprochó que en la atención dada a la paciente “faltó continuidad en su evolución y en la búsqueda de la causa agravante” y que no hubo “seguimiento adecuado de la venoclisis”. Estas dos críticas de la entidad demandada sobre su propia actuación indican con certeza que la atención brindada a la menor no fue óptima, sino que hizo falta que se profundizara en el estudio del caso y que se siguiera de manera detallada y adecuada su evolución. Para la Sala resulta de suma relevancia el concepto del Comité referido, puesto que tal instancia está integrada por un número de personas de la mayor importancia dentro de la entidad, como son el Subdirector Médico, el Director de la Clínica Santa Rosa, el Jefe de la División de Servicios Ambulatorios, el Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos, el Jefe de la Oficina de Control de Servicios de Salud, el Jefe de la Sección de Pediatría, un Médico Neurocirujano y el Funcionario Investigador de Control de Servicios de Salud: todos ellos estuvieron de acuerdo con calificar la actuación de la entidad en los términos señalados. Aun cuando esta prueba no se halle acompañada de otras – testimonios, dictámenes, documentos, etc. –, para la Sala es claro que en este caso hubo una falla en el servicio médico por la atención indebida que se prestó a la menor, puesto que no “se utilizaron todos los recursos”, ni “se practicaron los procedimientos adecuados”, así como tampoco se adoptaron “todas las previsiones aconsejadas por la ciencia” para darle un tratamiento efectivo.

NEXO CAUSAL - Inexistencia / IMPUTACION - Falta de determinación / RELACION DE CAUSALIDAD - Falta de argumentación de la parte demandante / NEXO DE CAUSALIDAD - Ausencia de prueba

Ahora bien, en relación con este elemento de la responsabilidad, la parte demandante se limitó señalar que “la relación de causalidad entre el primero [daño] y el segundo [falla del servicio], es una evidencia plena que no necesita explicarse su aparición”, cuestión que resulta completamente insuficiente para estructurar en el asunto sub judice la responsabilidad de la entidad estatal, puesto que al igual que se ha referido en otros apartes de la sentencia, el actor no hizo esfuerzo alguno por concretar los cargos que habrían de conducir a la prosperidad de las pretensiones y menos por probarlos. Además, en el acervo probatorio no se advierten evidencias que pudieran conducir a concluir que la falta de atención debida que acaba de destacarse hubiere sido la causa del deceso. En efecto, en el concepto de la Asociación Colombiana de Pediatría se indica que “el cuadro diarreico de uno y medio meses antes de su ingreso a la Caja de Previsión” junto con los medicamentos y dietas ordenadas a la menor, condujeron a un “diarrea prolongada” y a las “alteraciones inmunológicas” consecuentes, las cuales “pudieron ser las causantes de las complicaciones que presentó la paciente”. En el mismo sentido, respecto de la entidad clínica que dio lugar a la muerte de la menor, esto es la “fascitis necrotizante” indicó que “incluso en las mejores manos, acarrea una alta mortalidad”. También el Comité de Auditoría Médica de Cajanal señaló que “la entidad causante de la muerte [fascitis necrotizante] es de alta letalidad aun con actitudes terapéuticas rigurosamente establecidas” y que tal entidad clínica “reviste una importante gravedad y suele acompañarse de una altísima mortalidad independiente de la prontitud y adecuado tratamiento médico”.

Por tal razón, la Sala considera que ante la falta de argumentación de la parte demandante y de la insuficiencia en materia probatoria para la acreditación de la relación de causalidad entre la falla y el daño, no está acreditado el nexo entre el daño y la falla del servicio, razón por la cual en la parte resolutive confirmará la sentencia apelada, en el sentido de denegar las pretensiones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D. C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285)

Actor: LUZ MARIELA DE LA TORRE SANCHEZ

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 10 de febrero de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Demanda.

El 9 de noviembre de 1994, la señora Luz Mariela de La Torre Sánchez, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra la Caja Nacional de Previsión Social¹.

1.1. Hechos.

Los hechos expuestos por la parte demandante se transcriben así:

¹ Folios 2 – 9, Cuaderno 1

1. La Caja Nacional de Previsión Social, con fecha 9 de noviembre/92, firmada por los Pediatras CESAR PRIETO y CARLOS FONSECA de esa Entidad, hacen remisión de la Historia Clínica de la niña CAMILA GAMBOA DE LA TORRE, se remite para continuar el manejo de cuidado intensivo en el Hospital de la Misericordia (sic) a la niña MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE al Hospital de la Misericordia.
2. La Caja Nacional de Previsión Social, con fecha 10 de noviembre/92, (p/No. 9/92/-323) el Pediatra Investigador Científico, GONZALO MILAZO CAMELO se dirigió al Doctor HERNAN ALZATE Subdirector Médico de esa entidad, informándole el traslado de la paciente MARIA CAMILA GAMBOA al Hospital de la Misericordia.
3. El Hospital de la Misericordia, según oficio 902-92 de fecha 20 de enero/93, el Jefe de Estadística Doctor HUMBERTO GONZALEZ, se dirigió a la Jefe de Oficina Control Servicios de Salud, MARIA EUGENIA ZAMORA MUÑOZ de la Caja Nacional de Previsión Social, informándole todo lo relacionado con la Historia Clínica No. 407427 de MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE hasta el día que murió el 12 de noviembre/92.”

1.2. Argumentos y título de imputación.

De conformidad con la parte demandante, la entidad estatal es responsable y debe ser condenada por los daños ocasionados, puesto que en el caso concreto se presentan los tres presupuestos de la responsabilidad del Estado, a saber: “la conducta administrativa capaz de generar daño”; “el daño infringido”; “la relación de causalidad”:

“El primer presupuesto de Acción Indemnización (sic) o Reparación Directa del daño, instaurada por la demandante está constituida por la negligencia, acción y omisión y presunta ignorancia o falta de conocimientos profesionales de los médicos que conocieron de la enfermedad de MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE, desde el momento que ellos comenzaron a tratarla en la Caja Nacional de Previsión Social, según Historia Clínica de fecha 9 de noviembre/92 que hizo la entidad demandada, para remisión al Hospital de la Misericordia no era de gravedad pero la dejaron complicar hasta llega a tener lesiones purpúricas, con cuadro de sepsis de origen intestinal.

El segundo elemento constituido por los daños materiales, morales y económicos producidos en la humanidad de MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE, hasta llevarla a la muerte.

El tercero o sea el referente a la relación de causalidad entre el primero y segundo, es una evidencia plena que no necesita explicarse su aparición.”

En relación con el título de imputación y la carga de la prueba, se dijo en la demanda:

“En el caso de lesiones graves originadas en intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos de alto riesgo, no es el paciente el que debe demostrar

que hubo falla en el servicio, sino el Centro Médico es el que debe probar que ésta no existió.

Así, en estos eventos, ante la sola evidencia de la lesión, el Instituto de los Seguros Sociales y los Centros Asistenciales en general tendrán que probar que se actuó con todas las precauciones y con las mayores efectividad y diligencia para evitar el perjuicio.”

1.3. Pretensiones.

Con base en lo anterior, la demandante solicitó que se hicieran, por parte de la autoridad judicial, las siguientes declaraciones y condenas:

- 1 Que se condene a pagar a la Caja Nacional de Previsión Social los perjuicios ocasionados con la muerte de la niña MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE, por falla en la prestación del servicio en la Entidad demandada, Caja Nacional de Previsión Social.*
- 2 Que se condene a pagar a la Caja Nacional de Previsión Social, a la demandante, LUZ MARIELA DE LA TORRE SANCHEZ, quien actúa en representación legal de su hija María Camila Gamboa De La Torre, los perjuicios morales, teniendo en cuenta las sentencias dictadas por el Consejo de Estado...*
- 3 Que se condene a pagar a la Caja Nacional de Previsión Social a los padres y hermana de la niña fallecida la cantidad de 1.000 gramos oro fino a cada uno de ellos por los perjuicios morales sufridos...*
- 4. Que se condene a pagar a la Caja Nacional de Previsión Social, todos los gastos hechos por los padres durante la enfermedad de la hija MARIA CAMILA y los gastos que hicieron en el entierro de su hija fallecida por un valor de \$200.000.00.*
- 5. Que se condene a pagar a la Caja Nacional de Previsión Social, las costas del proceso, los honorarios profesionales por un valor de \$5.000.000.00”*

2. Admisión de la demanda.

El 24 de noviembre de 1994, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, profirió el auto admisorio de la demanda², el cual fue notificado a la entidad demandada el 15 de marzo de 1995³.

3. Contestación de la demanda.

² Folios 12 – 13, Cuaderno 1

³ Folio 16, Cuaderno 1

El 3 de abril de 1995, la Caja Nacional de Previsión, por medio de apoderado judicial, dio respuesta a la demanda⁴; se opuso a todas las pretensiones y en relación con los hechos comprendidos en la demanda manifestó que no le constaban y que se atenía a lo que se probara.

Con fundamento en la historia clínica, señaló que la menor se había presentado a la entidad el día 3 de noviembre de 1992 con “diarrea de mes y medio de evolución” y que en atención a su estado, el personal médico “ordenó su hospitalización”; el tratamiento con antibióticos inició el 8 de noviembre y, posteriormente, el 9 de noviembre su estado “empeoró con deshidratación, respiración acidótica y lesiones purpúricas en el miembro inferior derecho”, cuadro clínico que se interpretó como una “SEPSIS de origen intestinal”. Ante la situación de la paciente se “inició tratamiento con antibiótico más fuerte y se decidió su traslado a una Institución que contara con Unidad de Cuidados Intensivos para niños y por ello se remitió al Hospital de la Misericordia”, donde falleció el 12 de noviembre de 1992.

La entidad demandada, respecto de la causa del deceso de la paciente, precisó:

“Cabe anotar que la enfermedad de la niña MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE llevaba mes y medio de evolución cuando fue traída a la Clínica Santa Rosa de la CAJA NACIONAL DE PREVISION, por lo tanto, sus niveles de defensas orgánicas estaban muy bajos y esto fue un factor importante en la génesis de la SEPTISEMIA que fue la causante de la muerte de la paciente en mención.”

En relación con las obligaciones que tenía la entidad a propósito de la atención a la paciente y del servicio mismo que fue prestado, señaló:

“La obligación asumida por el médico no es de resultado, sino de medios, desde que sólo se encuentre comprometido a atender al paciente con prudencia y diligencia, proporcionándole aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de su curación, lo que no obstante no puede asegurar.”

Por lo expuesto, se observa claramente que los médicos que atendieron a la menor MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE, prestaron y brindaron todos los tratamientos médicos-científicos en una forma adecuada, diligente, otra cosa es como ya se dijo, su deceso se debió a motivos de fuerza mayor que estaba lejos de la ciencia en la actualidad; por lo que no puede predicarse que hubo falla en el servicio, teniendo en cuenta el resultado,

⁴ Folios 17 – 22, Cuaderno 1

como es el fallecimiento de la menor, pues la prestación médica que se brindó fue de una alta ciencia, tan es así que se remitió a cuidados intensivos del Hospital la Misericordia, donde este centro asistencial, como bien es sabido en el país, es uno de los más avanzados y desarrollados científicamente.”

Finalmente, a título de excepción de mérito propuso la “*insuficiencia en el poder*”, puesto que la demandante no lo concedió para pedir, como lo hace el apoderado en la demanda, el reconocimiento y pago de perjuicios morales a favor del padre y de la hermana de la menor fallecida.

4. Apertura y cierre del período probatorio.

El 25 de abril de 1996 se profirió, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el auto de apertura a pruebas del proceso⁵ y el 15 de junio de 1999, mediante auto que dio traslado a las partes para alegar de conclusión⁶, se cerró el período probatorio.

5. Alegatos de conclusión.

La entidad estatal demandada hizo referencia a las pruebas recaudadas en el proceso y con base en ellas concluyó:

“La infección y enfermedad que produjo la muerte de la menor, no fueron contraídas mientras estuvo bajo el cuidado de la entidad de Previsión que represento.

La Caja Nacional actuó diligentemente y con el tratamiento correspondiente, con diligencia, pericia y responsabilidad, colocando al servicio de la salud y la vida de la paciente, el equipo técnico y profesional que ameritaba el caso.

Por lo anterior no hay responsabilidad de mi mandante frente a los hechos y omisiones que se le endilgan, por lo cual se le debe librar de toda culpabilidad objetiva y negar las súplicas de la demanda”.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público⁷ pidió que se denegaran las súplicas de la demanda, sobre la base de que la historia clínica de la menor y el concepto de la Asociación Colombiana de Pediatría sobre la atención que le fue prestada indicaban claramente que no hubo falla del servicio:

⁵ Folios 53 – 54, Cuaderno 1

⁶ Folio 73, Cuaderno 1

⁷ Folios 90 – 98, Cuaderno 1

“... la muerte de la infante MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE ocurrió por hechos ajenos a la voluntad de los médicos tratantes y ... la paciente tuvo un adecuado tratamiento médico y hospitalario, razón por la cual la entidad demandada no puede ser declarada responsable administrativamente, por los hechos que se le atribuyen, acogiendo de esta manera los planteamientos de defensa propuestos por su apoderado”.

7. Sentencia impugnada.

El 10 de febrero de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera profirió la sentencia objeto de impugnación⁸, en la cual se decidió:

“PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Los argumentos sobre los cuales se estructuró la decisión de primera instancia se pueden presentar mediante la transcripción de un aparte de la misma:

“Las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar porque dentro del proceso no se acreditó la existencia de los elementos integradores de la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada por falla en la prestación del servicio médico a su cargo.

En efecto, la demanda atribuye responsabilidad a la Caja Nacional de Previsión Social por fallas en la prestación del servicio médico prestado a la menor María Camila Gamboa de Latorre en la Clínica Santa Rosa de Bogotá de esa entidad, sin que se indicara en que consistían las supuestas fallas en la atención médica prestada, quedándose en las solas afirmaciones ante la carencia absoluta de elementos de prueba que confirmen su existencia.

Dentro del plenario lo único demostrado es que María Camila Gamboa de Latorre ingresó el 3 de noviembre de 1992 al Servicio de Pediatría por Urgencias de la Clínica Santa Rosa de Bogotá de la Caja Nacional de Previsión Social, por presentar diarrea y vómito ocasional, que dicha institución le brindó toda la atención médica posible en forma oportuna y diligente, según dictamen de la Asociación Colombiana de Pediatría, por lo cual la falla del servicio médico que se endilga a la entidad demandada no encuentra sustento alguno en los medios de prueba existentes en el proceso, por el contrario, conducen a establecer que la atención médica que se prestó en la Clínica Santa Rosa de la Caja Nacional de Previsión Social a la menor María Camila Gamboa de Latorre, fue oportuna, eficiente y científicamente adecuada.”

8. Recurso de apelación.

⁸ Folios 100 – 112, Cuaderno principal

El recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandante⁹, concedido por el *a quo*¹⁰ y admitido por el Consejo de Estado¹¹.

Los argumentos con base en los cuales se sustentó el recurso hacen referencia a la propia sentencia impugnada, en cuanto el apelante invoca y transcribe parcialmente textos de la misma para pedir la prosperidad de la apelación. A continuación se reproduce lo expuesto por el apelante en el recurso:

“Sustento dicho recurso en la siguiente forma:

- a) *En el folio 106 del cuaderno principal dice: “En la autopsia se confirma el diagnóstico osteomielitis en la tibia derecha y cuadro de fascitis necrotizante de la pierna del mismo lado que ocasionó un proceso séptico y la muerte por falla orgánica multisistémica” (folio 30). Esto nos indica que hubo fallas del servicio.*
- b) *En el mismo folio citado arriba (106) dice: “8) Acta No. 1 del Comité de Auditoría Médica de la Caja Nacional de Previsión Social, de fecha abril 29/93, en donde se llega a las siguientes conclusiones, en relación con el caso de la niña MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE”*

- 1. Ante el empeoramiento de la paciente se sospechó un proceso infeccioso y se tomaron las medidas terapéuticas y diagnósticas inicialmente adecuadas, sin embargo, faltó continuidad en su evolución y en la búsqueda de la causa agravante. Esto quiere decir, que hubo negligencia, falta de interés en buscar el origen de la gravedad de la paciente, estando en un centro científico como es Santafé de Bogotá, D.C. Otra cosa hubiera sido encontrarse en los antiguos Territorios Nacionales, donde los medios científicos no están a la altura de las circunstancias.*
- 2. Hay carencia de un seguimiento adecuado de la venoclisis.*

Todo esto nos indica que hubo fallas en el servicio.

- c) *En el folio 107 del cuaderno principal, dice: “Evolución: Los días 4, 5, 6 continúa con deposiciones blandas o semilíquidas en número de 6 al día, sin fiebre y en buen estado general. El día 7 y 8 presentó fiebre y el día 9 interpretaron como cuadro de sepsis de origen intestinal y de ahí en adelante resolvieron enviarla a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Pediátrico de la Misericordia, pero ya la enfermedad había cogido ventaja, por falta en la continuidad de los exámenes, esto nos indica que hubo muchas fallas del servicio como las mencioné anteriormente, por lo tanto solicito a la H. Corporación, Consejo de Estado se revoque la*

⁹ Folios 115 – 116, Cuaderno principal

¹⁰ Folio 118, Cuaderno principal

¹¹ Folio 123, Cuaderno principal

providencia atacada y se le dé curso a las pretensiones de la demanda.”

9. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

El 30 de junio de 2000 se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión¹². La parte demandante reiteró lo dicho a lo largo del proceso¹³, mientras que la entidad demandada¹⁴ señaló como responsable del deceso de la menor a la propia demandante, porque *“la infección mortal se contrajo por un imperdonable descuido de los representantes legales de la criatura”*.

CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia.

La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, toda vez que la pretensión mayor, referida a los supuestos perjuicios morales sufridos por la demandante, asciende a 1.000 gramos oro, los cuales a la fecha de presentación de la demanda, 9 de noviembre de 1994 equivalían a una suma de \$10'750.380.00 que supera la cuantía mínima exigida en ese momento, (\$9'610.000) para que un juicio de esta naturaleza tuviera doble instancia.

2. Impedimento.

La Consejera Myriam Guerrero de Escobar manifestó¹⁵ a los demás integrantes de la Sección Tercera que estaba impedida para conocer de este asunto por el hecho de haber participado, como integrante del *a quo*, en la discusión y aprobación de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

En consideración a lo anterior, la Sala acepta el impedimento, como se dirá en la parte resolutive y por ello la Consejera Myriam Guerrero de Escobar no participa de la sesión.

¹² Folio 125, Cuaderno principal

¹³ Folios 128 – 129, Cuaderno principal

¹⁴ Folios 126 – 127, Cuaderno principal

¹⁵ Folio 146, Cuaderno principal

3. Régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto.

Con la finalidad de proceder al estudio de fondo respectivo, la Sala considera pertinente precisar que en el caso concreto el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado es la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como lo ha venido reiterando la Sala¹⁶:

*“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”*¹⁷

Así las cosas, a partir del acervo probatorio debidamente allegado al proceso la Sala determinará si bajo el régimen señalado se encuentra configurada, o no, la responsabilidad patrimonial deprecada, aspecto que constituye el objeto central de la impugnación presentada por la parte actora.

4. Argumentos del demandante que constituyen los elementos de la responsabilidad patrimonial en el caso concreto.

Como primera medida, la Sala deplora la falta de indicación concreta de hechos que resulten relevantes, pertinentes y conducentes para la solución del caso concreto dentro del aparte correspondiente de la demanda. El apoderado judicial de la demandante se limitó a referir en tres renglones el trámite de remisión de la menor María Camila Gamboa De La Torre de la Caja Nacional de Previsión al Hospital de la Misericordia y a relacionar los documentos que dan fe de ello, así como de los correspondientes envíos de la historia clínica, pero nada dice en tal aparte respecto de circunstancia alguna de la cual pudiera colegirse la responsabilidad que se imputa a la entidad demandada. En el aparte correspondiente a las pretensiones, la parte demandante indica solamente que hubo *“falla en la prestación del servicio”*, pero tal petición de declaración no encuentra soporte alguno en la referida exposición fáctica.

¹⁶ Ver, entre otras, las sentencias del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878; del 31 de agosto de 2006, expediente 15.238; y del 30 de noviembre del mismo año, expedientes 15.201 y 25.063; del 23 de abril de 2008, expediente 15.750.

¹⁷ Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400

Es bien sabido que la naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos¹⁸, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente. El juez, por su parte, en aplicación del principio de congruencia¹⁹, deberá estarse a ese camino, es decir, a la *causa petendi* y al *petitum*, para la toma de la decisión final en el proceso.

En el caso concreto, sólo bajo el título de “[D]ISPOSICIONES VIOLADAS. CONCEPTO DE LA VIOLACION” se incorpora en la demanda una afirmación respecto de la responsabilidad de la entidad demandada, al decir que la falla del servicio consiste en:

“... la negligencia, acción y omisión y presunta ignorancia o falta de conocimientos profesionales de los médicos que conocieron de la enfermedad de MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE, desde el momento que ellos comenzaron a tratarla en la Caja Nacional de Previsión Social, según la Historia Clínica de fecha 9 de noviembre/92 que hizo la entidad demandada, para remisión al Hospital de la Misericordia no era de gravedad, pero, la dejaron complicar hasta llegar a tener lesiones purpúricas, con cuadro de sepsis de origen intestinal.”

Si bien no puede hablarse de inepta demanda, puesto que finalmente se expone un cargo y un hecho en contra de la entidad estatal, sí puede señalarse que no se encuentran con precisión cuáles hechos concretos y relevantes conforman la actuación negligente o la falta de actuación de la entidad que habrían de dar lugar a la declaración de responsabilidad y a la condena respectiva, que se solicitan del juez competente.

No obstante lo anterior, al efectuar una interpretación de las diversas manifestaciones de la parte demandante y de los argumentos expuestos, es posible inferir que los elementos de la responsabilidad del Estado en el asunto *sub judice* están referidos a:

¹⁸ H Devis Echandía, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216;

¹⁹ “Código de Procedimiento Civil, Artículo 305.- *Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas su así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.”

- El fallecimiento de la menor María Camila Gamboa De La Torre, constitutivo del daño en el presente proceso;
- La entidad demandada, Caja Nacional de Previsión Social, habría incurrido en una falla del servicio por no haber prestado la asistencia médica debida a la menor María Camila Gamboa De La Torre;
- La falla del servicio habría sido la causa del daño, esto es el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad;
- Como resultado de la muerte de la menor María Camila Gamboa De La Torre, los demandantes habrían sufrido perjuicios materiales y morales;
- En consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social sería responsable administrativa y patrimonialmente;

A partir de lo anterior, la Sala iniciará el estudio correspondiente para verificar en el caso concreto la existencia de los elementos de la responsabilidad, para lo cual, en primer término, analizará el material probatorio obrante en el expediente.

5. Relación de pruebas.

A lo largo del proceso la demandante ha expuesto los hechos que, de acuerdo con su parecer, hacen responsable a la entidad demandada por la falla del servicio en la atención médica prestada. La Caja Nacional de Previsión, por su parte, ha argumentado que no es responsable puesto que asistió con la debida oportunidad y ciencia médica pertinente a la paciente y que el fallecimiento de esta última obedeció a causas que escapan de su control.

De entre las pruebas que se han aportado al proceso resultan relevantes para la decisión que tomará la Sala, las siguientes:

5.1. Historia Clínica.

En copias autenticadas por la División de Salud Ocupacional de la Caja Nacional de Previsión²⁰ aparece la Historia Clínica de la paciente, la cual se resume por parte de la misma entidad demandada en la comunicación escrita, titulada “REMISION”, de fecha 9 de noviembre de 1992, suscrita por el médico Gonzalo Milazzo²¹, la cual se transcribe a continuación en su totalidad.

*“REMISION
NOMBRE: CAMILA GAMBOA
EDAD: 19 MESES*

(...)

HISTORIA CLINICA:

PACIENTE QUE HACE 2 MESES VIAJO A GUAYABAL (TOLIMA) Y 15 DIAS DESPUES PRESENTA DEPOSICIONES LIQUIDAS FETIDAS, SIN MOCO CON PUJO Y ACOMPAÑADAS DE DOLOR ABDOMINAL VOMITO OCASIONAL, CONSULTO MEDICO QUIEN FORMULO “KAOPECTATE METRODINAZOL” Y OTROS. POR NO MEJORIA VIENE A BOGOTA DOS DIAS ANTES DE SER HOPITALIZADA EN LA CAJA.

EL 3 DE NOVIEMBRE CONSULTA EN ESTA CLINICA POR CONTINUAR CON DIARREA, VOMITO REGULAR ESTADO GENERAL, SE ENCONTRO HIDRATADA, EN BUEN ESTADO GENERAL, AFEBRIL, NO DISTENDIDA Y SE DECIDE DEJAR EN OBSERVACION CON DX 1. SDP SIN DHT 2. SINDROME POSTENTERITICO CON COMPONENTE OSMOTICO POR MAL MANEJO DIETARIO Y FARMACOLOGICO.

EVOLUCION:

LOS DIAS 4-5-6 CONTINUA CON DEPOSICIONES BLANDAS A SEMILIQUIDAS EN NUMERO DE 6 AL DIA. TOLERANDO DIETA ASTRINGENTE QUE SE LE HABIA INICIADO. SIN FIEBRE Y BUEN ESTADO GENERAL. LOS PARACLINICOS ORDENADOS (CH VSG – P.O – # 3 COPROSCOPICOS Y COPROCULTIVO, ELECTROLITOS) FUERON NORMALES.

EL DIA 7 PRESENTA FIEBRE, MALA TOLERANCIA DE LA VIA ORAL. DECAIMIENTO. SE TOMA CH VSG INTERPRETA COMO NORMAL. PRESENTA 6 DEPOSICIONES DE IGUALES CARACTERISTICAS. HEMODINAMICAMENTE ESTABLE Y SIN SDR.

EL 8 DE NOVIEMBRE LA PACIENTE PRESENTA NUEVAMENTE FIEBRE. PERSISTE DIARREA, HAY LEVE DISTENSION ABDOMINAL. TOLERANDO MAL VIA ORAL. SE TOMA CH VSG QUE MUESTRA LEUCOPENIA Y PRESENCIA DE CAYADOS POR LO QUE DECIDEN INICIAR AMPICILINA Y GARAMICINA.

²⁰ Folios 2 – 24, Cuaderno 2; folios 44 – 96, Cuaderno 2

²¹ Folios 25 y 52, Cuaderno 2

HOY ENCUENTRO PACIENTE DHT. CON RESPIRACION ACIDOTICA, IRRITABLE. CON LESIONES PURPURICAS EN MID. SE INTERPRETA COMO CUADRO DE SEPSIS DE ORIGEN INTESTINAL. SE INICIA FORTUM. SE APLICA S.S. 30 cc/k. SE RESERVA SANGRE COMPLETA. SE DEJA EN POSICION 30 GRADOS Y CON OXIGENO A 5 LI/MTO. AL DECIDIR REMITIR NO HABIAMOS TOMADO PRUEBAS DE FUNCION RENAL.

- DX*
1. SEPSIS ORIGEN INTESTINAL
 2. CHOQUE SEPTICO EN FASE CALIENTE.
 3. SINDROME DIARREICO PROLONGADO
 4. SINDROME HEMOLITICO UREMICO

SE REMITE PARA CONTINUAR MANEJO DE CUIDADO INTENSIVO

La Sala advierte que el mencionado documento comprende solamente el tratamiento que le fue dado a la menor antes de que entrara a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de la Misericordia

En relación con la atención que la paciente recibió en el Hospital de la Misericordia, esta entidad, en documento de fecha 20 de enero de 1993, suscrito por su Jefe de Estadística, el cual aparece en el expediente en copia auténtica²², indicó:

“DATOS DE IDENTIFICACION:

Nombre del padre: José Jesús Gamboa Barrios

Nombre de la madre: No hay dato

Fecha de nacimiento: Febrero 11/91

Edad: 1 año 11 meses

RESUMEN CLINICO DE HOSPITALIZACION:

Ingresó: XI – 9 – 92

Egresó: XI – 12 – 92

Estancia: 3 días

Servicio: UCI

Diagnósticos Finales:

1. CHOQUE SEPTICO
2. SEPSIS DE ORIGEN OSTEOMUSCULAR
3. FASCITIS NECROTIZANTE
4. OSTIOMELITIS TIBIA
5. SINDROME ANEMICO.

Condición al salir: MUERTE.

Interrogatorio: Remitido de Cajanal con IDX: de Sepsis Gastrointestinal, choque séptico y síndrome diarreico prolongado.

²² Folios 27 – 28, Cuaderno 2; folios 47 – 48, Cuaderno 2

*Se inició con diarrea prolongada, dolor abdominal.
Recibió Kaopectate y Matronidazol. 2 días antes del ingreso decaimiento y fiebre. Al día siguiente Leucopenia, distensión abdominal y luego deshidratación, oliguria.
Ingresó a la UCI en regulares condiciones, deshidratada, con mala perfusión distal, palidez cutánea, polipnea.
Hígado a 2 cm DRCD.*

*Exploración: TA 85/92, Fc 152X', Fr 48X'.
Se inició manejo enérgico con líquidos endovenosos, antibióticos.
Se transfundieron Glóbulos Rojos.
Es llevado a Cirugía por Debridamiento y Drenaje de Fascitis Necrosante.
Se decide posteriormente apoyo ventilatorio.*

*Evolución y tratamiento. La evolución es tórpida a pesar del manejo enérgico de líquidos antibióticos, albúmina, heparina de baja dosis, plaquetas, plasma.
Luego presenta hipotensión sostenida y oliganum que no mejora con medidas de soporte.
Hace bradicardia y fallece a pesar de las maniobras de reanimación.*

*Laboratorios:
PH: 7,3 – pco 5,9 – hco 3 = 26
Po2 = 28
Htco 26 – hs 9,4 Dimero D = 1 mgr / VN = 925
GB: 7.500
Plaquetas: 7.000
Glicemia: 141 – Creatinina: 1,8 – N = 141 – K = 2,5.*

*Recomendaciones al salir:
MUERTE: T = 87
PC = 47 I = 54 A = 56
MID 1/3 int 17
Tibia (Muslo 3 int 1/3 ext 8 abotagada)”*

5.2. Informe del Departamento de Patología del Hospital de la Misericordia.

El documento suscrito por la Jefe del Departamento de Patología, de fecha 9 de diciembre de 1992, fue aportado en copia auténtica²³ por parte de la entidad demandada. En relación con el caso de la menor María Camila Gamboa, se indica:

“RESUMEN DEFINITIVO DE LESIONES

- 1. OSTEOMIELITIS AGUDA TIBIA DERECHA CON FASCITIS NECROTIZANTE DE LA PIERNA**
- 2. SEPSIS: HEMOCULTIVO POSITIVO PARA KLEBSIELLA NEUMONIE**

²³ Folios 49 – 50, Cuaderno 2

- a) DAÑO ALVEOLAR DIFUSO
- b) COAGULACION INTRAVASCULAR DISEMINADA
- c) ESPLENITIS SEPTICA
- d) NECROSIS TUBULAR AGUDA
- e) HEPATITIS REACTIVA
- f) ANASARCA (PIEL, HIDROTORAX, ASCITIS)

3. TRAQUEITIS NECROTIZANTE

COMENTARIO: Se trata de una niña de 1 año 9 meses de edad, eutrófica, remitida de Caja Nal con diagnóstico de sepsis de origen gastrointestinal.

En la valoración dentro de la Institución se considera que tiene un proceso séptico originado en una fascitis necrotizante de la pierna derecha por lo cual es llevada a cirugía en dos ocasiones para debridamiento y limpieza sin embargo hace un cuadro que evoluciona en forma torpida y fallece 3 días después del ingreso.

En la autopsia se confirma el diagnóstico de Osteomielitis en la tibia derecha y cuadro de fascitis necrotizante de la pierna del mismo lado que ocasiono un proceso séptico y la muerte por falla orgánica multisistémica.”

5.3. Acta del Comité de Auditoria Médica.

El documento titulado “ACTA No. 01 DEL COMITE DE AUDITORIA MEDICA”, de fecha 29 de abril de 1993 obra en original en el expediente²⁴ y está suscrito por ocho personas: el Subdirector Médico, el Director de la Clínica Santa Rosa, el Jefe de la División de Servicios Ambulatorios, el Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos, el Jefe de la Oficina de Control de Servicios de Salud, el Jefe de la Sección de Pediatría, un Médico Neurocirujano y el Funcionario Investigador de Control de Servicios de Salud. El documento comprende el análisis realizado por la propia entidad demandada respecto de la atención que le fue prestada a la menor:

“(…)

... El doctor JOSE ALFONSO TORRES JIMENEZ presenta el caso de la niña MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE (q.e.p.d.) hija de la funcionaria LUZ MARIELA DE LA TORRE SANCHEZ, hospitalizada en el Servicio de Pediatría, del 3 al 9 de noviembre de 1992 y quien falleció el 12 de noviembre de 1992 en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Pediátrico de la Misericordia, a consecuencia de un Shock Séptico secundario a una Fascitis Necrotizante del miembro inferior derecho. Se adjunta resumen de Historia Clínica, de la cual se recalca lo siguiente:

- a. *La paciente tenía antecedentes de hospitalizaciones previas recientes por bronconeumonía, dermatitis y un proceso diarreico prolongado. Esto necesariamente influyó sobre su estado general y probablemente disminuyó sus defensas orgánicas.*

²⁴ Folios 31 – 34, Cuaderno 2

- b. *En relación a la hospitalización última, motivo de esta investigación, se aprecia un enfoque terapéutico inicial aparentemente adecuado a una entidad que se mostraba como de una gravedad menor. Ante el empeoramiento inesperado de la paciente parece ser que se tomaron las medidas adecuadas; el día 8 se efectuaron los análisis pertinentes y se realizan inicialmente modificaciones terapéuticas no obstante, no se aprecian notas médicas de evoluciones nocturnas ni nuevos cambios en la formulación pese al agravamiento de la paciente.*
- c. *No hay constancia de enfermería del seguimiento de la venoclisis, la “fijación” de la misma dificulta la observación. Un examen médico exhaustivo posiblemente habría puesto de relieve la lesión del miembro inferior.*
- d. *La entidad identificada en el resumen definitivo de lesiones (“Osteomielitis Aguda Tibia Derecha con Fascitis Necrotizante de la Pierna... Sepsis: Hemocultivo positivo para Klebsiella N”) reviste una importante gravedad y suele acompañarse de una altísima mortalidad independiente de la prontitud y adecuado tratamiento médico.*

CONCLUSIONES

1. *Ante el empeoramiento de la paciente se sospechó un proceso infeccioso y se tomaron las medidas terapéuticas y diagnósticas inicialmente adecuadas, sin embargo, faltó continuidad en su evolución y en la búsqueda de la causa agravante.*
2. *Hay carencia de seguimiento adecuado de la venoclisis.*
3. *Debe recalcar que la entidad causante de la muerte es de alta letalidad aun con actitudes terapéuticas rigurosamente establecidas.*

(...)”

5.4. Concepto médico de la Asociación Colombiana de Medicina.

El 3 de junio de 1998, la Asociación Colombiana de Pediatría absolvió las preguntas que le fueron formuladas por la entidad estatal demandada en la contestación de la demanda y cuya práctica fue ordenada mediante auto del Tribunal *a quo* de fecha 25 de abril de 1996²⁵. El concepto correspondiente, elaborado y suscrito por el Presidente de la Regional Bogotá de la mencionada asociación médica, se encuentra en documento original en el expediente²⁶ y su contenido se transcribe a continuación:

²⁵ Folios 53 – 54, Cuaderno 1

²⁶ Folios 97 – 101, Cuaderno 2

“CONCEPTOS:

a) *Si es posible que la enfermedad diarreica crónica que presentaba la menor podía deberse a algún proceso infeccioso no relacionado con el intestino.*

b) *Si la OSTEOMIELITIS puede cursar en forma aguda y llevar a SEPTISEMIA (sic) en cinco días, en tal caso que factores intervendrían en dicho proceso.*

c) *Si una vez analizada la historia de la menor MARIA CAMILA GAMBOA DE LA TORRE existía la posibilidad de que la causa de su muerte hubiesen (sic) contribuido en forma importante las condiciones debilitantes de una enfermedad diarreica prolongada que hubiese facilitado la SEPSIS.*

d) *Que dictamine si el germen KLEBSIELLA NEUMONIE (sic) es un germen que únicamente puede adquirirse en el hospitalario (sic); o si por el contrario dicho germen puede adquirirlo un menor en cualquier sitio diferente de un hospital.*

RESPUESTAS A LA SOLICITUD DE LOS CUATRO CONCEPTOS

A) La menor inició cuadro diarreico uno y medio meses antes de su ingreso a la Caja de Previsión, manejado con múltiples medicamentos y diferentes tipos de dietas, previas a su hospitalización, que la llevaron a un proceso de diarrea prolongada con la consecuente pérdida de proteínas y la alteración de la flora intestinal normal y muy probablemente a alteraciones inmunológicas que predisponen al paciente a una insuficiente capacidad para defenderse de la agresión bacteriana, viral o micótica que la pueda afectar. Una vez se altera la flora normal, hay la posibilidad de la pérdida de equilibrio de la flora entérica, permitiendo la proliferación de gérmenes patógenos, normalmente existentes en el intestino. Alteraciones que pudieron ser las causantes de las complicaciones que presentó la paciente. Revisando el manejo inicial de la paciente, en sus primeros días de hospitalización, se considera que no existió negligencia, ni impericia en él, dadas las buenas condiciones de la paciente descritas, no sólo por los médicos tratantes, sino también en las notas de cada uno de los tres turnos de enfermería.

Existen procesos infecciosos causantes de la enfermedad diarreica crónica, sin embargo considero que estos no tienen relación causa – efecto en el caso que nos ocupa.

B) La Osteomielitis es, en la gran mayoría, más del 90% de los casos, de origen hematógeno. Es decir que ésta se puede originar por un foco infeccioso distante y diferente a las estructuras óseas del organismo y puede ser la causante de una septicemia en un lapso, incluso menor a los cinco días descritos. Como mencioné al inicio, el foco infeccioso inicial puede encontrarse en cualquier otro órgano, probablemente en el intestino, como en el presente caso. No se menciona la Fasciitis Necrotizante entidad que, incluso en las mejores manos, acarrea una alta mortalidad, especialmente si es secundaria a germen Gram Negativo. Se describen una Klebsiella Pneumoniae y una Klebsiella Oxytoca, siendo esta última mucho

más agresiva y de más difícil manejo y mala respuesta clínica a los antibióticos.

C) Como se mencionó en el primer aparte, una diarrea crónica puede alterar los mecanismos de defensa del organismo, tanto humorales, como celulares y predisponer al paciente a infecciones severas, incluso por la misma flora huésped del individuo. Por lo tanto se considera que la diarrea crónica de la paciente fue un factor que contribuyó de manera importante al proceso infeccioso y falla multisistémica que llevó a la paciente a la muerte, a pesar del tratamiento enérgico con líquidos, electrolitos, expansores de plasma, transfusión, antibióticos, heparina y todas las medidas que se tomaron en ambas instituciones. Como se puede ver en las evoluciones y en las notas de enfermería, el proceso septicémico fue de inicio súbito en pocas horas, con leucopenia, síndrome de dificultad respiratoria, palidez mucocutánea, deshidratación, mal estado general, cianosis, taquicardia y mala perfusión distal. Signos y síntomas que hacen diagnóstico de choque séptico.

D) El germen *Klebsiella Pneumoniae* es más frecuente de origen hospitalario, pero esta también puede adquirirse en la comunidad. En el caso que nos ocupa, se considera difícil determinar si este fue adquirido nosocomialmente o en la comunidad. Sin embargo se consideraría, por el tiempo de evolución de manejo intrahospitalario, que este pudo haber sido adquirido nosocomialmente. La *Klebsiella Oxytoca*, por el contrario, es un germen frecuentemente adquirido nosocomialmente.”

6. Análisis sobre la presencia en el caso concreto de los elementos de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con las pruebas que fueron transcritas parcialmente, la Sala procederá a analizar si en el *sub judice* están presentes los elementos que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, a saber: el daño, la falla del servicio y el nexo de causalidad correspondiente.

6.1. Daño

En primer lugar, la Sala advierte que está debidamente probado en el proceso, en diferentes documentos, en especial en el registro de defunción distinguido con “INDICATIVO SERIAL No. 1750432” que “GAMBOA DE LATORRE MARIA CAMILA” falleció del 12 de noviembre de 1992 y que la causa del deceso fue “CHOQUE SEPTICO”. El documento fue aportado al proceso en copia auténtica²⁷. En consecuencia, se tiene que la ocurrencia del daño está probada.

²⁷ Folio 38, Cuaderno 2

6.2. Falla en el servicio

En segundo lugar, en relación con el daño, de acuerdo con lo expuesto por la Sala anteriormente, la parte demandante no expuso con precisión los hechos que configurarían la falla del servicio, sino que se limitó a afirmar que la *“negligencia, acción y omisión y presunta ignorancia o falta de conocimientos profesionales”* del personal médico de la institución habrían determinado que dejaran complicar a la paciente hasta su muerte.

Al respecto, la Sala observa que el concepto médico emitido por la Asociación Colombiana de Pediatría indica textualmente que: *“[R]evisando el manejo inicial de la paciente, en sus primeros días de hospitalización, se considera que no existió negligencia, ni impericia en él, dadas las buenas condiciones de la paciente”*. En el mismo sentido, el Comité de Auditoría Médica de Cajanal concluyó que ante la sospecha de un proceso infeccioso en la paciente, *“se tomaron las medidas terapéuticas y diagnósticas inicialmente adecuadas”*. También se acredita que Cajanal, al brindar atención en la Clínica Santa Rosa y en el Hospital de la Misericordia, al cual fue remitida la menor cuando su situación se agravó, estuvo pendiente de la salud de la paciente y le brindó atención en cuanto la requirió.

No obstante lo anterior, el Comité de Auditoría Médica de Cajanal reprochó que en la atención dada a la paciente *“faltó continuidad en su evolución y en la búsqueda de la causa agravante”* y que no hubo *“seguimiento adecuado de la venoclisis”*.

Estas dos críticas de la entidad demandada sobre su propia actuación indican con certeza que la atención brindada a la menor no fue óptima, sino que hizo falta que se profundizara en el estudio del caso y que se siguiera de manera detallada y adecuada su evolución. Para la Sala resulta de suma relevancia el concepto del Comité referido, puesto que tal instancia está integrada por un número de personas de la mayor importancia dentro de la entidad, como son el Subdirector Médico, el Director de la Clínica Santa Rosa, el Jefe de la División de Servicios Ambulatorios, el Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos, el Jefe de la Oficina de Control de Servicios de Salud, el Jefe de la Sección de Pediatría, un Médico Neurocirujano y el Funcionario Investigador de Control de Servicios de Salud: todos ellos estuvieron de acuerdo con calificar la actuación de la entidad en los términos señalados.

Aun cuando esta prueba no se halle acompañada de otras – testimonios, dictámenes, documentos, etc. –, para la Sala es claro que en este caso hubo una falla en el servicio médico por la atención indebida que se prestó a la menor, puesto que no “*se utilizaron todos los recursos*”, ni “*se practicaron los procedimientos adecuados*”, así como tampoco se adoptaron “*todas las previsiones aconsejadas por la ciencia*” para darle un tratamiento efectivo²⁸.

6.3. Nexo de causalidad

Ahora bien, en relación con este elemento de la responsabilidad, la parte demandante se limitó señalar que “*la relación de causalidad entre el primero [daño] y el segundo [falla del servicio], es una evidencia plena que no necesita explicarse su aparición*”, cuestión que resulta completamente insuficiente para estructurar en el asunto *sub judice* la responsabilidad de la entidad estatal, puesto que al igual que se ha referido en otros apartes de la sentencia, el actor no hizo esfuerzo alguno por concretar los cargos que habrían de conducir a la prosperidad de las pretensiones y menos por probarlos.

Además, en el acervo probatorio no se advierten evidencias que pudieran conducir a concluir que la falta de atención debida que acaba de destacarse hubiere sido la causa del deceso.

En efecto, en el concepto de la Asociación Colombiana de Pediatría se indica que “*el cuadro diarreico de uno y medio meses antes de su ingreso a la Caja de Previsión*” junto con los medicamentos y dietas ordenadas a la menor, condujeron a un “*diarrea prolongada*” y a las “*alteraciones inmunológicas*” consecuentes, las cuales “*pudieron ser las causantes de las complicaciones que presentó la paciente*”. En el mismo sentido, respecto de la entidad clínica que dio lugar a la muerte de la menor, esto es la “*fascitis necrotizante*” indicó que “*incluso en las mejores manos, acarrea una alta mortalidad*”.

También el Comité de Auditoría Médica de Cajanal señaló que “*la entidad causante de la muerte [fascitis necrotizante] es de alta letalidad aun con actitudes terapéuticas rigurosamente establecidas*” y que tal entidad clínica “*reviste una*

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2000, Radicación 11878, Actor Josué Reinaldo Durán Serrano y otros, C.p. Alier Eduardo Hernández Enríquez

importante gravedad y suele acompañarse de una altísima mortalidad independiente de la prontitud y adecuado tratamiento médico”.

Por tal razón, la Sala considera que ante la falta de argumentación de la parte demandante y de la insuficiencia en materia probatoria para la acreditación de la relación de causalidad entre la falla y el daño, no está acreditado el nexo entre el daño y la falla del servicio, razón por la cual en la parte resolutive confirmará la sentencia apelada, en el sentido de denegar las pretensiones.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTASE el impedimento formulado por la Consejera Myriam Guerrero de Escobar.

SEGUNDO: CONFIRMASE la sentencia proferida el 10 de febrero de 2000 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, con fundamento en los argumentos expuesto en esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Ruth Stella Correa Palacio

Presidente

Mauricio Fajardo Gómez

Enrique Gil Botero

Con aclaración de voto

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Elementos estructurales / DAÑO - En él se encuentra inmersa la causalidad

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. Previo a cualquier análisis, es menester reseñar elementos estructurales de conocimiento jurídico 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 reseñar 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. 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: 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 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.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico y causalidad

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. 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. 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 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.

NEXO CAUSAL - Constituye un concepto estrictamente naturalístico

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

PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO SANITARIO - Responsabilidad del Estado / PRUEBA INDIRECTA - Para que sea plena prueba se requiere que

los indicios sean convergentes y conducentes / PLURALIDAD DE INDICIOS - Se dirigen a un mismo punto

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaro voto, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso. Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexa causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la pluralidad de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C. En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

FALLA PRESUNTA - Para definir la responsabilidad del Estado en materia médico hospitalaria

En consecuencia, en mi criterio, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria), motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la res ipsa loquitur, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes. Defiendo la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, como quiera que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, como quiera que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado debe acreditar su actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla. En los anteriores términos, dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto, con miras que se i) fijen criterios claros

para las personas que acceden a la administración de justicia y, de otro lado, que ii) reconozcan la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos. Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tópico objeto de análisis.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285)

Actor: LUZ MARIELA DE LA TORRE SANCHEZ

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Referencia: REPARACION DIRECTA

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 14 de abril del año en curso, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva del proveído en cuestión.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

La Corporación a través de la providencia de la referencia, confirmó la sentencia de 10 de febrero de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en la que se negó las pretensiones de la demanda, en cuanto a los elementos de la responsabilidad, en la parte motiva puntualizó siguiente:

“No obstante lo anterior, al efectuar una interpretación de las diversas manifestaciones de la parte demandante y de los argumentos expuestos, es posible inferir que los elementos de la responsabilidad del Estado en el asunto *sub judice* están referidos a:

“- El fallecimiento de la menor María Camila De La Torre, constitutivo del daño en el presente proceso;

“- La entidad demandada, Caja Nacional de Previsión Social, habría incurrido en una falla del servicio por no haber prestado la asistencia médica debida a la menor María Camila Gamboa De La Torre;

“- La falla del servicio habría sido la causa del daño, esto es el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad...” (folio 10 de la providencia).

En cuanto al régimen en materia médico sanitaria, se dijo:

“Con la finalidad de proceder al estudio de fondo respectivo, la Sala considera pertinente precisar que en el caso concreto el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado es la falla probada del servicio, con las consecuencias que le son propias, tal como ha venido reiterando la Sala²⁹:

“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ...deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y esta...”³⁰.

²⁹ Ver, entre otras, las sentencias del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878; del 31 agosto de 2006, expediente 15.238; y del 30 de noviembre del mismo año, expedientes 15.201 y 25.063; del 23 de abril de 2008, expediente 15.750.

³⁰ Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400.

“Así las cosas, a partir del acervo probatorio debidamente allegado al proceso la Sala determinará si bajo el régimen señalado se encuentra configurada, o no, la responsabilidad patrimonial deprecada, aspecto que constituye el objeto central de la impugnación presentada por la parte actora” (folio 8 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración en cuanto a los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado

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

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

2.2. 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).

2.3. Previo a cualquier análisis, es menester reseñar elementos estructurales de conocimiento jurídico 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 reseñar 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;³¹ 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)³². 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,

³¹ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda.. 1952. Pág. 12.

³² 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

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”³³

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 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”³⁴

“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.

³³ 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.

³⁴ Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores³⁵, 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”³⁶
(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 jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho”³⁷

³⁵ 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

³⁶ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

³⁷ “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, législation 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*

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”³⁸.

2.4. 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.

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.

³⁸ Busto Iago, José Manuel. Ob cit. Pag 50.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”³⁹

2.5. 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 ocasiones⁴⁰, 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”*⁴¹, 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)⁴².

³⁹ Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Sentencia C-533 de 1996.

⁴² 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).

"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 Administración⁴³. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13)⁴⁴, y en la garantía integral del patrimonio de los

⁴³ Sentencia C-333 de 1996.

⁴⁴ 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 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*

ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución⁴⁵. (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”*⁴⁶. (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 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

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”.

⁴⁵ Sentencia C-832 de 2001.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993, loc. cit.

extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.” (negritas y subrayado fuera del texto original)⁴⁷

“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.**”⁴⁸

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.

2.6. 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

⁴⁷ Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución 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 Política⁴⁹.

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 mismo⁵⁰, lo que explica precisamente la

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁰ “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

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 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”⁵¹, 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”.⁵²

jurídicos” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

⁵¹ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 12 Edición, 1974, pág. 20.

⁵² Kelsen – Cossio. Obra cit pag. 22.

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.).

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

“(...)”⁵³ (cursivas del original – negrillas adicionales).

2.8. 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.

2.9. 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, materia sobre el cual recae esta aclaración de voto.

3. Razones y fundamentos de la aclaración respecto del régimen aplicable en materia médico sanitaria

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico – sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaró voto, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza; al respecto he señalado:

3.1. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria

⁵³ Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de noviembre de 1993, rad. STS 11664, M.P. Angel Alfonso Llorente Calama. Ver igualmente: sentencia de 10 de julio de 1992, rad. STS 11010.

que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento.

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

Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el mal denominado nexo causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la **pluralidad** de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

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

3.3. En consecuencia, en mi criterio, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria)⁵⁴, motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la *res ipsa loquitur*, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico – hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa

⁵⁴ Tal y como lo he sostenido en otros foros académicos y que, por cuestiones metodológicas, no paso a explicar en esta ocasión.

facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes.

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

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

3.5. No se comparte lo expuesto por doctrinantes como el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, al afirmar (ver *Ámbito Jurídico* del 8 al 21 de septiembre de 2008), que la falla presunta ha sido aplicada de manera estable y uniforme en más de 1.000 sentencias durante 16 años, como quiera que son muy pocas las veces que el Consejo de Estado lo ha hecho, en estricto sentido; máxime si a partir del año 2000, se adoptó la falla probada con el sistema de carga probatoria dinámica y, en el 2007, se estableció de forma mayoritaria el sistema estático, por regla general, de falla probada, sin posibilidades de aligeramiento probatorio.

No existen, por consiguiente, el número de sentencias a que hace referencia el tratadista Tamayo Jaramillo, razón que motiva a no compartir su artículo denominado “La falla presunta en materia médica conduce a una presunción de causalidad”, por tres razones básicamente, las cuales desechan de tajo, cualquier posibilidad de asumir con seriedad esa postura doctrinal:

i) Porque se basa en cifras que no son reales, en consecuencia, la muestra académica a la que se hace referencia, es inexistente, lo cual le resta validez a su crítica.

ii) Porque erróneamente, se afirma que la tesis aplicable en materia de responsabilidad médica es la falla del servicio presunta, cuando lo cierto es que nada ha sido más fluctuante que la aplicación del título de imputación correspondiente a este tipo de asuntos, argumento adicional para desestimar la

crítica académica que se hace, y que, demuestra un desconocimiento de las últimas posturas asumidas jurisprudencialmente desde el año 2000.

iii) A diferencia de lo manifestado por el citado tratadista, la presunción de culpa o de falla, no supone, inexorablemente, la presunción del nexo causal, por cuanto este último hace relación a la prueba de la causa del daño, mientras que la culpa se refiere a la acreditación de la negligencia, impericia, o desconocimiento de los reglamentos *lex artis*.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición en cuanto concierne a la forma como la Sala abordó –y, en general a como ha venido asumiendo– el aspecto de la prueba de los elementos de la responsabilidad en materia médico – sanitaria, toda vez que, a lo largo de varios años, se han producido giros y movimientos drásticos en la línea jurisprudencial que motivan a reflexionar sobre el punto, con miras que se i) fijen criterios claros para las personas que acceden a la administración de justicia y, de otro lado, que ii) reconozcan la dificultad a la que se encuentra sometida la parte demandante para acreditar la falla del servicio, esto es, el desconocimiento de la *lex artis*, máxime si se tiene en cuenta la complejidad que reviste la ciencia médica y más aún en nuestros tiempos con los recientes avances tecnológicos.

Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tópico objeto de análisis.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra