

DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia / PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL - Perjuicio / DAÑO MORAL - Prueba / REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Aplicación

Está demostrado en el expediente que el señor BERNARDO DE JESÚS AGUDELO VAHOS sufrió una patología ocular que le generó una pérdida de su capacidad laboral del 59%, según el dictamen rendido ante el a quo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La señora LUZ MABEL IBÁÑEZ ARANGO acreditó ser la esposa del señor BERNARDO DE JESÚS AGUDELO VAHOS, con el registro civil del matrimonio celebrado entre ambos, y los menores PAOLA ANDREA y ANDRÉS FELIPE AGUDELO IBÁÑEZ acreditaron ser hijos de éstos, según consta en los certificados de los registros civiles de su nacimiento. La demostración del vínculo matrimonial y de parentesco, entre el señor Bernardo de Jesús y los demás demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que éstos sufrieron por la pérdida parcial de la visión padecida por aquél. Además, en relación con los perjuicios morales y materiales sufridos por el señor Bernardo de Jesús, su esposa e hijos, con ocasión de la invalidez en la que se encuentra aquél declararon ante el a quo, los señores María Edilma Agudelo de Builes; Margarita Arango de Merizalde, Hugo Sánchez Lozano y Alfonso Merizalde Adarve, quienes afirmaron ser, respectivamente, parientes y amigos de aquéllos y por eso constarles la afectación emocional y económica que el hecho les ha generado no sólo a la pareja sino a sus pequeños hijos.

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Responsabilidad del Estado / FALLA MEDICA - Responsabilidad del Estado / ACTO MEDICO - Actos anexos que integran el acto médico complejo

Habida consideración de que la parte demandante imputa el daño que padece al Instituto de los Seguros Sociales, en tanto afirma que la pérdida de su agudeza visual en el porcentaje señalado se produjo como consecuencia de la deficiente prestación en el servicio de salud que le brindó la entidad, la Sala procede a realizar una breve exposición de los criterios jurisprudenciales adoptados de manera más recientes, en materia de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la prestación del servicio médico asistencial. Cabe señalar que la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones. Así, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, se acogió la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada la doctrina. Esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer frente a los casos concretos el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados por la Sala, conforme a los cuales en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio probada, dicha distinción sólo tiene un interés teórico. En relación con el acto médico propiamente dicho, que es el tema de interés para la solución del caso concreto, se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio,

cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado. Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento y, en fin, de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera diferente a como lo aconsejaba la *lex artis*.

RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Noción

En otros términos, dado que con la prestación del servicio médico se busca interrumpir el proceso causal que, por causas naturales o externas, produce o amenaza con producir el deterioro o la pérdida de la integridad corporal, con el fin de lograr la curación, mejoramiento o, al menos, la sobrevivencia del paciente en condiciones de dignidad humana, dicho servicio debe prestarse de la manera más diligente, de acuerdo con el estado del arte en la materia. Sin embargo, no siempre es posible calificar la actuación médica como indebida a partir de los resultados obtenidos, hecha la salvedad de aquellos casos en los cuales el resultado en sí mismo es demostrativo de la falla o del nexo causal entre la intervención y el daño, porque hay enfermedades incurables, o que, al menos no pueden ser superadas con los conocimientos científicos alcanzados, y tratamientos con efectos adversos inevitables, los cuales, sin embargo, deben ser ponderados por el médico en el balance riesgo – beneficio y advertidos al paciente con el fin de que éste decida libremente si se somete o no a ellos.

ERROR EN EL DIAGNOSTICO - Noción / FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Régimen aplicable

Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico. Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente. Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño. En otros términos, como de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado, entonces, no resulta suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de

soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente. Ahora, la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se derive un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyan en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio, o el de la dignidad, o la autonomía y libertad para disponer del propio cuerpo.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico

Recientemente, consideró la Sala que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo. De igual manera, consideró la Sala en otra oportunidad, que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos no se materialicen o, inclusive, aún cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales.

FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Inexistencia

No debe perderse de vista que, conforme a los criterios jurisprudenciales señalados más arriba, el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio; por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones de la demanda dependerá de que se encuentren acreditados dicha falla y la relación causal entre ésta y el daño, a través de cualquier medio probatorio, resultando en este campo de gran relevancia la prueba indirecta por indicios, para lo cual se requiere que se halle debidamente demostrado el hecho indicador, que en este caso, se reitera, lo es la formulación en exceso de los esteroides prescritos por el oftalmólogo para el control del pterigio, sin que ese hecho pueda tenerse por acreditado sólo a partir de la ausencia en el expediente de la fórmula, porque si bien la entidad demandada no aportó ese documento, como era su deber, tampoco la parte demandante cumplió con esa carga, a pesar de haberle sido entregado el original del mismo, pues en tal caso el indicio pesa tanto para demostrar la falla, como para negarla. En consecuencia, como no se acreditaron ni la falla del servicio que se imputa a la entidad demandada, consistente en la formulación excesiva de esteroides para controlar los efectos del pterigio que se diagnosticó al paciente, ni la relación de causalidad aducida entre esa formulación y la aparición del glaucoma que produjo ceguera parcial al señor

Agudelo Vahos, ni tampoco se acreditó que el hecho de no haber intervenido quirúrgicamente al paciente para la corrección del pterigio, por razones que se desconocen, hubiera sido la causa de la invalidez que éste sufre hoy, se confirmará la sentencia impugnada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-26-000-1992-01147-01(19276)

Actor: BERNARDO DE JESUS AGUDELO VAHOS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Segunda de Descongestión, el 14 de septiembre de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado el 10 de agosto de 1992, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores BERNARDO DE JESÚS AGUDELO VAHOS Y LUZ MABEL IBÁÑEZ ARANGO, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores PAOLA ANDREA y ANDRÉS FELIPE AGUDELO IBÁÑEZ, formularon demanda en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS, con el fin de que se declarara a esa entidad patrimonialmente responsable de los perjuicios que sufrieron como consecuencia

de la pérdida de la visión del primero de los demandantes, originada en las fallas en el servicio médico, que se le prestó en dicha institución.

A título de indemnización, se solicitó el pago de las siguientes sumas: (i) equivalente a 1.000 gramos de oro, a favor de cada uno de los demandantes; (ii) \$25.000.000, por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, teniendo en cuenta la edad del afectado, la vida probable y la labor que desempeñaba, y (iii) los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente que se prueben en el proceso.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos relatados en la demanda son los siguientes:

-El 31 de marzo de 1989, el señor Bernardo de Jesús Agudelo Vahos acudió al Consultorio Central Oftalmológico del Instituto de Seguros Sociales, porque sufría una molestia en el ojo izquierdo. Allí fue atendido por el médico Germán Upegui Estrada, quien diagnosticó que padecía de un pterigio y le prescribió gotas de Isopto Sterofrín y Maxitrol, con indicaciones de aplicarse una gota en cada ojo tres veces al día, durante cuatro meses, al cabo de los cuales debería presentarse para revisión.

-El 27 de septiembre de 1989, luego de aplicarse el tratamiento con rigor, durante el término señalado, el paciente acudió ante el especialista de la entidad demandada, quien le indicó que debía continuar con el mismo, pero que en todo caso debía practicársele una cirugía en el ojo izquierdo, por lo cual le extendió la orden de hospitalización y se le dieron las instrucciones correspondientes.

-La cirugía no fue programada por el Instituto y como el paciente fue perdiendo progresivamente su visión, decidió consultar, en forma particular, a la oftalmóloga Gloria Cadavid M., quien lo examinó el 24 de agosto de 1990, y le diagnosticó un glaucoma crónico con excoiaciones, casi del 100% y le manifestó que esa enfermedad se había producido como consecuencia directa e inmediata del tratamiento que se le había prescrito en el ISS. El diagnóstico de la enfermedad y su causa fueron confirmados por el oftalmólogo de la entidad demandada Antonio Correa.

Se afirma en la demanda que el daño que sufrió el señor Bernardo de Jesús Agudelo Vahos, esto es, el glaucoma crónico con excoriaciones, que le produjo una pérdida de su visión de casi el 100%, es imputable a la entidad demandada, porque fue el efecto del errado tratamiento que se le prescribió y de no habersele practicado oportunamente la intervención quirúrgica prescrita por el especialista de la misma entidad.

3. La oposición de la demandada

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones de: (i) inexistencia de la obligación, porque la atención brindada al paciente estuvo sujeta al protocolo en el manejo y a las normas éticas y científicas existentes, y (ii) falta de agotamiento de la vía gubernativa, que es un presupuesto procesal de la acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 135 del decreto 01 de 1984. En cuanto a las pretensiones, manifestó que la parte demandante debía demostrar los perjuicios que adujo y que, de ser ciertos, debía atenerse a los criterios jurisprudenciales desarrollados sobre la materia.

4. La sentencia recurrida

En relación con las excepciones formuladas por la entidad demandada, el Tribunal a quo consideró que como el daño se imputa por hechos u omisiones de la Administración, la parte demandante podía demandar directamente su reparación, sin tener que agotar la vía gubernativa, tal como lo dispone el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que fue modificado por el artículo 31 de la ley 446 de 1998.

En cuanto al fondo de las pretensiones, consideró que no estaba demostrado que se hubiera incurrido en errores en el diagnóstico ni en el tratamiento de la enfermedad que padecía el señor Agudelo Vahos, cuando acudió a la primera cita en la entidad demanda; que, por el contrario, lo que se acreditó fue que al paciente se le prestó la atención que requirió, se le examinó, se le diagnosticó la enfermedad que padecía y se le brindó el tratamiento adecuado para la misma; que, aunque 17 meses después, se le diagnosticó un glaucoma crónico, no se probó que ese resultado se debiera a una inadecuada prescripción de la droga, sino, más bien, al indebido uso que le dio el paciente, quien siguió aplicándose el medicamento por tiempo indefinido.

5. Lo que se pretende con la apelación

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia impugnada y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Adujo que los fundamentos del fallo no tienen soporte probatorio en el expediente, dado que no se acreditó que la cantidad de droga prescrita no fuera exagerada; ni que el paciente hubiera usado la droga en forma indefinida o por un tiempo mayor al prescrito; que al médico le correspondía acreditar que le formuló al paciente la cantidad mínima de la droga, esto es, un frasco, y que le hizo las advertencias sobre su empleo, relacionadas con su uso en un solo ojo.

Agregó que resultaba un sofisma afirmar que correspondía al actor aportar la fórmula médica, a pesar de haber traído los apartes pertinente de la historia clínica, en los cuales consta que el oftalmólogo de la entidad le recetó la droga en cuestión, hecho que, además, fue admitido por el oftalmólogo que lo trató.

Finalmente, señaló que si el demandante acreditó el daño y, además, que se le prescribió una droga, se presume que la lesión la causó el servicio médico; esa presunción la debía romper el demandado probando que actuó con diligencia y cuidado, prueba que no obra en el expediente y, que, además, esa negligencia no se limitó a los errores en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, sino a la omisión de señalar cuatro meses después, cuando el paciente acudió de nuevo al especialista, los efectos de la droga y a no practicarle oportunamente la cirugía que requería.

6. Actuación en segunda instancia.

Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones no hicieron uso las partes ni el Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de

segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto al momento de proponer el recurso.

2. El perjuicio sufrido por los demandantes

2.1. Está demostrado en el expediente que el señor BERNARDO DE JESÚS AGUDELO VAHOS sufrió una patología ocular que le generó una pérdida de su capacidad laboral del 59%, según el dictamen rendido ante el a quo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“Biomicroscopia: leve opacidad subc.

Fondo de ojo: atrofia y excavación del 100%

Al examen clínico encuentro un paciente que ingresa al consultorio conducido de la mano de otra persona.

Hallazgos:

Agudez visual: OD: 20/20

OS: cuenta dedos a 10 cm.

“Fundoscopia:

Ojo derecho: excavación papila con atrofia del nervio óptico

Ojo izquierdo: fondo de ojo borroso

“CONCEPTO: La patología ocular que presenta este paciente le produce una merma en su capacidad laboral de un cincuenta y nueve por ciento: 59% (decretos 692 y 1436 de 1995)”.

2.2. La señora LUZ MABEL IBÁÑEZ ARANGO acreditó ser la esposa del señor BERNARDO DE JESÚS AGUDELO VAHOS, con el registro civil del matrimonio celebrado entre ambos, y los menores PAOLA ANDREA y ANDRÉS FELIPE AGUDELO IBÁÑEZ acreditaron ser hijos de éstos, según consta en los certificados de los registros civiles de su nacimiento (fls. 28-34).

2.3. La demostración del vínculo matrimonial y de parentesco, entre el señor Bernardo de Jesús y los demás demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que éstos sufrieron por la pérdida parcial de la visión padecida por aquél.

Además, en relación con los perjuicios morales y materiales sufridos por el señor Bernardo de Jesús, su esposa e hijos, con ocasión de la invalidez en la que se

encuentra aquél declararon ante el a quo, los señores María Edilma Agudelo de Builes; Margarita Arango de Merizalde, Hugo Sánchez Lozano y Alfonso Merizalde Adarve (fls. 86-95), quienes afirmaron ser, respectivamente, parientes y amigos de aquéllos y por eso constarles la afectación emocional y económica que el hecho les ha generado no sólo a la pareja sino a sus pequeños hijos.

3. La responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud

Habida consideración de que la parte demandante imputa el daño que padece al Instituto de los Seguros Sociales, en tanto afirma que la pérdida de su agudeza visual en el porcentaje señalado se produjo como consecuencia de la deficiente prestación en el servicio de salud que le brindó la entidad, la Sala procede a realizar una breve exposición de los criterios jurisprudenciales adoptados de manera más recientes, en materia de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la prestación del servicio médico asistencial.

Cabe señalar que la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado "*acto médico complejo*", la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones. Así, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, se acogió la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada la doctrina:

“...la responsabilidad derivada de la prestación del servicio de salud puede tener por causa actos de diferente naturaleza. Al respecto, cita Bueres la clasificación propuesta por José Manuel Fernández Hierro, en su obra “Responsabilidad civil médica sanitaria” (Edit. Aranzadi, Pamplona, 1984), que distingue tres supuestos:

“1. Actos puramente médicos, que son los de profesión realizados por el facultativo;

“2. Actos paramédicos, que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos – o proporcionarlos por vía oral-, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y al buen estado en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

“3. Actos extramédicos, están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes”.¹

Esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer frente a los casos concretos el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes², pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados por la Sala, conforme a los cuales en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio probada, dicha distinción sólo tiene un interés teórico.

En relación con el acto médico propiamente dicho, que es el tema de interés para la solución del caso concreto, se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del

¹ BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425.

² Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165. Se dijo en esa providencia: “Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave”. No obstante, en sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944, aclaró la Sala: “En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de ‘los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio’, y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido ‘el de falla presunta’.

paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado.

Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento y, en fin, de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera diferente a como lo aconsejaba la *lex artis*. A propósito de la distinción entre el error y la culpa (para la responsabilidad patrimonial del Estado, la falla del servicio), en relación con los riesgos que supone la prestación del servicio médico, ha dicho la doctrina:

“-...No hay responsabilidad cuando el obstáculo no es superable por esfuerzo alguno juzgado conforme al *estándar* del médico prudente. Se admite la prueba de la falta de culpa. La enfermedad es un riesgo por el cual el médico no responde.

“-Responderá si decide tratar o someter al paciente a una terapia riesgosa equivocando culposamente en el balance riesgo – beneficio, o no obteniendo un consentimiento informado.

“-El pequeño error debido a deficiencias de estructura hace responsable al organizador de la prestación. El pequeño error en situaciones en que se exige máxima diligencia no exime.

“-El error excusable se muestra en el juicio profesional que tiene que hacer el galeno al relacionar el método con su aplicación concreta, habiendo prestado todos los medios exigibles.

“-Cuando el médico dispone de una metodología aprobada científicamente, no incurre en culpa.

“-Hay culpa y no error, si el diagnóstico es equívoco porque el médico no está actualizado, o porque no hizo un estudio suficiente del enfermo.

“-El diagnóstico es un proceso y no un acto. El médico puede incurrir en culpa si no verifica las probabilidades del error (si estas son razonables) y las corrige.

“-El juzgamiento debe ser efectuado con un criterio lo más cercano al acto.

“-La adopción de sistemas de control es un buen indicio de la excusabilidad del error”³.

En otros términos, dado que con la prestación del servicio médico se busca interrumpir el proceso causal que, por causas naturales o externas, produce o amenaza con producir el deterioro o la pérdida de la integridad corporal, con el fin de lograr la curación, mejoramiento o, al menos, la sobrevivencia del paciente en condiciones de dignidad humana, dicho servicio debe prestarse de la manera más diligente, de acuerdo con el estado del arte en la materia. Sin embargo, no siempre es posible calificar la actuación médica como indebida a partir de los resultados obtenidos, hecha la salvedad de aquellos casos en los cuales el resultado en sí mismo es demostrativo de la falla o del nexo causal entre la intervención y el daño⁴, porque hay enfermedades incurables, o que, al menos no pueden ser superadas con los conocimientos científicos alcanzados, y tratamientos con efectos adversos inevitables, los cuales, sin embargo, deben ser ponderados por el médico en el balance riesgo – beneficio y advertidos al paciente con el fin de que éste decida libremente si se somete o no a ellos. A propósito de este tema, la Sala, con apoyo en la doctrina ha señalado:

“...dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que en general, los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Al respecto, considera la Sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres:

‘...creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo

³ LORENZETTI RICARDO LUIS. Responsabilidad Civil de los Médicos. Tomo II. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 56

⁴ Se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la *culpa virtual* elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la *prueba prima facie* o *probabilidad estadística*, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual se considera que existe falla o nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo⁵.

‘Esta última afirmación nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios...Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo –amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último...’⁶.

...

“No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor. La relación de causalidad en dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos. Dicho en otras palabras: En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad. En el caso concreto, no solamente se echa de menos la ausencia de prueba que le permita al juzgador atribuir el resultado muerte a una eventual conducta omisiva, pues se reitera, tan solo se sabe que el menor fue llevado al centro hospitalario, si no que igualmente, de la prueba recaudada tampoco puede predicarse que se haya presentado lo que el demandado califica como omisión”⁷.

⁵ Ataz López, Los médicos y la responsabilidad civil, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 340. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe. Responsabilidad Civil del médico, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 267 a 269.

⁶ BUERES, Alberto J. “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 312, 313.

⁷ Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 11.949

Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico. Sobre la importancia de este acto médico, ha señalado la doctrina:

“Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho.

“De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

“Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado”⁸.

Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente. A este respecto, ha señalado la doctrina:

“El respeto a tales deberes, que debe darse en todos los casos, es de máxima exigencia cuando el enfermo presenta un cuadro polimorfo en sus síntomas y signos, que haga difícil el diagnóstico, obligando a emitir únicamente diagnósticos presuntivos.

En tales circunstancias deben extremarse los medios para llegar a formular un diagnóstico cierto. Deben agotarse los análisis y demás recursos de la medicina actual. Empero no es suficiente su solicitud; es preciso su realización en tiempo oportuno -sin dilaciones o demoras inútiles- y su posterior estudio por el médico”⁹.

Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la

⁸ VASQUEZ FERREIRA ROBERTO. Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina", Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pág. 78

⁹ MOSSET ITURRASPE, JORGE: Responsabilidad Civil del Médico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, 1º reimpresión, pág. 125 y 126.

responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención - actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño.

En otros términos, como de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado, entonces, no resulta suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente.

Ahora, la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se derive un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyan en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio, o el de la dignidad, o la autonomía y libertad para disponer del propio cuerpo.

Recientemente, consideró la Sala que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo¹⁰.

De igual manera, consideró la Sala en otra oportunidad, que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los

¹⁰ Sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 35.656

riesgos no consentidos no se materialicen o, inclusive, aún cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente¹¹.

En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales.

4. El caso concreto

Se afirma en la demanda que la pérdida de visión del demandante se debió a la errada prescripción de gotas de Isopto Sterofrín y Maxitrol por un tiempo mayor al debido; a la falta de advertencia de su inadecuado uso en la última consulta y a no realizarle a tiempo la cirugía.

Por su parte, la entidad demandada adujo que la atención brindada al paciente estuvo sujeta al protocolo en el manejo y a las normas éticas y científicas existentes.

La señora María Edilma Agudelo de Builes, quien manifestó ser hermana del señor Bernardo de Jesús, declaró ante el a quo (fls. 86-88), que acompañó a éste a consulta con la oftalmóloga Gloria Cadavid, porque se estaba quedando ciego y que la especialista le diagnosticó el glaucoma y al preguntarle por la droga que estaba usando, el paciente le respondió que Maxitrol y Sterofrín, los cuales le habían sido recetados en el ISS, por el oftalmólogo Germán Upegui Estrada, y que aquella exclamó que esa droga producía glaucoma y que no era posible que hubiera sido recetada por un especialista; le tomó la presión de los ojos y manifestó que le faltaban dos meses para quedarse ciego; le formuló una droga para detener el proceso de la enfermedad, pero le dijo que el daño en la córnea y en el nervio óptico eran irreversibles, y en la cita siguiente lo remitió al Dr. Antonio

¹¹ Como ejemplo de la existencia de vínculo de causalidad entre la falta de información y el daño, se cita en la doctrina la falta de información al paciente que se practicó la vasectomía, del riesgo de fecundación en un lapso posterior a la intervención.

Correa, especialista en glaucoma, del ISS, y que al asistir a la cita el médico le manifestó, igualmente, que era increíble que un especialista le hubiera prescrito esas drogas por tanto tiempo.

No obstante, la oftalmóloga Gloria Dora Cadavid de Henao (fls. 78-81), manifestó ante el a quo que había visto al paciente en agosto de 1990, en una sola oportunidad; que le diagnosticó un glaucoma crónico de ángulo abierto, avanzado, y lo remitió al ISS, porque el tratamiento era de por vida. Al ser interrogada sobre la afirmación hecha en la demanda y corroborada por la testigo María Edilma Agudelo relacionada con su conclusión acerca de que la causa de la enfermedad que padecía el señor Agudelo Vahos tuvo su origen en la medicación que le fue prescrita por el oftalmólogo del ISS, respondió:

“...si el médico hizo una fórmula con aproximadamente 40 frascos y si el paciente lo haya usado tres años, es posible..., uno nunca formula más de un frasco...Hay una cosa importante, el paciente tiene un pterigio en el ojo izquierdo y el Dr. Upegui le mandó Maxitrol, un frasco, me imagino, para ese pterigio. Entonces, cómo resultó el paciente con pterigio (sic) en ambos ojos?. Es que si uno se aplica esteroides en un solo ojo para tratamiento de un pterigio, entonces, y suponiendo que el paciente se haya automedicado él y haya seguido usando Maxitrol en ese ojo, y que ahora alegue que el glaucoma es por ese esteroides, cómo le resultó glaucoma en el otro ojo, donde se supone que no se aplicó esteroides, porque no se le formuló?. Uno no manda droga sino para el ojo que tiene pterigio, no para aplicárselo en los dos. De ahí uno supone que el paciente tenía el glaucoma, porque si el Dr. Upegui le manda para un ojo y resulta con glaucoma en los dos sin haberle formulado esteroides para los dos, no concuerda”.

Por su parte, el oftalmólogo Antonio Jesús Correa González (fls. 81-84), también vinculado al ISS, manifestó ante el a quo que había atendido al paciente desde 1991, por un glaucoma y le había prescrito droga antiglaucomatosa, en relación con la misma afirmación contenida en la demanda, manifestó que el factor de riesgo para la aplicación de esteroides era la susceptibilidad individual, regularmente, de carácter hereditario del paciente y que, en ningún momento, había afirmado que el glaucoma crónico que presentaba el señor Agudelo Vahos tuviera como causa la aplicación de drogas.

En este orden de ideas, no quedó demostrado a través de la prueba testimonial que en criterio de los oftalmólogos que atendieron al señor Agudelo Vahos desde agosto de 1990 y le diagnosticaron un glaucoma crónico de ángulo abierto, la

causa de esa enfermedad hubiera sido la formulación que hizo al paciente el especialista de la entidad demandada, en mayo de 1989, porque si bien la señora Edilma Agudelo, afirmó categóricamente ese hecho, tal afirmación no fue respaldada por los profesionales que, según su dicho, llegaron a tal conclusión.

Las demás pruebas que obran en el expediente, integradas, en lo fundamental por la copia auténtica de la historia clínica expedida por el Jefe de la División de Atención Médica del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia (fls. 44-70), el dictamen rendido por el médico laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y el testimonio de los médicos que atendieron al señor Bernardo de Jesús en la entidad, no permiten concluir que se le hubiera prescrito al paciente una dosis excesiva del medicamento, ni que esa medicación hubiera sido la causa del daño que padece.

En efecto, está demostrado con la historia clínica que el 31 de marzo de 1989, el señor Bernardo de Jesús Agudelo Vahos consultó al médico general del Instituto de los Seguros Sociales (fl. 55), quien diagnosticó la presencia de pterigio en el ojo izquierdo y remitió al paciente al servicio de oftalmología:

“Hace un mes ‘ve nubes’, sensación de cuerpo extraño y ‘lagañoso’, le molesta el sol.

EE: ojo izdo. se observa coto de carnosidad y fribosis en [ángulo] interno del ojo vascularizado.

Rx: Pterigio

Lacril –Prednefrin- Tryptanol 25 ½ día, revisión oft.”.

El 30 de mayo de 1989, el paciente fue valorado por el servicio de oftalmología de la entidad demandada (fl. 62), quien confirmó el diagnóstico del médico general y prescribió el siguiente tratamiento:

“Ex: Agudeza visual: OD: 20/30
OI: 20/30

DX. Pterigio hipertrófico...No invasor

F. de ojo: AO [ambos ojos] normales

Isoptosterofin y Maxitrol”.

El paciente fue visto nuevamente en el servicio de oftalmología el 27 de septiembre de 1989 (fl. 2 y 3). Según las anotaciones de la historia clínica, en esa fecha se da “orden de hospitalización” e “instrucciones para el paciente” para cirugía de pterigio ojo izquierdo.

Figura el original de la fórmula prescrita al paciente por la oftalmóloga Gloria Cadavid Montoya, el 22 de agosto de 1990 (fl. 7) y de la remisión del paciente al Instituto de Seguros Sociales de fecha 24 de agosto de 1990 (fl. 8), con la siguiente nota:

“Coordinación de Oftalmología ISS

“Certifico que el señor Bernardo Agudelo presenta un glaucoma crónico, ya tiene escoriaciones casi del 100%.

“Este paciente debe ser visto por un especialista en glaucoma y considero que debe ser pensionado”.

Además, consta en las copias de la historia clínica los controles que se le practicaron al señor Bernardo de Jesús, en el servicio de oftalmología, a partir del 16 de agosto de 1991, para tratarle el glaucoma que padecía.

Hasta aquí la historia clínica no permite llegar a una conclusión diferente a la de que al paciente le fue diagnosticado un pterigio, tanto en la consulta con el médico general que tuvo lugar el 31 de marzo de 1989, como en la consulta con el especialista que se produjo el 30 de mayo de ese mismo año; que se programó para cirugía, según las órdenes dadas el 27 de septiembre siguiente; que el 22 de agosto de 1990 le fue diagnosticado por parte de una profesional ajena en ese momento a la institución, un glaucoma crónico de ángulo abierto en estado avanzado, por lo que el paciente fue remitido al ISS, donde se le dio tratamiento para esa enfermedad. Pero, esas pruebas no permiten concluir ni que el diagnóstico del pterigio fuera errado, ni la formulación médica fuera excesiva, ni que el hecho de no haber sido intervenido quirúrgicamente para retirar el pterigio hubiera sido la causa de la pérdida parcial de la visión del paciente.

El señor Alfonso Merizalde Adarve manifestó ante el a quo (fl. 92-95), que en su condición de padrastro de la señora Luz Mabel Ibáñez, esposa del señor Bernardo

de Jesús, y como profesional en pediatra y venerología vinculado con el ISS, buscó en la entidad la copia completa de la historia clínica del paciente, pero que sólo se encontraron los apartes que se aportaron al proceso. Explicó que las historias clínicas se llevaban en la institución por un equipo de personas, quienes se encargaban de mantener esas hojas organizadas cronológicamente y numeradas; que, en el caso concreto, la historia clínica del señor Agudelo Vahos no fue encontrada en el consultorio del oftalmólogo Upegui, a pesar de haber sido requerida por el mismo Director de la Clínica; que en la época en la cual él laboraba en la institución, esas pérdidas, que ocurrieron también en relación con algunos de sus pacientes, se debían a la mala organización de los trabajadores en el archivo, y que no tenía conocimiento si las mismas pudieron ser sustraídas por personal de la misma institución. Señaló que en esas copias constaban las demás consultas realizadas por el paciente al servicio de oftalmología a partir del 30 de mayo de 1989 y la medicación reiterada de los esteroides que hizo el especialista al paciente.

Añadió que por obligación y por ética profesional, en la historia clínica del paciente debe quedar consignado el nombre de la medicación, la cantidad prescrita y el tiempo durante el cual debe ser usada, así como la época en la cual debe realizarse el siguiente control al paciente; además, que las indicaciones sobre la droga prescrita deben quedar relacionadas en el original de la fórmula que se entrega al paciente y en la copia que queda en la farmacia de la entidad.

Sin embargo, de las copias de la historia clínica que obran en el expediente no hay lugar a inferir que estén incompletas, porque falten piezas que hubieran sido accidentalmente extraviadas o voluntariamente sustraídas por los médicos que asistieron al paciente. Tampoco fueron traídas al proceso, por ninguna de las partes, las copias de las fórmulas médicas que, según afirma el testigo fueron expedidas por el oftalmólogo en las diferentes oportunidades en las que el paciente concurrió a ese servicio y en las que repetidamente se le prescribieron los esteroides, y ante esa ausencia probatoria no es posible concluir que, en efecto, el especialista hubiera prescrito al paciente la misma medicación, en repetidas oportunidades, y de ahí deducir los posibles efectos adversos de tal tratamiento.

En el testimonio rendido por el médico Alfonso Merizalde Adarve, se refirió a la causa de la pérdida de la visión del señor Agudelo Vahos y la incidencia de la droga que le fue prescrita por el oftalmólogo de la entidad, en estos términos:

“El problema de don Bernardo, lo cual le redujo notablemente la visión, reside en alteraciones del volumen del globo ocular con aumento de la tensión ocular y la causa desencadenante de una afección de estas puede ser alguna enfermedad de tipo sistémico, orgánico-sistémico o puede tener un origen iatrogénico. Las enfermedades iatrogénicas pueden ser o son producidas por un médico a un paciente cualquiera...[El señor Agudelo Vahos] inicialmente fue tratado con Maxitrol gotas y con un isopto llamado sterofrin, el cual o los cuales utilizó el paciente por mucho tiempo”.

En el testimonio rendido ante el a quo por el doctor Germán Upegui Estrada, médico oftalmólogo del ISS (fls. 72-77), quien atendió al señor Agudelo Vahos en la consulta del 30 de mayo de 1989, le diagnosticó el pterigio; le prescribió el Maxitrol y el Sterofrín, además de ordenarle la práctica de la cirugía, manifestó que, en su criterio no existía ninguna relación entre la droga que el paciente se aplicó un año y medio antes y el glaucoma que desarrolló después. Adujo que la dosificación de la droga que formuló al paciente fue de un frasco y que cuando ésta se usa se advierte que no se debe continuar su uso por tiempo indefinido:

“Según acabo de leer [en la historia clínica], en esa fecha [30 de mayo de 1989] le formulé drogas para el pterigio, en la cantidad mínima que normalmente se debe usar, se llama Maxitrol o Isopto-Sterofrin. Estas drogas son, desde el punto de vista profesional muy reguladas, con el objeto de obtener el mejor alivio del paciente y sin ningún perjuicio. Es más, cuando se usan se le advierte al paciente que no debe ser de por vida. Por eso, en la fórmula, la cual no aparece en el expediente, indicando cuál de las dos se usó, tampoco sabemos y debe estar consignado que sólo se formula un frasco, pues la efectividad de él es a base de ocho a diez días. Se le insiste al paciente de que no debe seguir la droga”.

El especialista reconoció que la droga que recetó al paciente puede tener efectos adversos, pero que éstos se producen por el mal uso que de la misma hacen éstos, porque se abstienen de acudir a las consultas y optan por automedicarse:

“En farmacología médica existen múltiples principios activos para varios medicamentos. En un porcentaje alto todos, casi todos los principios activos tienen indicaciones y contraindicaciones, lógicamente. Por lo tanto, está en el conocimiento profesional el saber cómo se usa..., la droga formulada al paciente no tiene ningún efecto en su dosificación, lo que sí es peligroso, como en todas las drogas, es su mal uso por parte del paciente...Desgraciadamente, en nuestro medio existe la alta automedicación, que es variable, según las regiones nuestras y que, por lo tanto, pueden ellos mismos ocasionarse daños”.

Señaló que algunas drogas, en particular las que recetó al señor Agudelo Vahos, pueden producir aumento de la presión intraocular si se usan por períodos prolongados y que esos efectos cesan cuando se suspenden tales drogas, pero tratándose de glaucomas de presión baja, como el que padecía el demandante, el uso de las drogas no tenía ninguna incidencia:

“El glaucoma básicamente es aumento de la presión intraocular. Se han descrito glaucomas de presión baja que, por lo tanto, si existe, las drogas no tienen ningún efecto, porque se considera que el daño de ellas es aumentar la presión intraocular y si está baja, las causas de ese glaucoma de presión baja, aunque no está comprobado, se argumenta que sea ocasionado por un factor genético...[Las drogas Isotosterofrín y Maxitrol] pueden aumentar la presión intraocular a largo plazo, diría que más o menos después de unos seis meses de utilización diaria, en un número más frecuente de lo normal, en su uso, en gotas, y si se coge a tiempo los daños y el aumento de la presión intraocular pueden regresar...En mi práctica y de acuerdo con unas normas establecidas de ética profesional, estas drogas que nos ocupan se formulan, en general, dos veces al día y se formula un frasco solamente para la fase aguda o subaguda, puesto que la cirugía se hará más tarde y no se puede mantener al paciente con gotas...[se formulan para] el ojo afectado, solamente en el ojo afectado, pues si el otro está sano, ningún efecto va a obtener”.

En relación con la diferenciación entre las enfermedades de pterigio y glaucoma, explicó:

“El pterigio es una formación anormal de un tejido superficial en el globo ocular, que se llama conjuntiva y trata de invadir desde la parte interna del globo ocular hacia su parte central que se llama córnea, ocasionando síntomas como: ardor, irritación y lagrimeo. Su tratamiento depende del estado en que se encuentre, más o menos, agresivo. En el caso que nos ocupa, en vista de la droga que se formuló, se considera una inflamación que debe responder a anti-inflamatorios, como en realidad se hizo y con la dosis adecuada...El glaucoma tiene dos clasificaciones: aquél que se presenta en forma aguda y el llamado crónico, insidioso, larvado, es decir, que su formación ha sido paulatina, de ahí el nombre de crónica y consiste, en ambos casos, en un aumento de la presión intraocular, lo que hace como primer parámetro diagnosticar glaucoma. A medida que el glaucoma se trata o no, vendrán otros daños en el globo ocular y en el campo visual...Los efectos sobre la visión de un paciente de un glaucoma son: disminución primero de su campo visual el cual se va alterando en una forma uniforme, quiero decir que están más o menos preestablecidos la forma de su comienzo y de su evolución, es decir, uno ve el campo y ya sabe por dónde va a seguir. Estadios más

adelante, el campo se va haciendo más concéntrico, lo que llamamos 'tubular', como mirando a través de un tubo, hasta llegar a la pérdida de la visión a largo plazo...[no existe ninguna relación entre el glaucoma y pterigio]. El pterigio es una anomalía por fuera del globo ocular. El glaucoma es una anomalía por dentro del globo ocular, considerándose que el globo ocular es una cavidad hermética”.

Explicó que los daños que produce el glaucoma pueden ser corregidos o no, dependiendo de su tipo y que efectos de los glaucomas agudos y crónicos pueden ser controlados a partir del momento en que se diagnostican y tratan:

“Depende de los tipos de glaucoma. Los que he mencionado [el agudo y crónico], si se descubren a tiempo pueden ser controlados hasta el momento en que se revisa, con tratamiento médico o quirúrgico. Los daños causados por drogas tienen, como primera medida, el que haya habido aumento de la presión intraocular, o sea, un requisito sine qua non para declarar el glaucoma y me parece que en el caso de este señor, las presiones han sido normales. Si la presión está alta por droga, los efectos pueden ser reversibles si se suspende la droga en un determinado plazo y con un debido control”.

También explicó cuáles eran los parámetros que debían tenerse en cuenta para diagnosticar un glaucoma:

“Los parámetros son: 1. agudeza visual. 2. presión intraocular. 3. alteraciones del medio óptico. 4. estudio de gonioscopia (el estudio del ángulo camelar, o sea, el sitio por donde normalmente se vacía el humor acuoso que se está produciendo dentro del ojo para mantener un equilibrio, es decir, la cantidad que se produce debe ser igual a la cantidad que se vacía para mantener un equilibrio). Este ángulo se estudia para ver su estrechez de filtración para ver. 5. campo visual. Estos son los estudios para diagnosticar un glaucoma. Después, según el caso, vendrán otros”.

En cuanto a si el procedimiento para establecer la presencia de glaucoma era un procedimiento de rutina, o específico en la entidad demandada, y la aplicación de esos procedimientos al demandante, respondió:

“...el paciente se revisa en su totalidad con los parámetros generales, con los parámetros de examen general: agudeza visual, presión intraocular, estudio muscular, estudio de segmento anterior y posterior, etc., esto nos marca una pauta para saber hacia dónde seguir...En el caso que nos ocupa, al paciente se le dijo que tenía pterigio...El estudio oftalmológico que se le hizo no tenía parámetros para pensar en glaucoma”.

Se aprecia que el testigo afirma haber prescrito al paciente la dosis de los esteroides indicada por los protocolos médicos para tratar un pterigio y señala que de haber tenido el uso de la misma alguna incidencia sobre la aparición del glaucoma en el paciente, ello podría deberse a su uso prolongado, a iniciativa del mismo paciente. También afirmó que tratándose de un glaucoma de presión baja no podía afirmarse que su causa hubiera sido el uso de los esteroides, porque éstos lo que hacían era aumentar la presión intraocular. En fin, descartó la relación causal entre su intervención, al recetar en la dosis adecuada la droga para el pterigio y el diagnóstico del glaucoma un año después de que atendiera al paciente.

Es cierto que el testimonio del especialista puede considerarse sospechoso porque la demanda apunta a señalar su intervención como la causante del daño que imputa a la entidad demandada; sin embargo, no obra en el expediente ninguna prueba que demuestre que sus afirmaciones son falsas, o inverosímiles. Por el contrario, los otros dos testimonios que obran en el expediente confirman sus dichos.

Así, la oftalmóloga Gloria Dora Cadavid de Henao (fls. 78-81), quien atendió al paciente en agosto de 1990 y le diagnosticó un glaucoma crónico de ángulo abierto, avanzado, manifestó que no era cierto que ella hubiera señalado las causas del glaucoma que padecía el señor Agudelo Vahos, porque para llegar a esa conclusión debió hacerle un seguimiento al paciente y que sólo lo atendió en una oportunidad:

“...el glaucoma se divide en glaucoma de ángulo agudo y glaucoma de ángulo abierto, éste era el que tenía este paciente, la causa de ese glaucoma, como para dar un diagnóstico o causa, tiene que ver mucho al paciente y sólo lo vi y lo remití al Seguro, pues tenía un daño muy avanzado. No sabría decir el tiempo...No me acuerdo si me habló sobre alguna droga. Me comentaron que el paciente dijo que le habían recetado esteroides, pero no puedo decir nada al respecto...Yo no puedo haber dicho la causa, porque el glaucoma tiene muchas causas, glaucomas congénitos, de tensión baja, traumático, crónicos y que no se le han podido saber las causas. Yo al paciente lo vi una sola vez. Los hallazgos en los casos que le enumero son iguales y para poder determinar algo, tiene que ver al paciente varias veces y estudiarlo detenidamente, no con una sola vez que lo vi...”.

Al preguntársele sobre las posibles causas del glaucoma de ángulo de presión baja, como el que padece el demandante, respondió que: *“una de las teorías que hay ahora, porque no está bien aclarado, es mala circulación a nivel de la cabeza del nervio óptico”*.

Además, explicó que el paciente le consultó porque estaba viendo mal, por lo que ella le miró el fondo del ojo y encontró daño del nervio, muy avanzado, excavaciones del cien por ciento; que mirar el nervio óptico era un examen de rutina que permite ver tumores cerebrales; que cuando observó al paciente advirtió que tenía un glaucoma con más de un mes de evolución, sin que pudiera precisar cuál era ese término; que sólo haciéndole seguimiento al paciente era posible establecer cuándo se desencadenó el mismo y que los glaucomas de tensión baja son silenciosos, se manifiestan cuando están muy avanzados y se detectan con campo visual, que es un campo específico, no con presión, porque justamente, ésta es muy baja, y que esos exámenes se les prescriben a los pacientes sospechosos y según la visión del nervio, con oftalmoscopio.

Sobre la forma de diagnosticar un pterigio y un glaucoma, expreso:

“Para diagnosticar un pterigio puede ser con una lámpara de mano y se puede ver más en detalle con una lámpara de hendidura, pero a ojo ud. puede determinar que existe un pterigio. Para el glaucoma sí se necesita un oftalmoscopio. Decir que tiene glaucoma tiene que tener la presión alta, daño en el nervio óptico o daño en el campo visual, pero con un oftalmoscopio lo puede diagnosticar si es muy avanzado, si es incipiente, hay que hacer otros estudios...Mirar el nervio óptico...uno lo mira de rutina en el examen. Puede ver uno un tumor cerebral, etc...esos glaucomas de tensión baja son glaucomas silenciosos, se manifiestan cuando están muy avanzados y se detectan con campo visual, ya examen específico, no con presión porque es baja precisamente. Los exámenes se les mandan a los pacientes sospechosos y por la visión del nervio, con oftalmoscopia”.

Por su parte, el oftalmólogo Antonio Jesús Correa González (fls. 81-84), quien atendió al paciente por cuenta del ISS, desde 1991, para el tratamiento del glaucoma, manifestó que en el caso concreto del paciente Agudelo Vahos no se pudo determinar la causa de la enfermedad, que como en la mayoría de los casos, pudo obedecer a múltiples factores:

“...la etiología del glaucoma no está establecida desde el punto de vista científico, existiendo múltiples factores que pueden coadyuvar en su etiología, evolución y pronóstico, entre los cuales está la herencia como factor predominante, la susceptibilidad individual y el estatus circulatorio general y local de cada paciente. En el caso específico de este paciente no se puede determinar la causa como en el 99 por ciento de los casos, tampoco se puede determinar la causa, hablando del glaucoma primario de ángulo abierto”.

Y sobre la incidencia de la droga Maxitrol en el desencadenamiento de la enfermedad, manifestó:

“Los esteroides aplicados tópicamente, desde el punto de vista estadístico, pueden aumentar la presión intraocular en moderada magnitud, en aproximadamente el 25% de los pacientes. Mayores aumentos tensionales pueden encontrarse en pacientes con susceptibilidad hereditaria a esta sustancia, aclarando que todo oftalmólogo los utiliza con frecuencia por períodos restringidos de tiempo, sin que se presente ninguna alteración. Una gota en cada ojo cuatro veces al día durante cuatro meses puede traer alguna alteración del paciente pero nunca de la magnitud del cuadro clínico que presentaba este paciente en el primer día en que lo observé...[Si esas drogas] fueran utilizadas por tiempos prolongados (años) y se encuentran aumentos tensionales y se excluyeren todas las demás causas del glaucoma...se podría contestar en forma afirmativa”.

Al ser interrogado sobre cuáles eran los métodos diagnósticos en oftalmología que se utilizaban en el ISS, respondió:

“Todo depende de la sintomatología y del cuadro clínico del paciente, desde un examen corriente o estándar, o los más sofisticados y avanzados que la ciencia nos ofrece...La oftalmología es una de las ramas de la medicina que más elementos diagnósticos objetivos tiene para el examen ocular. Los consultorios del Seguro Social tienen estos elementos para poder realizar un examen ocular completo que comprende: medida de agudeza visual, examen biomicroscópico con el que se analizan las estructuras anteriores del ojo y oftalmoscopios con los que se analiza el polo o la parte posterior del globo ocular. En la historia clínica del 30 de mayo de 1990, se encuentran los datos correspondientes a la realización de estos procedimientos, encontrándose como patología primaria, la presencia de un pterigio al cual se recomendó cirugía. De acuerdo con esos datos, no considero la necesidad práctica científica para enviar exámenes complementarios, de laboratorio, rayos x u otros de tipo paramédico. Aquí [en la historia clínica] hablan de un fondo de ojo de tipo normal que descarta en ese momento problemas de tipo glaucomatoso avanzado..., el cual sí encontré en la primera revisión de ese paciente, creo que en el año

1990 o 1991. El problema de un glaucoma es muy complejo. Hay pacientes que avanzan en cuestión de días y en otros pasan años y años sin avanzar”.

Adicionalmente, sólo obra el dictamen del médico laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (fl 136), en el cual se concluyó que no estaba acreditada la relación causal entre la enfermedad sufrida por el paciente y las drogas que le fueron formuladas en el ISS:

“Se desconoce la etiología del glaucoma que presenta este paciente.

“Después de revisar toda la historia clínica y demás documentos contenidos en el expediente, se concluye que no hay razón médica para asegurar que el glaucoma que presenta el señor Bernardo de Jesús Agudelo Vahos, sea debido a las drogas Isoptoesterofrin y Maxitrol prescritas al paciente”.

En conclusión, no se acreditó que los médicos del Instituto de Seguros Sociales, en especial el oftalmólogo que atendió al paciente en la consulta del 30 de mayo de 1989 le hubiera prescrito al paciente una dosis de Maxitrol y Sterofrin superior a la recomendada para ese tipo de casos; ni que el paciente hubiera acudido a la institución en repetidas oportunidades y en cada una de ellas se le hubiera reiterado esa fórmula; tampoco se acreditó que la droga recetada por el médico hubiera sido la causa del glaucoma que aquél padeció, ni que la omisión de practicarle la cirugía del pterigio, por causas que no quedaron acreditadas en el expediente, le hubieran producido la pérdida parcial de su visión en el porcentaje establecido por el médico laboral.

Lo que sí quedó demostrado fue que para el 30 de mayo de 1989, cuando el especialista en oftalmología atendió al señor Bernardo de Jesús se le practicaron los exámenes de rutina, que incluyeron determinación de la agudeza visual y observación del fondo del ojo, sin que se hubieran hallado signos o síntomas de enfermedades oculares diferentes a la del pterigio, circunstancia que, por lo tanto, relevaba a la institución del deber de ordenar exámenes diagnósticos diferentes. Aquellas circunstancias indican, por lo tanto, que el glaucoma apareció o se manifestó en el paciente con posterioridad a esa consulta.

Pero, no está demostrado que el paciente hubiera acudido al servicio de oftalmología de la entidad médica demandada entre el 30 de mayo de 1989 y el 22

de agosto de 1990. En las copias de la historia clínica que obra en el expediente figuran consultas hechas por el paciente por afecciones diferentes, sin que se hiciera en las mismas ninguna mención a sus enfermedades oculares. Por lo tanto, no hay lugar a afirmar que la entidad incurrió en falla del servicio por no haber diagnosticado oportunamente el glaucoma que sufría el paciente.

Es cierto que la entidad demandada no aportó copia de la fórmula médica que se expidió al paciente en la consulta de 30 de mayo de 1989, a pesar de que estaba en el deber de conservar la copia íntegra de todos los documentos que hicieran parte de la historia clínica, pero esa sola circunstancia, en el caso concreto, no es indicativa de que la dosis de la droga recetada fuera excesiva, para de ahí inferir su incidencia sobre el desencadenamiento de la enfermedad que afectó la visión del señor Agudelo Vahos, porque el original de ese documento quedó en poder del demandante, quien, por lo tanto, también pudo traerlo al expediente, con el fin de demostrar la falla del servicio que imputa a la entidad demandada.

No debe perderse de vista que, conforme a los criterios jurisprudenciales señalados más arriba, el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio; por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones de la demanda dependerá de que se encuentren acreditados dicha falla y la relación causal entre ésta y el daño, a través de cualquier medio probatorio, resultando en este campo de gran relevancia la prueba indirecta por indicios, para lo cual se requiere que se halle debidamente demostrado el hecho indicador, que en este caso, se reitera, lo es la formulación en exceso de los esteroides prescritos por el oftalmólogo para el control del pterigio, sin que ese hecho pueda tenerse por acreditado sólo a partir de la ausencia en el expediente de la fórmula, porque si bien la entidad demandada no aportó ese documento, como era su deber, tampoco la parte demandante cumplió con esa carga, a pesar de haberle sido entregado el original del mismo, pues en tal caso el indicio pesa tanto para demostrar la falla, como para negarla.

En consecuencia, como no se acreditaron ni la falla del servicio que se imputa a la entidad demandada, consistente en la formulación excesiva de esteroides para controlar los efectos del pterigio que se diagnosticó al paciente, ni la relación de causalidad aducida entre esa formulación y la aparición del glaucoma que produjo ceguera parcial al señor Agudelo Vahos, ni tampoco se acreditó que el hecho de no haber intervenido quirúrgicamente al paciente para la corrección del pterigio,

por razones que se desconocen, hubiera sido la causa de la invalidez que éste sufre hoy, se confirmará la sentencia impugnada.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Segunda de Descongestión, el 14 de septiembre de 2000

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

NOTA DE RELATORIA: La presente aclaración de voto encuentra fundamento en la oposición que se hace respecto del criterio expuesto por la Sala, según el cual: “son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo.”, para lo cual el señor Consejero Enrique Gil Botero recoge el salvamento de voto por él elaborado frente a la providencia del 18 de febrero de 2010, expediente No. 17866.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-26-000-1992-01147-01(19276)

Actor: BERNARDO DE JESUS AGUDELO VAHOS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS-

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada 9 de junio del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído.

1. Contenido y alcance de la decisión materia del salvamento de voto

En el caso concreto se reiteró, a modo de *obiter dictum*, un criterio jurisprudencial según el cual: “*son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo.*” (Ver páginas 14 y 15 de la sentencia).

2. Fundamentos de la aclaración

Sobre el particular reitero, como lo he venido haciendo de forma sistemática, las razones contenidas en el salvamento de voto elaborado frente a la providencia del 18 de febrero de 2010, expediente No. 17.866, oportunidad en la que se puntualizó¹²:

“2.1. En primer lugar, llama poderosamente la atención la evidente contradicción en que se incurrió en la providencia al precisar de manera enfática que, en el caso concreto, no estaba acreditada la causa del deceso de la menor, así como

¹² Salvamento de voto del suscrito Consejero de Estado respecto de la sentencia proferida por la Sección Tercera el 10 de febrero de 2010, expediente No. 17.866, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

tampoco que la “supuesta” omisión del servicio médico asistencial hubiera sido la desencadenante del deceso, pero sin embargo la Sala optó por declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada.

“En esa perspectiva, el criterio mayoritario incurrió en un yerro al haber declarado la responsabilidad sin tener un adecuado soporte o fundamento fáctico y jurídico. En efecto, en primer lugar, al margen de cualquier sistema de aligeramiento probatorio, en el proceso no quedó establecido ni siquiera indiciariamente que la muerte de la niña Rosa Omaira fuera producto de una falta de atención médica; a *contrario sensu*, se desconocen las causas del deceso, circunstancia que impide, desde todo punto de vista, establecer la imputación fáctica y, consecuentemente, abordar un juicio de responsabilidad patrimonial. De otro lado, el acervo probatorio tampoco permitía afirmar –de manera categórica como lo hace el fallo– que se produjo un evento de abandono de paciente, ya que, como se desprende de los testimonios y demás documentos allegados al plenario, el único médico del centro asistencial de El Tambo salía de ronda los días jueves y viernes, razón por la que se debió abordar el estudio de la controversia desde la falla relativa del servicio.

“2.2. En esa línea de pensamiento, no puedo sino manifestar mi sorpresa ante la decisión concreta, ya que, no sólo implica una contradicción interna entre lo establecido en el proceso y lo resuelto, sino que, de igual forma, se lleva de tajo toda la construcción teórica que la posición mayoritaria ha formulado desde el año 2006, en torno a la exigencia ineluctable que le asiste a la parte actora en los procesos de responsabilidad médico – hospitalaria de acreditar todos los elementos de la responsabilidad, esto es: i) el daño y ii) la imputación, entendida esta última en sus dos vertientes, es decir, la fáctica o material y la jurídica o de fundamento.

“Desde el año 2006, con sendas providencias cuya ponencia fue de la misma señora Consejera de Estado de este proveído, la postura mayoritaria ha reiterado la existencia del *onus probandi*, en asuntos de responsabilidad médica, a cargo de la parte actora, de conformidad con la regla probatoria contenida en el artículo 177 del C.P.C. En esa medida, no deja de ser sorprendente y paradójico que la Sección defienda una postura rígida a cargo de los demandantes en este tipo de procesos y, sin embargo, en el caso *sub examine* aplique un sistema absolutamente laxo y flexible, en donde, por lo demás, se desconocen los principios básicos del derecho de daños, esto es, que sólo se debe responder por

los daños que sean imputables, es decir, que sean producto de la acción u omisión del demandado.

“2.3. En efecto, en la sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772 se puntualizó:

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.”¹³

“Tesis reiterada en el auto del 22 de mayo de 2008, expediente No. 26427, oportunidad en la que se sostuvo:

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

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

demostrar el vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar a la entidad que prestó el servicio, el daño por el cual se demanda indemnización, el cual puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.¹⁴ (negritas y subrayado adicionales).

“2.4. Así las cosas, considero que en el caso puntual se aplicó un sistema de presunción de responsabilidad, en el que, la parte actora se limitó a acreditar el daño antijurídico padecido, pero no estableció la imputación fáctica ni jurídica respecto del mismo. No se determinó, como se reconoce expresamente en el proveído, si el deceso fue producto de la patología de base de la niña o, si por el contrario, tuvo su génesis en la falta de atención oportuna en un sitio donde los recursos eran limitados, como ya se señaló.

“La anterior circunstancia, me llevó a no compartir la decisión adoptada, pues no sólo desconoce y se aparta de manera injustificada de los precedentes trazados sobre la materia, sino que de paso resquebraja la noción de responsabilidad extracontractual del Estado, es decir, el deber u obligación de reparar un daño causado por la acción u omisión de una entidad estatal. En otros términos, la responsabilidad patrimonial del Estado no opera de manera automática ante la constatación o verificación de que existió o pudo configurarse una falla del servicio, es indefectible además que exista un daño que haya sido originado en el comportamiento de la entidad a la cual se le imputa el mismo.

“Por consiguiente, si bien es deplorable y lamentable que los niños en Colombia mueran sin haber recibido atención médica, máxime si sus derechos prevalecen sobre los de los demás, ello no supone que por ese sólo hecho deba declararse la responsabilidad del Estado; es necesario, para esos efectos, que se haya constatado la existencia de un daño que no se estaba en el deber de soportar y, consecuentemente, que esa lesión o afectación negativa del *statu quo*, haya sido originado material y jurídicamente por el demandado. Una circunstancia contraria podría configurar eventualmente una irregularidad y, por lo tanto, serían procedentes medidas de tipo administrativo o disciplinario, entre otras, pero no daría lugar a la responsabilidad patrimonial, ya que ésta presupone que el daño sea producto de la acción u omisión de la demandada, lo que implicaba, en el caso concreto, acreditar que fue la falta de atención oportuna e injustificada del

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de mayo de 2008, exp. 26427, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Con aclaración de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero.

servicio médico lo que desencadenó el deceso de Rosa Omaira, circunstancia que no quedó demostrada en el proceso.

“Y, si bien, como Consejero de Estado he defendido la necesidad de formular o acoger un sistema de aligeramiento probatorio de la falla del servicio médico - sanitario, en aras de facilitar la difícil tarea a que se somete al paciente o sus familiares, quienes por cierto, en la mayoría de eventos, no poseen los conocimientos técnicos o científicos relacionados con los procedimientos aplicables, y más aún en aquellos casos en los que el paciente al momento de sufrir el daño se encontraba en estado de inconsciencia, lo cierto es que no puedo prohiar una teoría que desconozca los fundamentos filosóficos y conceptuales de la responsabilidad extracontractual, y que decrete condenas patrimoniales contra el Estado sin estar acreditada la imputación fáctica del daño. Este tipo de planteamientos ni siquiera se asemejan a la responsabilidad de tipo objetiva, sino que conllevan una *presunción de responsabilidad*¹⁵, en donde al demandante le bastaría delimitar la prueba del daño.

“Sobre el particular, en relevantes pronunciamientos la Sección señaló:

“Recuérdese que si bien esta Corporación, en procura de aligerar la carga probatoria de las víctimas que resultan dañadas dentro del giro ordinario de la prestación de los servicios de salud, ha aceptado la aplicación de la tesis de la carga dinámica de la prueba, o en otros términos, de la presunción de falla, ello no puede comportar una presunción de causalidad, toda vez que dicho elemento estructural de la responsabilidad patrimonial ha de resultar debidamente acreditado a instancias del actor, entendido éste como el nexo o vínculo que permite deducir o imputar el resultado dañino a la conducta activa u omisiva del demandado.

¹⁵ Acerca de la impertinencia de este concepto, esta Corporación precisó: “Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada “presunción de responsabilidad”, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta Corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta -por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente-, **los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante.** Recaer sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad.” (Se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2000, exp. 11.401, M.P. Alier E. Hernández E.

“(...) Aquí es necesario tener en cuenta que la mera participación o contacto que haya tenido el profesional de la medicina o el centro hospitalario para el caso concreto con el paciente o con el resultado, no siempre ha de resultar criterio suficiente para tener acreditada la relación de causalidad reclamada por el instituto de la responsabilidad patrimonial, particularmente dentro de la actividad médica...”¹⁶

“.....
.....

“Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.”¹⁷

“Bajo la anterior perspectiva la administración pública sería responsable inclusive de los daños que son producto del comportamiento de la propia víctima, o del hecho de un tercero o de la fuerza mayor, pues si el perjuicio es imputable al Estado por el sólo hecho de que la niña no recibió atención médica se está negando, de manera absoluta, la posibilidad al demandado de acreditar cualquier eximente de responsabilidad o de que se comportó con la diligencia y cuidado necesarios para enervar la configuración de la falla. En esa medida, la organización estatal no puede ser declarada responsable patrimonialmente por cualquier funcionamiento irregular o anormal de un servicio, ya que se requiere la vinculación de ese comportamiento defectuoso con el daño irrogado, al margen de la existencia de otro tipo de acciones constitucionales u ordinarias encaminadas a que la administración cumpla con sus deberes o actúe de manera prioritaria cuando esté de por medio la amenaza o vulneración de un derecho fundamental del individuo; instrumentos jurídicos que, por regla general, a diferencia de la acción de reparación directa no tienen un fin resarcitorio sino preventivo o prestacional.

“2.5. De otro lado, en el asunto *sub lite*, no sólo se adoptó la decisión sin tener en cuenta la imputación fáctica o mal llamado nexo causal, sino que, de igual forma se omitió el estudio de la falla del servicio, ya que a efectos de declarar la

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de noviembre de 1997, exp. 11.701.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio de 2001, exp. 11.901.

responsabilidad patrimonial del Estado era imperativo definir por qué el supuesto abandono de la paciente fue constitutivo de una falla del servicio, como quiera que esta circunstancia se plantea en la providencia en los términos de una irregularidad mayúscula que por sí misma da origen a la condena, pero no se justificó, con apoyo en los medios de convicción que reposaban en el proceso, la razón para no declarar una *falla relativa del servicio*¹⁸, con especial atención al hecho de que el centro asistencial de El Tambo sólo tenía asignado un médico y que éste los días jueves y viernes tenía la obligación de efectuar visitas domiciliarias a otros corregimientos.

“En ese orden de ideas, no puedo sino apartarme del criterio mayoritario contenido en la sentencia, toda vez que, considero se imponía absolver a la entidad demandada por dos razones concretas: i) porque no se estableció que la muerte de la niña Rosa Omaira fuera producto de la falta de atención médica, o que se le restaron oportunidades de salvación con ese hecho, y ii) porque las circunstancias fácticas del proceso planteaban un problema de falla relativa del servicio, la que ha debido decretarse expresamente.

“Acercas del contenido y alcance de la falla relativa del servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado:

“Si esta demostrado, entonces, que la ruptura de la duramadre ocurrida en la intervención quirúrgica practicada a la paciente (que no se considera tampoco causa eficiente del daño), constituye una circunstancia que se presenta con frecuencia en este tipo de intervenciones, tal como lo expusieron los médicos que rindieron declaración en el curso del proceso, su ocurrencia no puede entonces considerarse como producto de una conducta negligente ni determinar una falla en el servicio, sino simplemente como la verificación de un riesgo connatural de este tipo de intervenciones. Y no puede tampoco dejar de señalarse aquí, que la falla del servicio debe entenderse configurada sólo cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de la atención con las que contaba la administración servicio, este fue prestado inadecuadamente, pues, como lo ha dicho la Sala, la falla del servicio no puede predicarse de

¹⁸ El concepto fue esbozado y desarrollado por el profesor Jean Rivero en los siguientes términos: “El juez, para apreciarla [se alude a la falla del servicio], no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

“De ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo.” RIVERO, Jean “Derecho Administrativo”, 1984, traducción de la 9ª edición, Caracas, pág. 304 y 305.

un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla.”¹⁹

“.....
.....

“No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la administración de justicia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance.”²⁰

“Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la administración pública a al momento de producción del daño. Sin hesitación alguna, si en el caso concreto se hubiera abordado ese específico análisis, al margen de lo desafortunado que significa para un Estado y una sociedad que sus niños y niñas mueran sin ser atendidos por el servicio médico, la Sala habría llegado a una conclusión disímil a la contenida en el fallo.

“2.6. Dejo así planteada mi posición, para lo cual reitero el planteamiento que he efectuado de forma sistemática en múltiples salvamentos y aclaraciones de voto, en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico – hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad reconozca el difícil

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1997, exp. 9467, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, exp. 9940, Jesús María Carrillo.

escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado²¹.

“Estoy convencido que una teoría que respete los anteriores parámetros, garantizará decisiones justas, que se acompasen con la realidad de nuestro país, y que, por encima de todo no se amenace el concepto y la naturaleza del derecho de daños.”

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

²¹ “Sí, las palabras vuelven. Todo vuelve, las cosas y las palabras vuelven en círculo, a veces atraviesan el mundo entero, siempre en círculo, y luego se vuelven a encontrar, se tocan y cierran algo.” Sándor Márai “El último encuentro”.