

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

**LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE
LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS**

DR. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

INTRODUCCIÓN

La posición jurisprudencial del Consejo de Estado en el tema relativo a la prueba de la responsabilidad estatal derivada de la prestación de los servicios médicos, según la cual la falla en el servicio en estos casos debe presumirse, ha provocado críticas provenientes especialmente de quienes conforman el gremio profesional de los médicos; se ha planteado de este modo una especie de controversia entre los juristas que aparecen severos en el juzgamiento de la conducta médica y los profesionales de la salud, que se muestran desprotegidos ante tal actitud.

Tal situación, a nuestro modo de ver, no obedece a otra causa distinta que a la deformada presentación del problema y a un análisis fuera de contexto de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En nuestro sentir, el tema no debe ser abordado partiendo de diferencias entre juristas y galenos, o entre defensores de pacientes y defensores de médicos. Por el contrario, la determinación de los alcances de la responsabilidad médica requiere de un trabajo interdisciplinario que permita a los juristas conocer las especiales circunstancias que deben ser tenidas en cuenta al determinar este tipo de responsabilidad y a los médicos; principios jurídicos dentro de los cuales debe desarrollarse este tipo de responsabilidad. Estamos de acuerdo entonces con que *"lo más importante es tender puentes de comunicación entre los profesionales de la medicina y del derecho y no suscitar enfrentamientos que sólo conducen a posiciones radicales"*.¹

¹ Manuel Guillermo Sarmiento García, tomado del periódico El Tiempo, Lecturas Dominicales, marzo 19 de 1995.

Las reflexiones que se exponen a continuación, pretenden entonces simplemente recontextualizar la discusión para que ella pueda ser desarrollada dentro del marco en el cual la jurisprudencia ha sido expuesta y pueda, con la contribución de todos, ser realmente provechosa.

Con tal objeto, nos referiremos al tema, siguiendo el siguiente plan:

En una primera parte, trataremos de “recontextualizar” el problema, lo que significa presentarlo dentro de su real contexto. Con tal objeto ubicaremos la responsabilidad por los servicios médicos dentro del artículo 90 de la C.N., con el fin de precisar que la falla presunta sólo es aplicable a la entidad prestataria del servicio y no al médico que causó el daño; a continuación explicaremos la situación existente antes de la formulación de la falla presunta que llevó a la jurisprudencia a formularla y las soluciones que, desde el punto de vista del derecho sustancial han sido propuestas para superarla.

En la segunda parte, explicaremos el régimen de la falla presunta, examinando sus antecedentes jurisprudenciales hasta la formulación de la teoría en las sentencias del 30 de julio y del 13 de agosto de 1992, en las cuales la sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, formuló la teoría. Se explicará su naturaleza procesal, el objeto de la presunción, y la justificación de su formulación en favor de las víctimas de los daños ocasionados por el servicio médico; el contenido de la presunción se abordará estudiando los presupuestos que debe demostrar la víctima para comprometer la responsabilidad estatal y lo que debe probar la entidad para exonerarse de responsabilidad para concluir precisando las consecuencias de la naturaleza jurisprudencial de la falla.

Finalmente, se hará mención de lo que ha dicho la jurisprudencia respecto de la prueba necesaria para comprometer la responsabilidad patrimonial del médico que ha obrado como agente estatal.

El trabajo pretende simplemente constituir un aporte más a la discusión y con tal objeto no sólo se hace mención a las jurisprudencias expuestas sino que en su mayor parte ellas se transcriben para que el lector pueda así formarse un criterio personal sobre su contenido.

I. LA RECONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

1. UBICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL CONTEXTO DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:

Consideramos indispensable advertir que la posición jurisprudencial del Consejo de Estado no puede analizarse sin tener en cuenta el contenido del artículo 90 de la C.N., que textualmente dispone:

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

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

A. La responsabilidad del Estado y la de sus agentes:

Esta disposición constitucional enuncia claramente dos tipos de responsabilidad, con características y presupuestos distintos: en su primera parte, se refiere a la responsabilidad del Estado frente a los particulares y la segunda parte a la de los agentes estatales frente al Estado.

Mientras el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, sus agentes solo serán responsables, ante la entidad estatal a la que pertenecen cuando se demuestre, de una parte, que dichos daños, fueron causados por su conducta, y, de otra parte, que dicha conducta estuvo acompañada de dolo o de culpa grave.

El querer del constituyente no fue entonces que los agentes estatales respondieran en todos los casos en que su conducta hubiese sido la causa de un daño imputable a la entidad pública, sino que lo hicieran sólo en aquellos casos en que, resultando condenada la entidad estatal, apareciera además demostrado que obraron con dolo o con culpa grave y que fue su conducta la causante del daño.

Aplicado el anterior principio constitucional a la responsabilidad médica, debe entonces entenderse que son distintos los requisitos para dar por establecida la responsabilidad de la entidad estatal que prestó el servicio médico, de los necesarios para comprometer la del profesional o profesionales de la medicina que intervinieron en la prestación de dicho servicio.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad estatal, el artículo 90 de la C.N., introduce un nuevo enfoque, acorde con las tendencias actuales del derecho comparado, el cual consiste en determinar la existencia de la responsabilidad sin tener en cuenta la conducta del ente estatal al que se le imputa el daño, sino la naturaleza del perjuicio recibido por la víctima.

“El derecho de la reparación de daños se convierte así más en un derecho de indemnización que en un derecho de sanción de culpas, llegando en una cierta medida a una despersonalización de la responsabilidad, del lado del responsable. Paralelamente el acento es colocado sobre la persona de la víctima, revela una humanización

*de la responsabilidad civil. Ella, como lo afirma René Savatier, "prácticamente converge en una clase de servicio público de la seguridad humana". Este nuevo derecho presenta así una doble ventaja: de una parte la satisfacción que da al sentimiento de equidad concebido por la conciencia contemporánea y de otra parte logra la seguridad de los individuos de una manera más completa*².

Por esta razón, la responsabilidad estatal dentro de la norma antes citada ya no se fundamenta en la conducta inadecuada de la entidad responsable (falla del servicio) sino que se configura una vez se constata que la víctima ha recibido un daño que no está obligada a soportar, o, lo que es lo mismo, que tiene la naturaleza de antijurídico.

Si bien puede afirmarse entonces que la responsabilidad del ente estatal en la prestación del servicio médico se compromete desde que se demuestra la existencia de un daño antijurídico imputable a la entidad, por el contrario, para comprometer la responsabilidad del agente que con su conducta ocasionó dicho daño, debe acreditarse su obrar con dolo o con culpa grave.

El planteamiento anterior, de entrada nos hace concluir que la teoría de la falla presunta no puede ser aplicada para deducir la responsabilidad patrimonial del agente, habida cuenta de que frente a éste la norma constitucional exige la demostración de su dolo o su culpa grave.

Esta teoría tiene entonces aplicación solamente frente a la responsabilidad de la entidad prestataria del servicio médico; el Estado, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Nacional, tiene a su cargo la prestación del servicio público de la atención de la salud y debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que en desarrollo de tal servicio le sean imputables, de conformidad con el artículo 90 antes citado.

B. El daño antijurídico por el cual debe responder patrimonialmente la Administración:

Los daños que debe reparar el Estado en este campo, son los que los particulares reciban como consecuencia de la prestación de un servicio médico y que tengan el carácter de antijurídicos; y aunque la noción de daño antijurídico no puede darse por totalmente establecida en la jurisprudencia, un buen acercamiento a su espíritu, consiste en afirmar que daño antijurídico es aquél que el particular no se encuentra obligado a soportar.

² Marcel Sousse, La notion de réparation de dommages en droit administratif français, L.G.D.J., Paris 1994.

“Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de ‘daños antijurídicos’, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Leguina ‘...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica’³.

En esa noción de daño antijurídico, caben los daños que recibe el particular, bien sea porque han sido causados por una falla de la administración, o porque, no obstante haber obrado ésta adecuadamente o sin falla en el servicio, debe resarcirlos porque el particular, no debe soportarlos sólo en su patrimonio.

Así, con fundamento en el artículo 90 de la Carta la responsabilidad estatal puede clasificarse en dos tipos, uno en el que estará presente la noción de falla del servicio y otro en el que la responsabilidad es objetiva o sin falla:

a) En el primer caso, el daño causado por un comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción o por omisión). En esta hipótesis se dará la responsabilidad estatal por falla del servicio. Aquí el daño sigue siendo antijurídico y objetivo en la medida en que el particular no está obligado a soportarlo; él no debe soportar un perjuicio producido por una conducta irregular de la administración. Pero, en lo que tiene que ver con la conducta de la administración, puede hablarse de antijuridicidad subjetiva.

b) El daño causado por conductas de la administración que, aunque puedan calificarse como regulares o lícitas, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrir. En este caso la antijuridicidad del daño ya no surge de la conducta administrativa sino del mismo daño en los términos en que atrás quedó definido.

En esta categoría la responsabilidad del Estado es indudablemente objetiva. Como lo ha dicho la jurisprudencia, ella *“se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación”*. En este sistema se contemplan los regímenes del daño especial, la responsabilidad por expropiación, ocupación de inmuebles en caso de guerra, y la responsabilidad por riesgo excepcional.

La doctrina española en este punto del funcionamiento normal y anormal del servicio público. sostiene:

“En el supuesto de funcionamiento normal, ello quiere decir que la actividad de la Administración es perfectamente lícita; pero sin

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 1991. Actor Édgar Pérez Rodríguez. Exp. N°. 6454. Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

embargo, al Administración, a través de una actividad lícita también puede producir daños a los particulares, como por ejemplo, los daños producidos con ocasión de accidentes (transportes públicos, situaciones de emergencia, etc.)”.

“En el caso del funcionamiento anormal, la imputación a la Administración del daño producido es más sencilla, pues existe un reproche de culpabilidad hacia el agente de la administración. Pero no todos los daños que causen las personas al servicio de la Administración se imputarán inmediatamente a ésta, sino, sólo los que sean como consecuencia del ejercicio de funciones públicas, excluyendo en consecuencia, la actividad privada de los agentes o funcionarios de la administración”⁴.

C. La prueba de la responsabilidad estatal:

Frente a la carga de la prueba en los dos tipos de responsabilidad estatal desarrollados con base en el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado ha dicho que en el primero la falla del servicio (antijuridicidad subjetiva) debe ser demostrada por el demandante, salvo el caso del régimen de la falla presunta; y en el segundo la antijuridicidad objetiva también debe ser acreditada por dicha parte, lo que quiere decir que el elemento daño antijurídico, debe ser siempre acreditado por el demandante.

“Pero decir antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó”.

“En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía porqué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía porqué sufrirlo”⁵.

⁴ Eduardo Barrachina Juan, Curso de Derecho Administrativo, 2ª. Edición, Barcelona 1986.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de Febrero de 1993, Expediente 774, actor: Rodrigo Rivera Coronel, ponente DR. Carlos Betancur.

D. Naturaleza de la responsabilidad estatal por los servicios médicos:

La responsabilidad del Estado por los servicios médicos, es, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, una responsabilidad por FALLA DEL SERVICIO, sin que se haya admitido que ella pueda tratarse de una responsabilidad objetiva en la cual sin demostrarse la falla, pueda el Estado ser condenado a pagar perjuicios. Sin embargo, tal como se advierte en la jurisprudencia anterior, frente a dicha responsabilidad se ha formulado la teoría de la FALLA PRESUNTA, en la cual el particular está eximido de demostrar la conducta irregular de la administración.

E. Conclusión:

En síntesis, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, los requisitos exigidos para comprometer la responsabilidad estatal son bien distintos de los exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial del agente (el médico en este caso); requiriéndose para que se configure esta última de la prueba del dolo o de la culpa grave en el agente.

Y, en materia de responsabilidad médica estatal, de acuerdo con lo dispuesto en la misma norma, el daño que reciba el particular sólo se considerará antijurídico, cuando provenga de una falla en el servicio; pero su prueba se regula por el régimen denominado de la "falla presunta", que se estudiará a continuación.

2. EL ORIGEN DE LA TEORÍA DE LA FALLA PRESUNTA:

A. La prueba de la falla médica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, anterior al régimen de la falla presunta:

Antes de enunciarse la jurisprudencia de la falla presunta la situación para los casos de falla del servicio médico, era la siguiente: verificado probatoriamente que un usuario de un servicio médico prestado por una entidad pública había sufrido un daño como consecuencia de dicho servicio, se señalaba que, para comprometer la responsabilidad estatal, dicho usuario o sus herederos debían demostrar la falla del servicio de la entidad demandada, en consideración a que la obligación médica era una obligación de medios de cuyo incumplimiento no podía deducirse automáticamente la falla en el servicio.

Se partía entonces de una afirmación surgida del derecho sustancial, que consistía en señalar que la prestación de los servicios médicos era una obligación de medios, razón por la cual de la sola existencia del daño no podía presumirse la de la falla del servicio, siendo necesaria su

demostración en el proceso; y, se concluía con una afirmación de origen procesal según la cual, siendo dicha falla del servicio una circunstancia fáctica afirmada por el actor en sustento de sus pretensiones, era a él quien le correspondía acreditarla, en desarrollo del tradicional principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

En este planteamiento existía coincidencia entre lo dicho por el Consejo de Estado y la posición asumida de la Corte Suprema de Justicia, la cual, partiendo de la misma fundamentación estimaba que la culpa del médico debía ser demostrada por la parte demandante.

La responsabilidad médica ha sido tratada por la Corte principalmente como una responsabilidad de tipo contractual, ha admitido que a ella deben aplicársele las reglas de la extracontractual cuando no ha mediado acuerdo entre el paciente y el médico, o cuando quien pretende la indemnización no fue parte en el contrato en desarrollo del cual el daño fue causado, que es el caso que se presenta cuando obran como demandantes los parientes de la víctima y reclaman su propio perjuicio.

Pero tanto en la contractual como en la extracontractual, la jurisprudencia de la Corte estima que la culpa debe ser probada por el demandante, con la sola excepción de las intervenciones en las que el médico asegure un resultado, en las que se menciona como ejemplo la cirugía estética, en las que sí se presume la culpa del médico.

Acerca de los dos tipos de responsabilidad que pueden surgir de la actividad médica, ha dicho la Corte:

*"...cuando de responsabilidad civil se trate por ejercicio profesional médico, ella puede ser contractual cuando se origina en el incumplimiento del contrato, o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro, sin que exista un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufra, debiéndose en ambas situaciones responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana"*⁶.

Y sobre la prueba de la culpa, cuando la responsabilidad es contractual:

"Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de noviembre de 1986, Magistrado Ponente, Dr. Héctor Gómez Uribe.

al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de suerte que en caso de reclamación éste deberá probar la culpa del médico sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”⁷.

“3.- Síguese de lo dicho, que para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne, o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado y por último que esta fue la causante del daño”.

“Por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano”.

“Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiese asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor o culpa de la perjudicada”⁸.

Y, sobre la prueba de la culpa cuando la responsabilidad es extracontractual, ha dicho:

“Ahora bien, la regla general en materia de indemnización de perjuicios es probar por quien los reclama los elementos que en

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de septiembre de 1985, magistrado ponente, Dr. Horacio Montoya Gil. En el mismo sentido puede verse la sentencia del 26 de noviembre de 1986, con ponencia del Dr. Héctor Gómez Uribe en la que se precisa que la responsabilidad médica puede ser de linaje contractual o extracontractual y la del 8 de mayo de 1990 con ponencia del doctor Eduardo García Sarmiento, en la que se hace referencia, para un caso de responsabilidad médica, a la necesidad de demostrar los tres requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, a saber: hecho culposo, daño y relación de causalidad.

⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de noviembre de 1986, ponente Dr. Héctor Gómez Uribe.

*los sistemas culpabilistas conforman la responsabilidad, o sea el asumir las consecuencias de una conducta positiva o negativa con la que se afirma se causó un daño. Por consiguiente, es ineludible demostrar, salvo las excepciones de ley, la relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño. Ha pregonado la jurisprudencia de la Corte: "La responsabilidad civil extracontractual está configurada por los tres elementos tradicionalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, los cuales fluyen claramente del texto de los preceptos legales que la regulan, culpa del demandado daño sufrido por el demandante; y relación de causalidad necesaria entre éste y aquélla. **Quien la invoca con el fin de obtener que por la vía jurisdiccional se le resarza el daño sufrido, debe afirmar en su demanda la concurrencia de tales tres elementos, concretados a la situación fáctica y respectiva y demostrarlos plenamente** (Cas. Civil 11 de marzo de 1976 G.J. N.º. 299, pág. 63)"⁹.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en los eventos de responsabilidad médica, que han sido manejados siempre en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sostenía:

"Indispensable resulta para efectos de estructurar la responsabilidad extracontractual del Estado, que en el proceso se demuestre a cabalidad la existencia de los tres elementos estructurales de aquélla: una falla en el servicio, un daño y el nexo causal entre aquélla y éste".

*"En las condiciones probatorias relacionadas, resulta procesalmente imposible establecer que la lesión cerebral de la niña Lady Angélica Díaz Hincapié, fue resultado o consecuencia de una conducta negligente o de una inadecuada atención médica en su estado prenatal, en el parto o con posterioridad al mismo. **Le correspondía a la parte demandante demostrar los cargos que en tal sentido formuló en su libelo demandatorio, debía acreditar por los medios legales los fundamentos fácticos de sus pretensiones indemnizatorias, estaba obligado a probar la falla del servicio y su relación causal frente a la lesión cerebral de la menor. Al omitir tales demostraciones, sus peticiones no podían prosperar y se imponía desestimarlas, como efectivamente se dispuso en la sentencia recurrida, decisión que en este fallo se confirma**"¹⁰.*

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil sentencia del 8 de mayo de 1990, ponente Dr. Eduardo García Sarmiento.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 1991, actor FERNANDO DÍAZ, consejero ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández.

2.- La situación creada por la posición jurisprudencial expuesta:

La aplicación de los principios anteriores ocasionaba graves injusticias, pues en muchas ocasiones la víctima no estaba en condiciones de poder probar la negligencia en la atención médica; y la aplicación exegética de la regla probatoria antes citada, conducía al rechazo de sus pretensiones, siendo que en muchos de dichos casos el personal médico que intervino sí tenía la posibilidad de demostrar cómo ocurrieron en realidad los hechos.

Y el anterior problema, obviamente no fue planteado por la jurisprudencia del Consejo en forma aislada; el es propio de la responsabilidad médica no sólo en nuestro medio sino en los sistemas judiciales extranjeros donde se ha intentado también, de diversas maneras, solucionar la injusticia atrás mencionada¹¹.

Vásquez Ferreyra, expone así la situación antes referida:

“Una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos –en caso de muerte de aquél– es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente resulta extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes en dictaminar en contra de los intereses de un colega”.

“Precisamente por ello y con acierto ha dicho un Tribunal de Rosario que ‘no procederá requerir al paciente la calificación técnica del deber violado, lo que surgirá de la tramitación de la causa y de la prueba de descargo atribuida como obligación para el sanatorio o el profesional, quienes en tal caso, sí deberán dilucidar con toda claridad la inexistencia de violación alguna a los deberes de su cargo”.

“Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce el diagnóstico. A esto se suma la práctica actual de la medicina en nuestro país, la que no escapa a los procesos de masificación despersonalizando las relaciones médico-paciente. Allí donde antes existía el médico de familia o de cabecera, al que uno libremente elegía y con el cual *normalmente se entablaba un diálogo profundo*, hoy ha sido suplantado por el especialista –que muchas veces viene impuesto por la obra social– al que hay que ir a ver al consultorio para una

¹¹ Sobre las soluciones en derecho comparado puede consultarse el libro de Roberto Vásquez Ferreyra, *La prueba de la culpa médica*, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, pág. 180.

visita que dura pocos minutos y al cabo de la cual el enfermo sale con una colección de recetas, pero tal vez desconociendo el mal que lo aqueja”.

“En consecuencia se da así una típica relación de experto frente a profano, en la cual la balanza de la justicia debe favorecer al último por la situación de debilidad de conocimientos en la que se encuentra”¹².

El problema de la prueba de la culpa médica, constituía entonces un punto vital a resolver; *“problema fundamental en materia de responsabilidad civil o de responsabilidad del Estado o de la Nación por falla del servicio ha sido el de la prueba del elemento culpa pues ni tratadistas ni jurisprudencia dejan de mencionarlo como uno de los elementos axiológicos de dicha responsabilidad; las diferencias que se presentan hacen relación a su prueba y a la parte a quien corresponde aportarla”*¹³.

3.- Las soluciones surgidas del derecho sustancial:

Ante la anterior dificultad, que obviamente no se presenta sólo en la jurisdicción contenciosa sino también en la civil, se han planteado soluciones que denominamos de derecho sustancial, en cuanto ellas parten de reexaminar la naturaleza de la obligación médica; analizamos aquí primero la de quienes sostienen que la actividad médica es una actividad peligrosa y luego la sostenida por el profesor FELIPE VALLEJO, que parte de afirmar que en nuestra legislación no tiene cabida la distinción entre obligaciones de medio y de resultado¹⁴.

A.- La actividad médica, actividad peligrosa:

Afirmar que la actividad médica es una actividad peligrosa trae como consecuencia concluir que, en aplicación del artículo 2.356 del C.C., causado un daño debe presumirse la responsabilidad de su autor, el que sólo podrá liberarse demostrando la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo de un tercero o la fuerza mayor.

La Corte en providencia del 14 de octubre de 1959, sostuvo dicha tesis, en la cual, al considerar la actividad médica como peligrosa la carga de la

¹² Vásquez Ferreyra, obra citada, pág. 196.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902, actor María Helena Ayala de Pulido, ponente, Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

¹⁴ Esta doctrina ha sido detalladamente expuesta por el profesor Vallejo en “La responsabilidad Civil Médica”, excelente artículo publicado en la revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N°. 300-301 mayo-noviembre de 1993.

prueba se traslada en forma absoluta de la víctima al médico, a quien la prueba de su diligencia, bajo esta perspectiva, no lo libera de responsabilidad.

Dijo la Corte en dicha oportunidad:

“Circunscrita la demanda a la responsabilidad extracontractual, como lo dijo la Corte en anterior ocasión, y admitido por la parte demandada en la contestación de varias demandas que realmente se produjeron lesiones a la señora de Mariño por motivo de las bolsas de agua caliente colocadas en el pie respectivo, que determinaron un tratamiento especial y la prolongación de su permanencia en Marly, es aplicable el artículo 2.356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas. Debe indagarse por lo tanto si el demandado ha logrado exonerarse de la presunción de culpa que milita contra él, frente a quienes aparecen como terceros al contrato de hospitalización, es decir a la mencionada señora y a sus hijos”¹⁵.

Esta solución no tiene acogida en la doctrina, y jurisprudencialmente aparece también como una posición aislada, pues al afirmar la Corte en fallos posteriores la necesidad de la prueba de la culpa en los casos de responsabilidad médica de linaje extracontractual, tal posición resulta abandonada¹⁶; es evidente que a la actividad médica no puede aplicársele la presunción establecida para las actividades peligrosas, en la medida en que ésta tiene como sustento atribuir las consecuencias del hecho dañoso a quien, en su provecho, crea un riesgo. *“Mientras que podemos declarar al automovilista equitativamente responsable de los riesgos que él asume, no sabríamos, por el contrario, imputar al médico los riesgos del sufrimiento y de deceso contra los cuales se le encarga de luchar”*¹⁷.

Felipe Vallejo, critica la jurisprudencia transcrita así:

“i) La presunción de responsabilidad por actividades peligrosas se explica de la siguiente manera: Cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña (máquinas, sustancias azarosas o nocivas) aumenta la suya y rompe el equilibrio natural frente a sus semejantes a quienes coloca en inminente peligro (estado de inseguridad) de recibir lesión, aunque desarrolle tal actividad observando toda la diligencia que ella exige. Parte del supuesto de que una persona ejercita una actividad que lo beneficia (de manera egoísta, si se

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de octubre de 1959. Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M. Gaceta Judicial, Nos. 2217, 2219. T. 91, pág. 758.

¹⁶ En este sentido puede verse la sentencia del 8 de mayo de 1990 antes citada.

¹⁷ Savatier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De La Responsabilidad Civil, T. I. Vol. II, pág. 101.

quiere) aunque resulte socialmente útil; y que al hacerlo crea el riesgo de dañar a otra. Es el caso típico de la conducción de automotores”.

“ii) Nada resulta más contrario al ejercicio de la actividad médica. Porque si bien el médico puede prestar sus servicios directamente sobre el cuerpo humano y en su intento de curar al enfermo lo interviene y produce alteraciones, laceraciones y mutilaciones mediante el empleo de medicamentos, instrumentos y procedimientos quirúrgicos, lo hace precisamente para establecer la salud del paciente, para aliviar a los padecimientos en que consiste su dolencia, para curar el mal que lo aqueja, en fin para conjurar un estado de cosas perjudicial”¹⁸.

La jurisprudencia del Consejo de Estado tampoco ha admitido que se pueda considerar la actividad médica como una actividad peligrosa, a la cual pudiera serle aplicable el régimen de la responsabilidad presunta establecido para las actividades de dicho tipo, reiterando de este modo que la responsabilidad por falla del servicio médico no es una responsabilidad objetiva sino una responsabilidad fundamentada en la falla del servicio:

“El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la tesis del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones “LEGE FERENDA” y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió al enfermo”¹⁹.

2.- Inaplicabilidad de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado:

Ubicándose en el campo de la responsabilidad contractual, el autor de esta teoría parte de afirmar que la tradicional distinción entre obligaciones de medio y de resultado no tiene cabida en el derecho colombiano por no existir en él una norma legal que la sustente; y, con base en los artículos 63 y 1604 del Código Civil Colombiano, sostiene que, producido el daño, al acreedor sólo le incumbirá acreditar la existencia del contrato en el cual estén determinadas las obligaciones del médico (la serie de actos prescritos por la ciencia médica); y probado lo anterior, es al médico deudor de la prestación al que siempre le corresponderá demostrar su pago (cumplimiento

¹⁸ Felipe Vallejo, obra citada, pág. 62.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 1994, expediente N°. 7973, actor Gonzalo Antonio Acevedo Franco, ponente Dr. Julio César Uribe Acosta.

de dichos actos) o la fuerza mayor que le impidió realizarlo, teniendo en cuenta el grado de culpa por el cual debe responder de acuerdo con el provecho que reciba del contrato.

“A la luz de estos textos el juez colombiano no debe preguntarse (como su colega francés) si el deudor se obligó a obtener para el acreedor un resultado preciso, o si se obligó tan sólo a desplegar ciertos medios sin garantizar el resultado. Porque ni ese criterio ni esas palabras figuran en nuestro Código Civil, cuyos preceptos apuntan en otra dirección: Al acreedor que demanda judicialmente le incumbe probar el contrato (C.C. art. 1757). Demostrada o afirmada la inejecución, el acreedor coloca en un dilema a su deudor: éste debe demostrar que pagó y extinguió su obligación (C.C. arts. 1625 y 1757) o que la inejecución no le resulta imputable por causa de fuerza mayor, sin importar si su prestación era de medios o de resultado... Al deudor le corresponde siempre probar el pago; esto es, la realización del acto único o de la serie de actos en que consiste la prestación a su cargo”.

“...El cumplimiento (pago) es la realización de un acto simple o de una serie de actos. Es fácil de verificar el cumplimiento o constatar el incumplimiento cuando se trata de un acto único o aislado (se entregó o no se entregó la cosa vendida; se restituyó o no se restituyó el bien depositado). Pero esta verificación es difícil cuando el deudor se obligó a realizar una serie de actos (construcción, servicios profesionales).

En tratándose de aquellas obligaciones en que la prestación que constituye su objeto no es un acto simple sino una serie de actos se dice que el deudor se exonera probando diligencia y cuidado (tan solo). Esta demostración, que también se conoce como ausencia de culpa, es la manera de probar el pago de los actos (o hechos) que se deben, por ser plurales o complejos (“medios”), y no un modo exculpatorio de la inejecución, como lo es evidentemente la fuerza mayor.

La prueba de la diligencia y cuidado no es nada distinto a la prueba de ejecución de los hechos (“medios”) convenidos”.

Aunque compartimos la mayor parte de las afirmaciones hechas en esta teoría, mediante la cual se llega a la misma conclusión de eximir a la víctima de la prueba de la culpa médica, consideramos que no es viable su aplicación por la jurisdicción administrativa, en virtud de que en ella la responsabilidad médica ha sido tratada como responsabilidad extracontractual, enfoque que no permite hacer distinciones respecto del comportamiento que puede exigirsele al médico con base en el provecho

que éste ha obtenido del contrato (arts. 63 y 1604 del C.C.), las que estimamos injustas e inadmisibles, habida cuenta de la especial naturaleza del ejercicio de la profesión médica.

Igualmente, estimamos que frente a las prestaciones que conforman la obligación médica su precisa y completa determinación no es posible, en la medida en que ella consiste precisamente en realizar oportunamente todos los actos necesarios para sanar al paciente y los perjuicios aquí no surgen de su incumplimiento sino de su cumplimiento defectuoso, razón por la cual creemos que no es conveniente abandonar una clasificación (la de obligaciones de medios y de resultado), que así sea simplemente de origen doctrinario en nuestro medio, permite explicar el régimen especial de la prueba de la responsabilidad médica.

La responsabilidad médica generalmente, como lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia no nace del incumplimiento de las obligaciones médicas, sino de su cumplimiento defectuoso, que es el que genera perjuicios.

Aquí vale la pena recordar la siguiente precisión hecha por la Corte Suprema de Justicia:

"1. Como se desprende de los hechos de la demanda el objeto a cargo del demandado era la cirugía estética que el demandado practicó a la actora en virtud del contrato de servicio profesionales pactado entre ellos de donde se sigue que la obligación principal fue cumplida por aquél no obstante la inconformidad de la intervenida por la defectuosa ejecución".

"La indemnización de perjuicios a que el fallo del Tribunal condenó por haber encontrado civilmente responsable al médico se derivó por la forma negligente o culposa como se ejecutó el contrato por lo cual el artículo 1.546 del C.C. no era aplicable para decretar la resolución o la terminación del mismo ni tampoco el 1.610 ibídem consagrado para cuando la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora confiriéndole al acreedor la facultad de exigir y asegurar el cumplimiento de aquélla".

"Es presupuesto de la acción resolutoria de un contrato que éste no se haya cumplido y, por tanto estén vigentes las obligaciones a cargo del contratante demandado, pero si éste ya hubiese atendido el contrato, aunque imperfectamente, la acción indicada no puede ser la de resolución o terminación, efecto que opera por tal ocurrencia, sino la de indemnización por los perjuicios causados al demandante por el dolo o la culpa con que aquél lo ejecutó".

"2. En el caso de que se trata, en que el demandado prestó el servicio de la intervención quirúrgica que le practicó a la demandante, no

era procedente decretar la resolución o la terminación del contrato de prestación de servicios médicos a que se comprometió con aquélla, bien para suspender su ejecución en el estado en que se encontrara o bien para volver las cosas al estado precontractual, puesto que ya ejecutado, es el resultado de su cumplimiento imperfecto el que da lugar a la indemnización de perjuicios, que para el presente caso está constituido por las consecuencias nocivas que se dice dejó a la intervenida la cirugía plástica”.

“Si bien es cierto que el sentenciador condenó por ‘incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales del deudor’, dada la naturaleza del contrato debe entenderse que ello se dé al resultado negativo de la intervención y no a que hayan quedado obligaciones insatisfechas, respecto de las cuales debía decretarse la resolución judicial que echa de menos el recurrente. Así la condena a pagar los perjuicios ‘de todo orden’ en manera alguna implica el resarcimiento de obligaciones principales que se dejaron de cumplir ni mucho menos la indemnización moratoria, materia ajena a este debate, por cuanto no se trata de perjuicios ocasionados por la mora de lo debido, sino que, como antes se dijo, fue la compensación por la ejecución defectuosa del contrato”²⁰.

Y, para precisar que en materia de responsabilidad médica existen obligaciones de resultado (practicar la intervención) cuyo incumplimiento está sometido a un tratamiento distinto del previsto para la ejecución defectuosa de las obligaciones de medios, transcribimos aquí lo expuesto por el doctor Javier Tamayo Jaramillo sobre el punto:

*“Pero es preciso, desde ahora evitar una reiterada confusión en los conceptos: en efecto, aún en las obligaciones de medio **existe un mínimo resultado, cual es el de realizar la conducta con la cual el deudor pretende lograr el beneficio mediato buscado por el acreedor. El abogado se obliga a presentar la demanda y a representar judicialmente a su cliente;** no a tratar de hacerlo; el médico se obliga a tratar al paciente; el mandatario se obliga a realizar la gestión. Si el abogado no actúa, si el mandatario no ejecuta la misión encargada, pues serán responsables por incumplimiento puro y simple, sin necesidad de establecer culpa alguna de su parte según veremos más adelante. Por lo tanto la filosofía de la obligación de medio solo es aplicable cuando el deudor cumplió materialmente, en principio, la gestión o la prestación a que se había obligado, aunque, pese a ello, no haya*

²⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de noviembre de 1986, Magistrado Ponente, Dr. Héctor Gómez Uribe.

alcanzado el objetivo mediato alcanzado por el acreedor al contratar. Es pues, en el incumplimiento imperfecto donde cabe la distinción”.

Para terminar el análisis de la teoría expuesta debemos agregar que nos queda la impresión de que las conclusiones del autor, no obstante los esfuerzos hechos, en últimas no pueden prescindir de la noción de obligación de medios y conducen a una solución similar a la del régimen de la falla presunta expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El doctor Vallejo concluye así su trabajo:

“En suma: sostengo que en materia de responsabilidad civil médica de tipo contractual la obligación es de medios solo porque consiste en una serie de actos (y no en el hecho preciso de la curación, que el médico de ordinario no garantiza); pero que sus efectos en lo tocante con la carga de la prueba son opuestos a los que se predicen en forma general: la culpa del médico, como la de cualquier deudor que inejecuta la obligación a su cargo, se presume; y para desvirtuarla éste debe probar la fuerza mayor (que siempre libera de responsabilidad) o el pago, al igual que todo deudor, que es lo que se conoce como la prueba de la ausencia de culpa, o sea la prueba positiva de la diligencia y cuidado. Y que ello es así a la luz del Código Civil, cuyos preceptos señalan al juez de dirección de su razonamiento”.

II.- EL RÉGIMEN DE LA FALLA PRESUNTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

A. La evolución previa de la jurisprudencia:

La formulación del régimen de la falla presunta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, no fue realizada de manera intempestiva, sino que fue el producto de una evolución en la que la exigencia a las víctimas de la demostración de la existencia de la falla empezó a controvertirse hasta llegar a presumirse²¹.

La jurisprudencia comienza por precisar que no se requiere la prueba de una falta grave para comprometer la responsabilidad del servicio médico; luego se observa en ella una tendencia a ser menos exigente en la demostración de la falla del servicio médico y se señala que a su prueba puede llegarse por indicios, lo que constituye un régimen de gran similitud al de la culpa virtual²², y, finalmente termina enunciando la teoría de la falla

²¹ Además de las jurisprudencias que se citan a continuación, vale la pena mencionar en este mismo sentido la sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902, actor María Helena Ayala de Pulido, consejero ponente, Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

²² A este régimen hace referencia el doctor Javier Tamayo Jaramillo en su obra sobre La culpa médica, pág. 63 y ss.

presunta que libera al paciente de la carga de demostrar la falta del servicio médico y le impone a éste la de demostrar la diligencia en su prestación.

Acerca de la no necesidad de acreditar la falta grave, dijo el Consejo de Estado:

“La jurisprudencia de la Corporación ha indicado que la responsabilidad patrimonial de los entes públicos queda comprometida, por regla general, después de probar que la acción (o la omisión) de la administración es constitutiva de una falla del servicio; que produjo un daño; y que éste depende, casualmente, de aquélla. A salvo quedan los regímenes especiales (excepcionales) en los cuales dicha responsabilidad se compromete bajo la presunción de la falla del servicio (modalidad probatoria del sistema general) o sin la existencia de dicha falla, lo que constituye el sistema de responsabilidad objetiva”.

*“En los eventos de excepción atrás señalados, no cabe la deducción de responsabilidad por el acto médico, caso en el cual es de cargo del demandante probar, además del perjuicio, la falla en el servicio y su relación causal. **Esta es la especie que examina la Sala, cuya jurisprudencia ha exigido la prueba de lo que doctrinalmente se denomina ‘falta simple’ como un avance frente a otros regímenes (como el francés) en los cuales la actividad médica o quirúrgica de los hospitales públicos únicamente los hace responsables si se prueba una ‘culpa grave’ a su cargo,** conclusión fundada en ‘la idea de que la responsabilidad debe restringirse cuando las actividades de la Administración son difíciles’, como lo recuerda el profesor JACQUES MOREAU (La responsabilidad pública en el derecho francés, publicada en la obra colectiva ‘La responsabilidad de la administración pública’. Universidad Externado de Colombia - 1986, pág. 90”²³.*

Luego, se empieza a señalar el menor rigor de la prueba de la falla médica así:

“La sala no hace suya esta perspectiva porque se dejaron por fuera del análisis probatorio ciertos indicios que concatenados entre sí permiten una certeza adecuada para tomar la decisión revocatoria que contendrá este fallo”.

*“No debe olvidarse que en asuntos como el aquí tratado **no puede pretenderse que las pruebas muestren una verdad matemática***

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de mayo de 1992, exp. 5988, actor Amable Genaro Rosero Aguirre, ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

o una conclusión silogística no sujeta a error. Tal ha sido el pensamiento de la sala, expuesto entre otros en el fallo de septiembre 13 de 1991 (proceso 6523 Mérida Inés Domínguez Ponente Carlos Betancur Jaramillo) de la siguiente manera”.

“Desde el punto de vista ortodoxo podría pensarse que el a-quo tiene la razón cuando da a entender que no pudo establecerse de manera inconcusa la falla del servicio y la relación causal entre el suministro por un enfermo de la Policlínica de la Policía del sulfato de cobre y la muerte del agente Medina; y que las historias clínicas que obran dentro del proceso son inauténticas. **Pero, definitivamente el tribunal exigió demasiado; quiso que el expediente mostrara una verdad matemática, una conclusión de silogismo no sujeta a error: que el agente Medina fue envenenado por el enfermero Alcibiades Bernal Betancurt con una dosis tóxica de sulfato de cobre. Y no es eso lo que busca la ley. Esta va en pos de la certeza que tiene el juez de una realidad dada. Y esa certeza se da. Otra cosa diferente es que el a-quo no haya podido verla**”²⁴.

B.- La falla presunta:

El régimen de la falla presunta se enuncia en la sentencia del 30 de julio de 1992 y se precisa en la del 13 de agosto del mismo año, ambas con ponencia del doctor Daniel Suárez Hernández.

Dicha presunción se enunció así:

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

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1992. Expediente N°. 6477, actor Mariana Barazzutti Chiapolino. Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

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

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

“Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa”²⁵.

Y, en la sentencia del 13 de agosto de 1992, se agregó:

“En este mismo orden de ideas, cabe hacer algunas precisiones. Ya se advirtieron algunos de los interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y a su fallecida hija. Todos son de carácter profesional, técnico especializado, a los que el común de las personas no tienen acceso por falta de conocimiento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo a quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado”.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6897, actor GUSTAVO EDUARDO RAMÍREZ, consejero ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández.

"Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico, y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza, se tornan difíciles de probar. En las anteriores condiciones le es dable a la administración exonerarse de responsabilidad con la sola demostración de haber prestado el servicio con la diligencia y cuidados necesarios para que la salud o vida del paciente no sufrieran menoscabo o falleciera. Frente a ese tipo de conducta administrativa, le incumbe al demandado proveer al fallador de las pruebas, con lo cual se desvirtúa la presunción de falla establecida. Precisa la Sala que se trata en este caso de una falla del servicio, que le permite al demandado desvirtuarla con la demostración de la diligencia y cuidado".

Características de la solución:

C.- Naturaleza procesal, de la solución:

La solución acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, es de eminente contenido procesal y probatorio. A diferencia de las soluciones planteadas anteriormente, ella continúa considerando la obligación médica como obligación de medios, lo cual tiene importantes consecuencias que más adelante se especificarán.

En este punto se ha dicho:

"La determinación de la carga de la prueba a cargo de la entidad demandada, precisa la Sala, **en forma alguna desconoce la naturaleza de la obligación de medio que tienen los que ejercen la medicina, ni la torna objetiva**; ni tampoco desconoce que los pacientes pueden, no obstante haber sido tratados adecuadamente, sufrir ciertas consecuencias dañosas no previstas o esperadas".

"Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditados el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad con la actuación de la entidad, puede ésta demostrar que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es, que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente"²⁶.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, expediente N°. 9848, actor Ramiro Gómez Suárez, consejero ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

“En este momento del discurso judicial el ad-quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de medios o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala sólo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo en sentencia del 30 de julio de 1992, con ponencia el Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, al centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable”²⁷.

A seguir considerándose que la obligación de mejorar el estado de salud del paciente es de medios y no de resultado, se precisan dos aspectos fundamentales para no interpretar inadecuadamente la jurisprudencia:

A.- Verificada la existencia del daño y su relación de causalidad con el servicio médico, no se presume la responsabilidad (como acontece con los daños ocasionados en desarrollo de actividades peligrosas) sino que se presume es la falla del servicio (la culpa), que puede desvirtuarse probando un comportamiento adecuado o diligente, a diferencia de lo que ocurre cuando se presume la responsabilidad, caso en el cual ella sólo puede ser desvirtuada acreditando la existencia de una causa extraña como circunstancia causante del daño.

B.- Al médico o a la institución demandada, le basta acreditar su comportamiento adecuado o diligente para desvirtuar la presunción establecida en su contra.

El ha adquirido una obligación de medios porque no puede garantizar el resultado pues el resultado que persigue (la curación o mejoría del paciente) es aleatorio; el resultado no ha sido obtenido, lo que hace presumir en principio que no ha cumplido su obligación de medios; y, demostrado entonces que cumplió con dichos medios estará acreditando que el riesgo que hace que su obligación sea de esta naturaleza efectivamente se presentó y el

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 1994, actor Gonzalo Antonio Acevedo Franco, ponente Dr. Julio César Uribe Acosta.

daño no puede imputarse al incumplimiento de sus deberes médicos o, lo que es lo mismo, a su culpa.

La jurisprudencia precisó este punto así:

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

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

“En cambio cuando se habla de la responsabilidad por las cosas o actividades peligrosas en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante de un tercero. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar a la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución”.

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

“En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará adelante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba

para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial o sea el daño y la relación causal: quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado”.

“Se justifica esta diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, si puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condiciones de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”²⁸.

D.- Objeto del establecimiento de la presunción.

El régimen de la falla presunta fue concebido para ser aplicado solamente en los eventos en los que no esté probada en el correspondiente proceso, la falla del servicio; si está probada, es con base en ella que resultará comprometida la responsabilidad patrimonial de la entidad prestataria del servicio. El hecho de que la jurisprudencia se haya referido al régimen de la falla presunta en casos en que la misma sentencia haya advertido que la falla del servicio aparece probada, no obedece a ninguna contradicción; estas sentencias, en las que la referencia a la falla presunta es sólo teórica, simplemente forman parte de la evolución jurisprudencial para la formulación y precisión de dicho régimen.

Por ello la jurisprudencia rechaza la falla presunta cuando aparece evidenciada la falla del servicio:

*“A juicio de la Sala en el presente caso se encuentra plenamente acreditada la falla del servicio que compromete la responsabilidad de la entidad demandada, sin que se requiera acudir aquí al régimen de la **responsabilidad presunta** citado en la sentencia de primera instancia”²⁹.*

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6754, actor Henry Enrique Saltarín Monroy, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1995, exp. 9166, actor Emel Velásquez Durán, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

“De ahí que resulta contradictoria, y por ello se aclara, la afirmación del juzgamiento de primera instancia cuando dice: ‘salta a la vista una falla del servicio y en este caso se invierte la carga de la prueba y correspondía a la entidad demandada demostrar que actuó con diligencia idoneidad y prudencia’. Precisamente si ‘salta a la vista’ la falla del servicio, no se requiere acudir a presumirla y sólo cuando así suceda, cuando se presume, se invierte la carga probatoria y para exonerarse debe la entidad demandada acreditar cuidado y diligencia en la prestación de su servicio”³⁰.

Una vez probada la relación de causalidad entre el daño recibido por la víctima y el servicio médico prestado por la entidad, y ante la ausencia de la prueba acerca de si lo que ocasionó dicho daño fue un defectuosa prestación de dicho servicio, o fue simplemente el resultado de la verificación del riesgo propio de la intervención médica, el juez, debiendo tomar de todos modos una decisión, debe acudir a la aplicación de un sucedáneo de prueba, que en este caso consiste en decidir con base en la distribución de la carga de la prueba.

Partiendo de lo señalado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y siendo la falla del servicio médico una afirmación necesaria para la prosperidad de las pretensiones del demandante (la víctima), era a éste a quien le correspondía aportar la prueba de tal presupuesto.

Así las cosas, objeto de la presunción de la falla médica establecida en favor de la víctima, es entonces trasladar la carga de la prueba a la parte contraria; el juez, al fallar de este modo, al igual que en el sistema anterior, decide en realidad sin tener la certeza de la existencia de la falla del servicio; y al igual que antes, se decide con base en la carga de la prueba, sólo que el razonamiento es distinto; correspondiéndole a la entidad la prueba de su diligencia, la ausencia de dicha prueba trae como consecuencia una sentencia condenatoria en su contra.

“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque indica cómo debe fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos;

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de marzo de 1994, exp. 8708. Actores: Nelly Bautista Díaz Mejía y otro, consejero ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández.

por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar...³¹.

Acudir a la falla presunta que invierte la carga de la prueba, implica entonces adoptar una decisión, precepto obligatorio para el juez, en eventos en que precisamente no exista prueba de la falla del servicio o ésta sea insuficiente.

Micheli, advierte al respecto:

“...no existen dos aspectos antiéticos o cuando menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio en virtud de la cual el juez es colocado en la condición de pronunciar en todo caso, aun cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de hechos relevantes...”.

“Bajo el primer aspecto, recuerdo el art. 1375 parágrafo único del Cód. Civ., en el que evidentemente encuentra expresión el deber de pronunciar en todos los casos, aun cuando la prueba sea insuficiente, y el juez no considere oportuno (en su apreciación discrecional) deferir el juramento supletorio. Tal artículo contiene, en verdad, la expresión de un principio general, y que a mí me parece actualmente connatural con el carácter mismo de la función jurisdiccional, por aquella necesidad de certeza que la misma está llamada a satisfacer, y sobre la cual me he detenido ya anteriormente en su lugar...”.

“En toda sentencia del juez, que tenga carácter definitivo, la certeza alcanzada es, sin embargo, sólo el medio, como se ha dicho muchas veces, por el cual el juez está en condición de emitir un juicio, esencialmente relativo. De ello se sigue que, para el ordenamiento jurídico es en general necesario un grado de verdad (histórica) suficiente para formar la certeza subjetiva del juez, certeza cuya obtención se facilita por reglas legales, ya sean relativas a la admisibilidad y a la eficacia de determinados medios de prueba, ya sea en cuanto a la determinación del contenido de la decisión, cuando falten del todo (o bien sean insuficientes los elementos instructorios). De esta manera se alcanza, del modo más económico, el resultado que las partes se proponen obtener a través del proceso, esto es, realizar las respectivas pretensiones y aún el fin para el cual el estado mismo pone en práctica el mecanismo

³¹ Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, quinta edición, editorial ABC, Bogotá 1977.

*procesal: la obtención de la seguridad en las relaciones y de los estados jurídicos*³².

El establecimiento de la presunción, permite entonces distribuir el tema probatorio, de acuerdo con el mayor acceso o facilidad que las partes puedan tener para aportar al proceso elementos que permitan verificar la realidad de la forma como se produjeron los hechos.

Ella es un desarrollo del denominado principio de las "cargas probatorias" dinámicas según el cual dicha carga debe estar "en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla"³³; pero, tal doctrina, que aboga por dejar la decisión de la distribución de la carga en manos del juez que decide el caso concreto, es, a nuestro modo de ver, insuficiente.

Esta razón no nos permite compartir la siguiente conclusión del doctor Tamayo Jaramillo:

*"En primer lugar, consideramos que, en una futura reforma legislativa se debe introducir el concepto de la carga dinámica de las pruebas, de manera tal que, bajo determinadas circunstancias de un caso concreto, el juez pueda imponerle al médico la obligación probatoria de ayudar a establecer las verdaderas causas del daño sufrido por el paciente. No se trata de sentar un principio general de presunción de culpa médica, sino de permitirle al juez imponer al demandado, en algunos casos, la obligación de ayudar a esclarecer la verdad de lo ocurrido. En tales circunstancias excepcionales, el juez tendría la facultad de dar por sentada la culpa del médico que, pudiendo ayudar a aclarar los hechos, no lo hace"*³⁴.

El no establecimiento de la presunción, implica entonces que en el proceso debe partirse de la regla general según la cual a la víctima le corresponde probar la falta quedando al arbitrio del juzgador decidir cuándo puede exigir "colaboración" al demandado; y ello significa entonces desconocer una realidad, que es sobre la cual se edifica la presunción, cual es que en la generalidad de los casos quien tiene mayor facilidad de probar cómo ocurrieron los hechos es el médico y no el paciente.

Implica, además incertidumbre para las partes, pues ni el demandante ni el demandado tendrán certeza acerca de qué es lo que deben probar en el proceso.

³² Gian Antonio Micheli, La carga de la prueba, Mundo Editores, Buenos Aires, 1982, pág. 181, se resalta.

³³ Roberto Vásquez Ferreira, prueba de la culpa médica, 1ª. edición colombiana, Biblioteca jurídica Dike, 1995.

³⁴ Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo, Javier Tamayo Jaramillo, 1ª. edición 1995, Biblioteca jurídica Dike, pág. 257.

Por último, el principio así escuetamente establecido, acaba con el principio de la carga de la prueba como sucedáneo de prueba y como instrumento que le permite al juez proferir una decisión en ausencia de prueba sobre un hecho. El juez, en ausencia de prueba falla o con base en el principio general de carga de la prueba establecido en el código, o invirtiéndolo, para lo cual debe fundamentarse en la presunción. El concepto de carga dinámica en el cual no está establecido a quién es a quien le corresponde probar en caso de ausencia de prueba, lo deja sin este instrumento, que, se insiste le permite decidir ante la ausencia de certeza probatoria.

Consideramos entonces que la situación de injusticia que se evidenciaba al imponer al demandante la carga de probar la culpa médica como requisito de éxito de su pretensión indemnizatoria, requería del establecimiento de una presunción que pudiera invertir tal carga; y dicha presunción nace de la verificación de una simple realidad que consiste en que en la generalidad de los casos quien se encuentra en mejor situación, quien tiene mayor posibilidad de probar la realidad del hecho es el médico y no el paciente.

No bastaba simplemente con pedir colaboración probatoria al demandado, pues ello no solucionaba el problema; se requería que su inactividad probatoria acerca de un hecho que él se encontraba obligado a probar y que generaba una "gran sospecha" en su contra, tuviera una consecuencia y esa consecuencia es precisamente la de presumir en tales casos que el daño se produjo por su culpa.

E.- Por qué se establece la presunción de falla en favor de la víctima.

A la presunción establecida, pueden dársele dos tipos de fundamentos: unos, tienen que ver con la posición de las partes respecto de la prueba y otros tienen que ver con la equidad, que son los fundamentos que de acuerdo con la doctrina constituyen precisamente la fuente de las presunciones.

El profesor Jairo Parra Quijano, acerca de los tipos de fundamento que se tienen en cuenta para formular presunciones, cita a la doctrina norteamericana, que los explica de la siguiente manera:

"Así como las cargas de la prueba están algunas veces situadas por razones de equidad, algunas presunciones están creadas para corregir un desequilibrio resultante del mayor acceso que tiene a la prueba una de las partes. Un ejemplo de esta presunción es la de que se presume que entre dos acarreadores, el daño se produjo en la línea del último acarreador. Similarmente algunas nociones más implícitas que expresas, de políticas sociales y económicas inclinaron a las Cortes a favorecer una contienda, dándole el beneficio de una presunción correspondiente a las ventajas del adversario, a la parte

desfavorecida. Un ejemplo clásico es el de que el poseedor se reputa dueño, tendiente a favorecer al poseedor principal y dar estabilidad a los estados jurídicos. Una presunción puede también ser creada para evitar un atolladero, o para alcanzar algún resultado así sea uno arbitrario. Por ejemplo, la presunción que se refiere a los sobrevivientes de un desastre común es necesaria para hacer posible que operen otras normas legales, aunque no haya bases fácticas para creer que una de las partes y no otra hubiera podido morir primero. Sin embargo, generalmente la más importante consideración para la creación de presunciones es la probabilidad³⁵.

La presunción de la falla médica, tiene los dos tipos de razones:

A) De una parte, ella se fundamenta en la constatación de la mayor facilidad de acceso a la prueba de la realidad de los hechos del médico frente al paciente.

Deben ser los médicos entonces, como deudores de la obligación de medios, los que deben demostrar que cumplieron adecuadamente dicha obligación; son ellos los que, como lo señala la jurisprudencia que se estudia *"ejecutaron la respectiva conducta profesional"* y por lo tanto deben *"satisfacer directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan"*³⁶.

El doctor Antonio Rocha, sobre el punto expresa:

*"Quien está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido es el deudor, pendiente el cumplimiento que debe dar. El curso de los sucesos, la línea de conducta, el eslabón de los hechos, el deudor lo sabe, quedando por tanto a él la prueba más factible. Si un empleado llega a las diez de la mañana, debiendo llegar a las ocho él debe saber y no el acreedor, que fuerza mayor le impidió llegar a tiempo y cumplir su obligación; el constructor que debe levantar una casa en cierto tiempo y entrega obra hecha, sabe inmediatamente, directamente si la inundación, el fuerte invierno, etc., le impidió cumplir; el artista debe saber porqué no entregó a tiempo la obra encomendada; el impresor porqué se pararon las máquinas. Y así en toda obligación de hacer. Mientras el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de los hechos concurrentes que pudieron impedirle a éste satisfacer a tiempo su prestación"*³⁷.

³⁵ Graham, citado por Jairo Parra Quijano, Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones, tomo IV, Ediciones Librería del Profesional, pág. 91.

³⁶ Sentencia del 13 de julio de 1992, antes citada.

³⁷ Antonio Rocha, De la Prueba, Ed. Lerner.

Veámoslo de otra manera: si verificado que el daño se ocasionó por el servicio médico y quienes lo prestaron no demuestren en el proceso que lo hicieron diligente o adecuadamente, esto es no acreditan que cumplieron con su obligación de medios, estando en capacidad de hacerlo, ¿no resulta lógico que el juez infiera que fue precisamente su comportamiento negligente el que causó el daño?

La no demostración de diligencia, estando en capacidad de hacerlo, constituye entonces la *gran sospecha* o la presunción de que fue precisamente la negligencia la que produjo el daño; esa noción de presunción como gran sospecha, tomada de las siete partidas, como lo afirma el profesor Antonio Rocha, sigue teniendo vigencia en la actualidad. *"Este concepto sigue siendo verdad. La sospecha puede llegar a tener un valor de plena convicción para el Juez, o ser muy débil y entonces no convencer. Pero la importancia de la presunción no es tanto por su valor probatorio, que en ello sigue más o menos la técnica de otros modos de convicción, sino por ser prueba indirecta o dispensar de la carga de la prueba al favorecido con la gran sospecha"*³⁸.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, también se había referido a este punto, así:

*"Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue diligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento normal se debió, en principio a culpa, es decir a negligencia de la administración. Esta, entonces tendrá la carga (entendida en el sentido de interés), de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos"*³⁹.

B) De otra parte, ella tiene en su base razones de equidad que el doctor Daniel Suárez Hernández, ponente de la teoría de la falla, explica así:

"Acabar con ese mito que se estaba tornando injusto y subrayo este término, de exigirle, de imponerle a la actora, la víctima del accidente, la víctima de la mala intervención médica, la víctima de la desatención de la prestación del servicio público de salud; además de su sufrimiento, además de su nostalgia, además de su disminución

³⁸ Tomado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de julio de 1943. G.J., T. LV, pág. 769.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de octubre de 1990, exp. 5902, actor María Helena Ayala de Pulido, ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

patrimonial por el hecho, cargarle con una nueva carga que era la carga de la prueba. Y, entonces, se dijo, hagamos una dosimetría que resulte equitativa. No es la alteración por la alteración, ni el cambio por el cambio, no es el esnobismo, no señores. Fue precisamente ponernos a observar lo que ocurre en una sociedad como la nuestra, una sociedad convulsionada, en una sociedad de apremios, y de angustias y se dijo, esa víctima no está en condición de poder demostrar el dolo o culpa con que intervino el médico o con que procedió el director del hospital o de la clínica, o cualquier funcionario, o cualquier agente de la administración. Y, entonces, viene un paliativo a esas injusticias, porque esa es la labor del juez, es que el juez no es el ser sin espíritu y sin corazón, sin inteligencia, que se limita simplemente a ver si hay una norma y a aplicar esa norma. No, es a solucionar el conflicto y a reconocerle los derechos subjetivos que le competen a los litigantes”⁴⁰.

Las anteriores fueron entonces las razones para la consagración de la presunción de la falla presunta; ellas fueron excelentemente precisadas por el profesor Jairo Parra Quijano al comentar concretamente la sentencia del 30 de julio de 1992, en la conferencia dictada en el marco del XVI Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, así:

“Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba, a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de las veces, esa noción de carga sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administra la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho”.

“La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quien le queda más fácil probar un hecho determinado para que ella la desahogue. Esto fue lo que hizo el Consejo de Estado de Colombia, en la jurisprudencia multicitada”.

F.- ¿Qué debe probar la víctima para comprometer la responsabilidad del Estado en el régimen de la falla presunta?

A la víctima le corresponde probar el daño y su relación de causalidad con el servicio médico prestado por la entidad oficial. Es indispensable

⁴⁰ Intervención del Dr. Suárez en el encuentro “un compromiso de todos con la salud y la justicia”, recogida en el libro Responsabilidad civil médica en los servicios de salud, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, pág. 305.

que dichos elementos aparezcan probados para que pueda aplicarse la presunción.

Por esto estimamos adecuada la afirmación del profesor Jairo Parra Quijano, en el sentido de indicar que el establecimiento de una presunción en realidad no invierte la carga de la prueba sino que más específicamente lo que implica es cambiar el objeto de prueba que a cada una de las partes les incumbe en el proceso.

“Se trata, pues, de un verdadero cambio de objeto. No cabe considerar, que las presunciones o indicios supongan un desplazamiento o relevación de la carga de la prueba, como se ha pretendido deducir de lo dispuesto en la norma según la cual las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, y como ha sostenido un sector de la doctrina. De este precepto no puede derivarse otra consecuencia que la de que aquél a quien favorece la presunción queda libre de la carga de la prueba del hecho conocido; en definitiva y como decíamos antes, ha cambiado el objeto, pero la carga de la prueba no se ha relevado al favorecido por la presunción”⁴¹.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, no ha afirmado entonces, de manera alguna, que el demandante se encuentre relevado de demostrar la relación de causalidad del daño sufrido con el servicio médico prestado por la entidad; lo que ha indicado es que dicha prueba es una prueba simple, mediante la cual se establece, en principio que su daño se originó en la intervención médica y, precisamente dicha imputación simple es la que debe desvirtuar la entidad demandada con el objeto de concluir que el daño no fue causado por la falla en el servicio.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha dicho:

*“La demostración de diligencia que incumbe en estos casos a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en principio ha demostrado el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. **A él le incumbe, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la entidad demandada;** y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo le corresponde a la parte pasiva”.*

“No es necesario sin embargo exagerar la importancia de la prueba impuesta a la víctima (la de la relación de causalidad)... no puede

⁴¹ Jairo Parra Quijano, Tratado de la Prueba Judicial, Indicios y Presunciones, tomo IV, ediciones Librería del Profesional, 1990, pág. 92.

exigirse, en un primer tiempo, de la víctima, sino una prueba bastante elemental, suficiente para invertir la carga de la prueba, pero que deja ampliamente lugar al demandado de demostrar que en realidad el vínculo de causalidad exigido para la obtención de reparación no es el adecuado. Así sucede en todos los casos en los cuales en materia de responsabilidad del hecho de las cosas, la víctima puede contentarse con demostrar que la cosa intervino en la realización del servicio, sin tener que demostrar, que en dicho evento ella tuvo un papel activo" (Droit Civil des Obligations Weill Terré P. 836).

"Ocurre, según vimos, que el médico como deudor de la prestación asistencial es quien debe demostrar, ante el incumplimiento y el daño, que se presumen de origen culposo, la causalidad fortuita o causal; o sea que el daño en la salud —que es el resultado opuesto o contrario al prometido— le es ajeno, como imprevisible derivación del hecho médico".

*"Ello significa, en buen romance, **establecer en favor de la víctima una presunción de causalidad adecuada.** Dicha presunción debe ser destruida por el médico con la prueba de la causalidad fortuita" (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad civil del médico, página 260)⁴².*

La presunción de causalidad adecuada significa en nuestro sentir simplemente que, establecido por el demandante que luego de recibido un servicio médico por la entidad demandada sufrió un daño, debe presumirse, entre las causas probables del mismo, que fue la falla del servicio la que la produjo. Ello es lo mismo que probar elementalmente la causalidad, que tal como lo expresa la jurisprudencia hace relación simplemente a que el daño se produjo como consecuencia del servicio médico, pues exigir una prueba específica de la causa del daño, obligándolo a acreditar que éste no provino ni de la evolución propia de la enfermedad, ni del riesgo propio del acto médico implicaría simplemente imponer a la víctima la carga de la prueba de la falla del servicio.

G.- ¿Qué debe probar la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad?

Para desvirtuar la presunción que imputa en principio el daño a la entidad demandada ésta debe demostrar:

A) Una causa extraña, que bien puede ser la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero; o,

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 1995, actor Virgilio Durán Rizo, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

B) La ausencia de culpa, que se traduce en demostrar el comportamiento diligente del servicio. La posibilidad de exonerarse de responsabilidad probando la ausencia de culpa es lo que, como ya se dijo, diferencia la presunción de falla de la de responsabilidad, en la cual esta prueba no sirve para dicho fin.

Sobre este punto, ha dicho la jurisprudencia:

"2.- De las pruebas anteriores, se deduce que la intervención quirúrgica a la que debió ser sometida la paciente en la Clínica Marly (histerectomía o extracción del útero), perdiendo el órgano de gestación y por lo tanto la posibilidad de procrear nuevamente, fue consecuencia directa de la cesárea que se le practicó en la CLÍNICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN. Dichos medios probatorios permiten a la Sala entonces concluir que el perjuicio recibido por la demandante tuvo origen en el servicio prestado por la entidad demandada, lo que hace entonces presumir que dicho servicio fue inadecuado".

"3.- Frente a tal presunción, le correspondía a la entidad demandada, para eximirse de responsabilidad, demostrar la existencia de fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; o bien acreditar su comportamiento diligente que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño".

"No era pues, a la parte demandante, a quien tocaba demostrar la negligencia que dio origen al perjuicio sufrido por la víctima como consecuencia de la intervención quirúrgica. Era a la parte demandada a quien correspondía aportar la prueba de su diligencia en dicha intervención".

"Se reitera aquí lo expuesto por la Sala en la sentencia del 24 de junio de 1994, expediente N°. 8940; actor, EDELMIRA CASTAÑEDA DE MUÑOZ, ponente Carlos Betancur Jaramillo."

*"En casos como el presente, la sala ha manejado el asunto con base en la tesis de la falla presunta. En tales condiciones la demandante sacará adelante sus pretensiones si demuestra que la administración le prestó el servicio y que esa prestación le produjo un daño; y la demandada se exonerará si logra establecer que **actuó con la diligencia y cuidado que requería el caso o que todo se debió a fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o al hecho del tercero, también exclusivo y determinante**"⁴³.*

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 1995, exp. N°. 9142, actor, Virgino Durán Rizo, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

La prueba de la ausencia de culpa se entiende cumplida con la demostración de que la entidad prestó adecuadamente el servicio; o, que ella dio cumplimiento a las obligaciones de medio que le incumbían en el objetivo propuesto, el cual depende de la naturaleza de la enfermedad y de la acción que ella requería.

Sobre este punto, expresa la jurisprudencia:

“La prueba de diligencia para destruir dicha presunción, no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada”.

“Refiriéndose al cumplimiento de la obligación del médico, la doctrina señala que dicha prueba consiste en ‘demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámese los medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso etc. Véase cómo todos estos actos son precisos y determinados previstos por el arte médico según el caso. Sucede que el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final) pero si se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico (con miras a obtener el resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación)”. (Felipe Vallejo - La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N°. 300-301 mayo-noviembre de 1993, página 33)⁴⁴.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 1995, exp. N°. 9142, actor Virgino Durán Rizo, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Quiere decir lo anterior, que no es cierto que al médico le corresponda reconstruir científica y exactamente la etiología del daño sufrido por el paciente para poder desvirtuar la presunción. Para arribar a tal fin, le basta simplemente con demostrar que cumplió con su obligación (la de medios); que obró con la diligencia y cuidado que le imponían sus conocimientos médicos, pues ese es su deber, el cual, como ya se dijo, no puede implicar la garantía de un resultado.

Sobre este punto se ha señalado que, en algunos casos la prueba de la simple diligencia no servirá en realidad para demostrar que no fue la culpa del médico la que causó el daño. El doctor Javier Tamayo Jaramillo, opina al respecto que *“Acudir a la buena calidad de los equipos, a la ausencia de antecedentes similares o a los estudios realizados por el médico implicado como formas de confirmar o desvirtuar la presunción, es acudir a una fingida presunción. Ello no elimina la posibilidad de que el médico haya cometido alguna imprudencia en ese instante final y definitivo”*⁴⁵.

Sin pretender refutar en forma absoluta dicha objeción, creemos que aquí debe recordarse que la víctima puede exigirle al Estado el adecuado cumplimiento de la prestación del servicio médico, sin que pueda demandar de él una obligación de resultado al prestar dicho servicio. El daño que ella recibe, será antijurídico en la medida en que no esté en la obligación de soportarlo y ella debe soportar el daño que, no obstante la prestación diligente del servicio, ha recibido, pues probado el buen servicio, se estima que dicho daño obedeció a la realización del riesgo propio que implica precisamente la naturaleza de la actividad médica.

Obviamente, tal estimación puede no corresponder a la realidad y pueden presentarse casos en los que no obstante estar demostrada la diligencia en el servicio, una imprudencia “en el instante final” fue la causante del daño, que en tal caso evidentemente tendría el carácter de antijurídico.

Aquí creemos que la justicia de la decisión dependerá del grado de exigencia que requiera el juez, en el caso concreto, respecto de la prueba de la diligencia con que se prestó el servicio médico. Dicho grado no podrá ser tan estricto que no permita en forma alguna que la presunción se desvirtúe, ni tan laxo que mediante una muy simple prueba de diligencia como la que plantea en el ejemplo del doctor Tamayo pueda ser suficiente para exonerarlo.

Pero, aún admitiendo la posibilidad de que se presenten soluciones injustas, en los casos en que, probada la diligencia, se absuelva a la entidad no obstante haberse producido una falla médica, “de último instante”, creemos

⁴⁵ Javier Tamayo Jaramillo, *Sobre la Prueba de la Culpa médica en derecho civil y administrativo*. 1ª. edición 1995, Biblioteca Jurídica Diké, pág. 108.

que la presunción como regla general no puede dejar de ser planteada por dicha razón. Las otras soluciones, que serían la de eliminar la presunción de la falla o transformarla en una presunción de responsabilidad (en la forma expuesta por la Corte al considerarla, como actividad peligrosa, a la que antes nos referimos) serían extremas y conducirían a injusticias más graves.

Por último, debe aquí recordarse que la prueba de la ausencia de culpa, nunca puede ser en realidad una prueba perfecta, pues aquí lo que el médico evidencia, mediante la demostración su diligencia y el adecuado cumplimiento de sus obligaciones de medio es simplemente que el daño no ha tenido origen en su falta, sin que tenga que demostrar exactamente cuál fue la causa del daño recibido por el paciente, pues si logra esta última demostración, estaría acreditando una causa extraña (el hecho del propio paciente, por ejemplo) que lo exoneraría directamente de responsabilidad, afirmar simplemente que el daño no se causó por mi culpa significa simplemente que el riesgo propio de la naturaleza que implica la obligación médica se presentó, será siempre afirmar una negación indefinida cuya prueba no puede ser absoluta.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado”.

*“Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque cuando es conocida no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo; demostrar que tales o cuales culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, **por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta:***

*imperfecta porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa del daño tiende a certificar por eliminación que no es una culpa*⁴⁶.

H.- La existencia de riesgos connaturales a la intervención médica, constituye un aspecto científico que debe acreditar la entidad demandada.

Resulta evidente que cuando el daño que sufre la víctima es producto de la verificación de un riesgo que era previsible por la naturaleza de la intervención, pero que era necesario correr para lograr la finalidad pretendida con la misma, la responsabilidad de la entidad estatal no puede resultar comprometida.

Sobre el punto, la jurisprudencia ha dicho:

“En estos casos hay riesgos que debe correr el paciente según la ley 23 de 1983, art. 16 ‘la responsabilidad del médico por reacciones adversas inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irán más allá del riesgo previsto”.

“A su vez, el decreto reglamentario 3380 de 1981 de la ley ibídem, en su art. 13, reza: ‘Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisibles, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil prevención dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”⁴⁷.

Pero, la existencia de tales riesgos, constituye un hecho científico que el juez administrativo no está obligado a conocer y por ende su demostración corre a cargo de la entidad demandada, para que sea viable la exoneración de su responsabilidad por esta causa.

Sobre el punto, ha dicho la Sala:

“En el sub iúdice, la entidad demandada no acreditó el cumplimiento diligente de su obligación para poder exonerarse de responsabilidad. La afirmación hecha en la contestación de la demanda en el sentido de que en este tipo de operaciones es necesario interrumpir el riego sanguíneo momentáneamente para tener visualización, lo que implica riesgos de complicaciones por el déficit sanguíneo en el

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 30 de noviembre de 1935, ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel, G.J. Nos. 1.905 y 1.906 XLIII, pág. 182.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 1995. Consejero ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

nervio, que se presentan en una por mil intervenciones, no tiene ningún respaldo probatorio en el proceso”.

“No está demostrado en el expediente que esta intervención quirúrgica significaba tal riesgo; que no obstante esto la intervención quirúrgica realizada era el único procedimiento al que podía acudir para obtener la curación del paciente; que el propio paciente tenía conocimiento de tal situación; y, que la intervención fue practicada correctamente, con la utilización de equipos y personal idóneos para tal fin”⁴⁸.

“La afirmación hecha por la parte pasiva, en el sentido de que el tratamiento era adecuado, que la dosis de Blenoxan no producía efectos potencializadores, está huérfana de prueba en el expediente, ella no es, como se afirma en el recurso de apelación, ‘de público conocimiento’; todo lo contrario requiere de un dictamen que implica conocimientos especializados que debió ser solicitado por la demandada para acreditar dichas afirmaciones”⁴⁹.

“5.- Ahora bien, la Sala no puede aceptar el argumento del apelante, que señala que la infección post-cesárea presentada por la paciente constituye un riesgo inherente en este tipo de intervenciones, a pesar de las óptimas condiciones de asepsia del lugar donde ella se practicó, porque dicho argumento carece de respaldo probatorio en el proceso, porque la parte demandada no aportó ningún elemento probatorio que permitiera deducir que la cesárea se practicó en las condiciones afirmadas por el recurrente”⁵⁰.

1.- La falla presunta es una presunción jurisprudencial.

Consideramos importante señalar que la jurisprudencia analizada no puede entenderse adecuadamente si no se precisa que ella no ha sido establecida por el legislador, sino que es meramente una regla de valoración probatoria enunciada por la jurisprudencia.

Lo anterior no sólo quiere decir que es desvirtuable o destruible mediante la demostración de la prueba en contrario, sino que, además, ella no constituye una regla probatoria rígida u obligatoria para el juez administrativo, sino simplemente un criterio de valoración, en la medida en que la propia

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, demandante, Ramiro Gómez Suárez, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, exp. N° 9220, actor, Martha Pérez, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 1995, actor Virginio Durán Rizo, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Constitución Política en su artículo 230 dispone que “Los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley” y agrega que “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Acercas de la naturaleza de las presunciones judiciales, llamadas por la doctrina norteamericana “inferencias”, vale la pena transcribir aquí las siguientes anotaciones del profesor Jairo Parra Quijano:

“Cuando la presunción la elabora el juez se llama presunción judicial o de hombre y le sirve a éste para la valoración de las pruebas, pero no es un medio de prueba ni se puede confundir con el indicio; ya que este es un hecho y la presunción un razonamiento...”

“...Dice la doctrina norteamericana: ‘Aunque las palabras inferencia y presunción son usadas algunas veces intercambiamente, de ninguna manera son sinónimos. Una inferencia es una conclusión en cuanto a la existencia de un hecho por la consideración de otros hechos en el curso usual del razonamiento humano. Con una inferencia si el hecho A se establece, el hecho B puede ser deducido del hecho A a través de razonamiento y lógica. Una inferencia es así, una deducción que puede colegir quien busca establecer los hechos conforme a su propia discreción aunque no es requisito colegirla como materia legal”.

“...La doctrina norteamericana llama inferencia a lo que nosotros llamamos presunción judicial u hominis, y tan cierto es lo anterior que se dice: **‘El efecto compulsivo de una inferencia, si tiene alguno, está basado enteramente en la lógica y experiencia, no en la ley’**⁵¹.

Acercas de la aplicación racional de la presunción, la Sala ha dicho:

“Verdades de este temperamento obligan al fallador a apreciar la prueba a la luz de las reglas que informan la sana crítica, es decir, con un sentido lógico y un prudente arbitrio que torne armónico y creíble el plexo de los hechos. Es por ello que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:”

“Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación el mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, DETERMINAR PRESUNCIONES HOMINI DE CULPA CONTRA LA PARTE QUE OBSERVÓ UNA CONDUCTA PASIVA PARA DEMOSTRAR SU NO CULPA

⁵¹ Jairo Parra Quijano, Tratado de la prueba judicial, Indicios y Presunciones Tomo IV, Ediciones Librería del Profesional, primera edición 1990, pág. 89.

CUANDO SE HALLABA EN CONDICIONES MÁS FAVORABLES DE HACERLO (Favor probationes) que el accionante, A SU VEZ PARA PROBAR LA CULPA DEL DEMANDADO. Esta aplicación del concepto de CARGA PROBATORIA DINÁMICA ES DE EXCEPCIÓN, pero sin duda se compadece con el criterio de EQUIDAD en la relación procesal entre las partes (Teoría General de la Responsabilidad Civil. Octava Edición, Abeledo Perrot, pág. 497)⁵².

Por tal razón, se afirma ahora, la presunción enunciada no es automática, ni se elaboró para ser aplicada sin que medie la reflexión, la lógica y el análisis del caso concreto sometido al juzgador; sobre todo, ella debe ser aplicada sólo en los casos en que las circunstancias específicas del caso concreto coincidan con los parámetros establecidos en la sentencia. Así no puede afirmarse, por ejemplo, que en todos los casos el médico se encuentre en mejor disposición que el paciente para probar la ausencia de culpa, que es el sustento de la presunción, pues como se señala en la sentencia que enuncia la pretensión *"no se puede desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones"*. En tales casos, ella no podrá aplicarse puesto que sería irracional pretender exigir al médico aportar una prueba de un hecho cuando aparece claro que no puede hacerlo o cuando está establecido que quien se encontraba en mejores condiciones de hacerlo era la propia víctima.

J.- Qué debe probar la entidad para que el agente (médico) resulte condenado.

Habiéndose señalado anteriormente la distinción entre la responsabilidad de la entidad estatal y la del médico que obra como su agente, y que para comprometer la responsabilidad de este último se requiere demostrar la relación de causalidad entre su conducta y el daño y acreditar que dicha conducta estuvo acompañada de dolo o culpa grave, resta solamente agregar las siguientes precisiones hechas en este campo por la jurisprudencia:

A) De una parte, se ha señalado expresamente la obligación del juez administrativo de decidir acerca de la responsabilidad del médico cuando éste ha sido llamado en garantía por la entidad demandada, teniendo en cuenta que tal decisión solo debe deferirse a un proceso subsiguiente, en los casos en que en el médico no haya sido citado al proceso adelantado contra la entidad.

"En este punto, observa la Sala tiene razón la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAUL al señalar en su recurso de

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 1994, exp. N.º 7973, actor, Gonzalo Antonio Acevedo Franco, ponente, Dr. Julio César Uribe Acosta.

apelación que el Tribunal debía pronunciarse en la sentencia de primera instancia acerca de la responsabilidad de quienes fueron vinculados al proceso en virtud del llamamiento en garantía”.

“La resolución respecto de dichas partes no podía limitarse a disponer que la entidad puede repetir contra el llamado en garantía. No tiene sentido citar al llamado en garantía al proceso y no tomar ninguna decisión respecto de dicha parte; ello por lo demás contraviene lo dispuesto en el artículo 56 del C. de P.C., aplicable al llamamiento en garantía por disposición del artículo 57 del mismo código, que dispone que *“en la sentencia se resolverá cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial que existe entre el denunciante y el denunciado y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo de éste”*.

“Si de las pruebas obrantes en el proceso surge que el llamado en garantía debe responder por todo o por parte de la condena impuesta a la Administración, la sentencia deberá disponer que, una vez pagada dicha condena al actor, la entidad deberá repetir, por la totalidad por la proporción que en la propia sentencia se señale, contra el agente llamado en garantía”⁵³.

B) De otra parte, la jurisprudencia ha resaltado, frente a la conducta de las entidades públicas, que resulta contradictorio que al comparecer al proceso, de una parte se opongan a las pretensiones indemnizatorias de la víctima fundamentándose en la ausencia de falla y al mismo tiempo formulen llamamiento en garantía contra el médico tratante, lo que implica reconocer que el daño se originó en su culpa grave o dolo y por ende la responsabilidad estatal resulta comprometida. Pareciera aquí, a nuestro modo de ver más coherente y prudente que la decisión de vincular al propio médico, en estos casos se adoptará luego de adoptada la decisión en el proceso adelantado contra la entidad, en el caso de que ésta resulte condenada.

Sobre el punto se ha señalado:

“Para que el agente resulte condenado, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, debe acreditarse que el daño que dio origen a la indemnización fue causado por una conducta suya, dolosa o gravemente culposa”.

“En el sub iúdice, la Entidad demandada no acreditó que el daño sufrido por la víctima hubiera sido ocasionado por una conducta dolosa o gravemente culposa de la institución que se encargó directamente de realizar el tratamiento de radioterapia”.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, exp. N°. 9220, actor, Martha Pérez, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

“La propia demandada al contestar la demanda señaló que ‘no hubo CULPA DIRECTA por parte de la doctora Martha Cecilia Betancur, ya que los síntomas de complicación se presentaron desafortunadamente el último día de realizar las sesiones de radio terapia, por lo tanto imposible de controlar en ese momento, hecho que no es normal ni usual en la mayoría de pacientes sometidos al mismo tratamiento...’⁵⁴.

C) Por último, se ha señalado expresamente que sólo la culpa grave o el dolo compromete la responsabilidad del médico agente estatal; y que, apareciendo probada una negligencia suya al origen del daño, que no tenga tal carácter, no es procedente imponer condena en su contra.

“La decisión de primera instancia, consistente en absolver de responsabilidad al médico llamado en garantía, será también confirmada en esta instancia, pues para que el agente resulte condenado, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, debe acreditarse que el daño que dio origen a la indemnización fue causado por una conducta suya, dolosa o gravemente culposa, extremos éstos que no fueron establecidos frente al doctor CARLOS E. RODRÍGUEZ G., que fue el médico que llevó a cabo la intervención quirúrgica; por el contrario, al contestar la demanda dijo que el citado médico ‘actuó conforme a sus conocimientos, experiencia y ética profesional’ ”.

“Comparte la Sala lo expresado en este punto por el Tribunal de primera instancia. Así, se lee:”

“La responsabilidad frente al Estado, en estos casos, surge para el agente cuando el daño que debe indemnizar la administración ha sido de una conducta positiva, o por omisión, dolosa o gravemente culposa del agente. No se trata de una obligación de reembolso que surja automáticamente por el mero hecho de haber sido condenado el Estado a resarcir perjuicios. El régimen jurídico aplicable a esta responsabilidad del agente está basado en la culpabilidad, lo que excluye cualquier responsabilidad objetiva”.

“Quien realiza el llamamiento en garantía adquiere frente al llamado la calidad de demandante, para que en el mismo proceso se decida sobre la relación jurídica que el llamamiento señala como existente entre ellos. Por lo anotado corresponde al autor del llamamiento en garantía la carga probatoria que para las partes consagra el artículo 177 del C. de P.C.”.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, exp. N° 9220, actor, Martha Pérez, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

“Uno de los supuestos de la responsabilidad de reembolso en el ente estatal (o el asimilado a éste) es el haber procedido con dolo o culpa grave. En el caso presente no aparece ninguna prueba, así fuese con fuerza de mero indicio, que el cirujano hubiera procedido con dolo, o con culpa grave. Esta circunstancia por sí sola impide la prosperidad de la pretensión formulada en el llamamiento en garantía”⁵⁵.

“A juicio de la Sala, la no exigencia de información adicional al médico tratante no puede constituir ni dolo ni culpa grave de la cual pueda deducirse responsabilidad en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, pues en cierta forma el radioterapeuta ejecuta una orden del médico que ha dispuesto un tratamiento y sobre el cual previamente ha evaluado su conveniencia, siendo en realidad su obligación advertir las circunstancias especiales que deben ser tenidas en cuenta por quien lo aplicará”⁵⁶.

A manera de conclusión:

1.- Consideramos que el establecimiento de la falla presunta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, representa sin duda alguna un importante avance en la materia, sobre todo dentro de la perspectiva de la protección de las víctimas como desarrollo del principio establecido en el artículo 90 de la Constitución Nacional.

2.- Indudablemente en el campo de la responsabilidad médica, son muchas las materias en que deberá avanzar la jurisprudencia y muchos los supuestos fácticos que pronto llegarán a los estrados judiciales, especialmente derivados de enfermedades como el Sida que requerirán de un trabajo interdisciplinario como el que advertimos en la introducción.

3.- Frente a los temas jurídicos que deben ser profundizados, creemos importante hacer referencia a dos de ellos:

A.- La legislación vigente (ley 23 de 1981 y decreto 3380 del mismo año) no ha sido todavía suficientemente decantada, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

B.- En cuanto a los médicos, así como frente a todos los agentes estatales, aún no ha sido definido claramente que ellos no puedan ser

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, actor Ramiro Gómez Suárez, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1995, exp. N° 9220, actor, Martha Pérez, ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

demandados directamente ante la jurisdicción ordinaria en acción directa y no de repetición, punto este en el cual hay diversas posiciones, debiendo advertirse que el art. 90 consagró como derecho en su favor el no ser condenado por conductas que no estén acompañadas de dolo o culpa grave; y, sería ilógico, que ante la jurisdicción ordinaria estos resultaran condenados patrimonialmente por cualquier tipo de culpa en virtud de demandas formuladas directamente en su contra.

4.- El desarrollo jurisprudencial debe mirar adelante; regresar a la culpa probada en responsabilidad médica sería indudablemente retroceder y desconocer la tendencia del derecho comparado en esta materia. Por el contrario, creemos que la tendencia debe ser ampliar el concepto de la antijuridicidad en la falla médica, restringida por ahora solo a la responsabilidad por falla y considerar algunos casos en que ella pueda tratarse como responsabilidad objetiva.

Aquí debe tenerse en cuenta a, manera de ejemplo, que en el derecho Francés, se han establecido legislativamente como regímenes de responsabilidad objetiva, los siguientes: el régimen de indemnización para los donantes en materia de transfusión sanguínea (ley del 21 de julio de 1952); la indemnización resultante de vacunas obligatorias (ley 64-643 del 1º de julio de 1964); indemnización de daños resultantes de investigaciones bio-médicas (ley 88-1138 del 20 de diciembre de 1988); y, en materia jurisprudencial, también en Francia se distinguen en la jurisprudencia del Consejo de Estado cuatro grandes categorías de presunciones: los daños imputables a vacunaciones, los actos de curación corrientes, las fallas de asepsia y los accidentes diversos (enunciada esta última en un caso de quemaduras).⁵⁷

La misma doctrina francesa contemporánea, sobre este punto ha señalado:

"Hoy el médico ha sido desacralizado frente a una medicina convertida en todopoderosa. Su autoridad social es refutada: el médico, señala Lucien Israel, ha dejado de ser un ser divino para convertirse en un ingeniero. Y de la manera más natural hoy se le exigen más cosas que antes. Los hombres han rápidamente dejado de sorprenderse de sus poderes para solamente quejarse de que ellos sean aún muy pocos y muy imperfectos. De ello resulta un cambio de actitud del enfermo. Este último no se resigna más. Él se vuelve más exigente frente a su enfermedad. Él espera un resultado del acto terapéutico".

⁵⁷ En este sentido puede consultarse a Marcel Sousse, La notion de réparation de dommages en droit administratif français, Bibliothèque de Droit Public. T. 174, Paris 1994.

El proyecto de ley denominado Proyecto Paul Legatte, presentado en Francia, en su artículo primero señala:

Art. 1º: Todo daño que resulte en Francia, sea de la organización del servicio de curación, sea de la ejecución o de la no ejecución de un acto de carácter médico, abre al enfermo un derecho a reparación, si la persona demandada no establece haber actuado con diligencia y competencias normales, teniendo en cuenta las circunstancias, apreciadas en el caso particular del enfermo”.

Y, en su exposición de motivos se expresa:

“Hoy aparece indispensable introducir un principio de responsabilidad objetiva reposando sobre la idea de que el daño resultante de prestaciones o de servicios médicos defectuosos es un riesgo de sociedad que debe ser equitativamente cubierto, independientemente de toda noción de falta”⁵⁸.

Santafé de Bogotá, D.C., abril de 1996.

