

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
POR ERROR EN EL DIAGNÓSTICO MÉDICO**

CAROLINA PAZ BOTERO

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
TRABAJO DE GRADO
MEDELLÍN
2018**

CAROLINA PAZ BOTERO

**TRABAJO DE GRADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE ABOGADO**

**MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE (ABOGADO)
ASESOR TRABAJO DE GRADO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
TRABAJO DE GRADO
MEDELLÍN**

2018

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado:

Firma del jurado

Firma del jurado

DEDICATORIA

Este proyecto está dedicado a mis padres, por darme su apoyo incondicional durante todo mi proceso de formación y creer en mí siempre.

A mis hermanas, quienes me ayudaban a preparar los exámenes en los inicios de mi carrera, aun cuando no era de su interés lo que estudiábamos.

A Dios, por darme la fuerza para iniciar y culminar este camino de la mejor manera posible.

AGRADECIMIENTOS

A mi profesor Maximiliano Aramburo que, contra todo pronóstico, decidió ayudarme en este proyecto, pese a sus múltiples compromisos. Valoro infinitamente su voluntad de apoyarme a sacar adelante este trabajo.

CONTENIDO

1.	Abstract.....	7
2.	Introducción.....	8
3.	Breve reseña del surgimiento de la responsabilidad civil, del Estado y la médica.....	9
4.	Breve recuento de la concepción actual de la responsabilidad médica en ambos regímenes, según la doctrina.....	13
5.	Análisis de la evaluación realizada por la Corte Suprema de Justicia frente a la responsabilidad civil en sentencias sobre error de diagnóstico médico.....	36
6.	Análisis de la evaluación realizada por el Consejo de Estado frente a la responsabilidad estatal en sentencias sobre error de diagnóstico médico.....	66
7.	Hallazgos preliminares.....	95
8.	Conclusiones.....	104
9.	Referencias	108

1. RESUMEN/ABSTRACT

En el presente artículo busca hacer el análisis comparativo de diversas sentencias de las altas cortes de la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, en las que el foco de discusión es el errado diagnóstico médico. El trabajo está construido a partir de dos sentencias base, una del Consejo de Estado y otra de La Corte Suprema, ambas del año 2016, que por tener supuestos de hecho estrictamente similares se toman como centro de la investigación. A partir de ahí, se hace un estudio retrospectivo, con sentencias previas con semejantes supuestos de hecho de ambas corporaciones, con el fin de dilucidar las similitudes o diferencias existentes en el análisis que hacen las altas cortes para constituir una responsabilidad por errado diagnóstico médico.

Palabras clave: jurisdicción ordinaria, jurisdicción contencioso administrativa, error de diagnóstico médico, responsabilidad civil, responsabilidad del Estado.

2. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende estudiar cómo se efectúa la evaluación de responsabilidad en ambos regímenes jurídicos, a partir del análisis de sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en las que se discutió sobre el error diagnóstico médico, con el fin indagar las similitudes y diferencias en la toma de decisión al respecto de condenar responsabilidad (de cualquier naturaleza), puesto que de ello se deriva la reparación del daño a un sujeto específico.

La investigación es relevante en la medida en que pretende recolectar los fundamentos que rigen la responsabilidad civil y la estatal en la jurisprudencia, para de esta forma determinar si efectivamente deben considerarse dos sistemas absolutamente autónomos y diferenciables y cuál es la justificación para que así sea, si hemos de entender que de la calificación de responsabilidad se deriva el resarcimiento o no del daño a un bien jurídico equivalente, sin interés del tipo de responsabilidad a que se refiera.

Para lo anterior, en principio, se hará un recorrido sucinto por la historia de la institución de la responsabilidad civil y del Estado, así como una introducción a lo que constituye particularmente la responsabilidad médica, con miras a que el lector se familiarice con el contexto histórico y comprenda la relevancia del derecho de daños, en especial a los causados en virtud de la actividad galénica.

Seguidamente, se reseñará a grandes rasgos el estado del arte de la doctrina colombiana en cuanto a ambos tipos de responsabilidad, con miras a que en un apartado posterior se verifique si efectivamente, en las sentencias de las altas cortes de ambas jurisdicciones, se evidencia una verdadera bifurcación en la forma como se estructura la responsabilidad, específicamente en el caso de errado diagnóstico médico.

Se concluirá exponiendo los resultados obtenidos de tal estudio y dejando de presente las implicaciones que pueda tener para esta institución jurídica en específico.

Por último, se quiere dejar claro de antemano que, el presente análisis no toca lo concerniente a las formas de reparación del daño, así como tampoco se preocupa por cotejar los montos indemnizatorios en cada jurisdicción. Por el contrario, se dedica a analizar comparativamente, la evaluación de los criterios que se consideran en las sentencias de error de diagnóstico médico, es decir, el análisis previo al reconocimiento de perjuicios por la existencia de determinado daño.

3. BREVE RESEÑA DEL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, DEL ESTADO Y LA MÉDICA

3.1. Aclaración preliminar

Es preciso poner de presente de antemano al lector, que este apartado del texto no pretende hacer un recuento detallado de la historia del surgimiento y evolución de la responsabilidad civil, sino contar brevemente el origen histórico tanto de la responsabilidad civil como la estatal para que el lector se familiarice con el surgimiento de la institución. Finalmente, se hará una introducción al nacimiento de la responsabilidad civil médica como especie dentro de la responsabilidad en general, por ser el núcleo fundamental de este trabajo.

3.1.1. Del surgimiento de la responsabilidad civil en general

El hombre primitivo sustentaba la restauración de su orden precario afectado por la acción de alguno de sus miembros e incluso de un sujeto externo a partir de la venganza. Tal medio podía ser ejercido individualmente por la víctima directa, o también de forma colectiva por medio de la tribu o familia. En la mayoría de las ocasiones tal resarcimiento resultaba desproporcional al daño que hubiera podido causarse, pues no existía un orden imparcial y superior al que recurrir para resolver las controversias entre los miembros de una o más comunidades¹.

Posteriormente la venganza es modulada y si bien se devolvía mal por mal, la represalia debía ser equivalente al daño que se causaba, es decir, el tradicional "ojo por ojo, diente por diente" de la Ley del Talión².

No obstante, la sociedad fue descubriendo paulatinamente que devolver el mismo mal al agente dañador no servía propiamente a la víctima, pues el perjuicio, si bien replicado al otro sujeto, no constituía un verdadero resarcimiento del daño.

En ese sentido, surge la *compositio* o composición privada, que consistía en la posibilidad de resarcir el perjuicio en especie inicialmente y luego en dinero; de forma voluntaria, cuando el "agresor" proponía tal compensación, o de manera obligatoria, cuando el *pater familia* la exigía, incluso aun en contra de la voluntad

¹ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ RAVE, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. Undécima edición. Bogotá: Temis, 2003. p. 46

² Ibid., p.46

del responsable. De esta forma se reparaba al ofendido y se evitaba la venganza privada³.

Tiempo después, los romanos le dieron a la institución de la responsabilidad civil uno de sus más grandes aportes, la *Lex Aquilia* (primer documento legislativo que reglamentó de forma racional la responsabilidad delictual y cuasidelictual⁴). Es de resaltar que dicha Ley no concibió un principio general de daños, sino que se configuró como un conjunto de retazos con soluciones prácticas para problemas específicos, con una serie de requisitos para aspirar a su aplicación⁵. Y sería, el código de Justiniano el que tiempo después se encargó de compilar, entre otras cosas, las siete centurias que tuvo el derecho romano desde la Ley Aquilia, permaneciendo fiel al método casuístico pero multiplicando las acciones destinadas a reprimir los hechos dañinos y a reparar sus consecuencias⁶.

En ese sentido podría decirse que, del derecho romano se ha podido extraer tres principios para la institución de la responsabilidad civil que se resumen en: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *alterum non laedere*, (no dañar al otro)⁷. De aquí se desprende que la vida en sociedad está enmarcada por la necesidad de convivencia, que se traduce en no causar daños a otros pues de ello se deriva un deber de dejar a ese tercero en una situación si quiera parecida a la que se encontraba antes del evento causante del daño.

Ahora en lo que respecta a la tradición Bárbara, la otra referencia jurídica que inspiró el derecho francés - nuestro referente más fuerte dentro del civil law-, hay que decir que contó con una ley muy importante llamada "Ley Sállica". Esta consistía básicamente en tarifas de composición para una serie de delitos, cuyo monto se fijaba de acuerdo con la naturaleza del daño y de la condición social de la víctima⁸.

Las penalidades por los delitos que concebía dicha ley se conocían como *Wergeld* y desempeñaban un papel dual; el papel de pena y el de indemnización, puesto que no se distinguía entre la responsabilidad civil y la penal (al igual que en Roma). Confusión que llegaría al derecho franco en su etapa primitiva⁹.

³ Ibid., p. 47

⁴ TAPIA SUÁREZ, Orlando. De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Segunda edición. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006. p. 20

⁵ ALMODÓVAR MALDONADO, José. Evolución de la Responsabilidad Civil: Una aproximación. [online]. Puerto Rico: UPR – Ponce, 2013. p.10

⁶ VINEY, Genevieve. Tratado de Derecho civil. Traducido por MONTOYA MATEUS, Fernando. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 29

⁷ LÓPEZ HERRERA, Eduardo. Introducción a la Responsabilidad Civil. En: BUSTAMANTE, ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena edición. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1997. p. 1.

⁸ VINEY, Op. cit., p. 30

⁹ Ibid. p. 31

Por su parte, el advenimiento de la Edad Media trajo consigo el influjo del cristianismo en el ámbito jurídico, en especial en el campo de la sanción y reparación de los delitos, tomado de canonistas como Santo Tomás, quienes pretendían infundirle al derecho una nueva inspiración surgida de los principios del evangelio. De esta forma, confluye el redescubrimiento de los jurisconsultos romanos en las universidades, con el intento de interpretar esos textos bajo un espíritu cristiano; lo que llevó, a remodelar soluciones romanas a la luz de la responsabilidad moral¹⁰.

El primero en llevar a cabo un trabajo de tales características fue Domat, a quien los redactores del Código Civil francés toman como una de sus más grandes influencias. Este autor fue el primero en presentar un principio general de responsabilidad, basado en la noción de la culpa civil, durante el siglo XVII, logrando hacer un balance de la experiencia adquirida a lo largo de las centurias anteriores en materia de derecho de daños.

De esta manera, el autor logra aportar un sistema coherente de responsabilidad, ordenada alrededor de principios fundamentales¹¹ que abandonan la tipicidad y casuística proveniente de las tradiciones jurídicas ya mencionadas, así como proponiendo la constitución de la culpa como elemento crucial dentro de esta institución jurídica¹². Más adelante, otros autores como Pothier impactarían la redacción del Código Civil francés con la distinción en la forma de responder frente a un daño causado con diferente grado de culpabilidad, entre otras cuestiones¹³.

Ya a nivel latinoamericano, Andrés Bello se inspira mayoritariamente en el código civil francés para redactar el chileno, que entre otras cosas es de donde copiamos casi exactamente nuestra legislación civil. Particularmente en materia de derecho de daños, se transcribieron veinte de veintidós artículos con que contaba el código chileno en esta materia. Se deja por fuera el artículo 2331, referido a la indemnización por las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito. Cabe indicar al lector, que está clara la razón para la exclusión de ese único artículo en materia de responsabilidad civil del código civil chileno¹⁴.

Adicionalmente hay que decir que, dicho código se apoyó en la vieja legislación española para darle una mayor extensión y resolver cabos sueltos en materia de responsabilidad civil del código francés. Se incluyeron cuestiones como la

¹⁰ VINEY, Op. cit., p. 32

¹¹ Ibid.

¹² URIBE, Op. cit., p. 96

¹³ VINEY, Op. cit., p. 37

¹⁴ URIBE, Op. cit., p.101

responsabilidad solidaria de los coautores, la responsabilidad del ebrio, la de los menores de 7 años y los dementes, entre otras¹⁵.

Todo lo antes descrito, se tiene como ilustración breve pero suficiente de los momentos históricos que mayor influencia han tenido sobre la institución de la responsabilidad civil; lo cual, pretendía servir de contextualización general para el lector por el resto del texto.

3.1.1. El devenir de la responsabilidad del Estado

Ya habiendo estudiado el surgimiento de la responsabilidad civil, es importante escudriñar al otro lado del espectro, donde habrá de encontrarse la llamada responsabilidad extracontractual del Estado, institución que surgiría en principio de los fundamentos del derecho privado, pero que con el tiempo iría tomando forma propia.

Para identificar sus inicios habría que volver hasta antes de la Revolución francesa, en donde el refrán inglés "the King can do no wrong" representa el imaginario de la época, en donde el monarca casi como un actor divino, nunca causaba daño¹⁶.

Con la Revolución Francesa, a pesar de los principios de liberalidad que surgían como consecuencia de los cambios que ocasionó la misma, no se logró modificar la concepción previa, pues se entendía que los privilegios del príncipe pasaban automáticamente al nuevo orden, y con ello la idea de que el Estado no causa daño, pues es el soberano¹⁷.

Fue tan solo con la llegada de la Revolución Industrial que hizo que el Estado interviniera en actividades que antes no hacía, lo que derivaría en daños de su parte y por supuesto en la necesidad de repararlos; de aquí que se empiece a pensar en la aplicación de los principios de responsabilidad civil a los daños causados por el Estado¹⁸.

Sin embargo, el gran paso para lograr una verdadera bifurcación entre la responsabilidad civil y la estatal lo dio Francia con el famoso fallo Blanco; puesto que por primera vez se aparta de los criterios civiles para juzgar los daños estatales y le empieza a dar estructura a este régimen como institución independiente. Específicamente en ese fallo el Tribunal de Conflictos francés expresó:

¹⁵ URIBE, Op. cit., p. 100

¹⁶ IRRISARI BOADA, Catalina. El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado colombiano. Bogotá: Universidad Javeriana, 2000. p. 45

¹⁷ Ibid., p. 46

¹⁸ IRRISARI, Op. cit., p. 46

“La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares”¹⁹.

En ese sentido, el triunfo del pensamiento liberal y de la idea de Estado de derecho permite forjar dos de los principios sobre los que se funda la responsabilidad estatal. El primero es que el Estado actúe conforme a la ley (principio de legalidad) y el segundo es que responda por los perjuicios que ocasione en su actuar (principio de responsabilidad)²⁰.

En Colombia particularmente hasta finales del siglo XIX el Estado no era responsable por ningún perjuicio que pudiese causar. Sin embargo, con la Constitución de 1886 se retoma la institución del Consejo de Estado, instaurado por Simón Bolívar con carácter de órgano consultivo, pero esta vez posicionándolo como juez de la administración²¹.

Dicho órgano fue creado y desechado en varias oportunidades desde su creación; con lo cual, solo fue hasta la expedición de la Ley 130 de 1913 que se dio cumplimiento a la obligación perentoria consignada en el Acto legislativo 3 de 1910 de establecer la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, tal institución comenzaría a regir en 1914, acompañada ahora de un acto reformativo de la Constitución, en donde se restablece el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo²².

Aun así, la primera manifestación de la responsabilidad del Estado en Colombia la da la Corte Suprema en una sentencia de 1896 donde expuso: *“Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito*

¹⁹ PENAGOS, Gustavo (1997). El daño antijurídico. Citado por: JIMÉNEZ, William Guillermo. Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. Bogotá: Universidad Libre y ESAP, 2013. p. 70

²⁰ JIMÉNEZ, William Guillermo. Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. Bogotá: Universidad Libre y ESAP, 2013. p. 6

²¹ MALAGÓN, Miguel y GAITÁN, Julio. Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Vniversitas, 2008. p.9

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p.172

*imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes (...)*²³.

No obstante, el siglo XX llega con un proceso de reducción de competencias de la Corte Suprema de Justicia y el traslado de las mismas al Consejo de Estado; puesto que, durante un tiempo sus funciones se ceñían a la declaración de nulidad de ordenanzas y acuerdos de las asambleas departamentales y los consejos municipales, llevar asuntos de cuentas, a conocer los empréstitos y expropiaciones, resolver asuntos de impuestos, entre otros²⁴.

Solo es hasta 1964 cuando el Consejo de Estado finalmente asume de manera definitiva, la competencia de dirimir conflictos derivados de la contratación estatal y resolver litigios de responsabilidad extracontractual del Estado. En ese sentido se puede decir que, *“el derecho administrativo colombiano contemplaba un control mixto de la actividad de la administración pública, es decir, que no respondía al modelo de control concentrado atribuido a un solo órgano, sino que, como queda visto, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema ejercían funciones en este sentido*²⁵.

La responsabilidad de las personas morales de derecho público por causa de los daños cometidos por sus dependientes en ejercicio de sus funciones era de tipo indirecta. Esta partía de la idea de que la persona jurídica se encontraba en la obligación de elegir y vigilar correctamente a sus agentes; de tal manera que, si causan daños, sus culpas se proyectaban a la entidad pública en razón de lo previsto en los artículos 2341 y 2349 del código civil²⁶.

Cabe recalcar que inicialmente el régimen que utilizaba el Estado colombiano para resarcir los perjuicios causados con sus acciones fue el del Código Civil, para la aplicación de la responsabilidad indirecta de la Corte Suprema, hasta alrededor de 1939²⁷.

A partir de ese momento, la corporación empieza a estructurar la responsabilidad directa de la persona jurídica estatal, entendiendo que, si un funcionario actúa como

²³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de octubre de 1896. Gaceta Judicial, año XI, numero 565. p. 356

²⁴ NARANJO GALVES, Rodrigo. La reforma Contencioso Administrativa de 1914. Bogotá: Universidad del Rosario, 2001. p. 34

²⁵ MALAGÓN y GAITÁN, Op. cit., p. 14

²⁶ GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia. Responsabilidad extracontractual del Estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho [online]. Bucaramanga: UNAB.

²⁷ MOTA CASTAÑO, Deissy y BARACALDO AMAYA, Diego. Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2010. p. 19

tal, las culpas en que pueda incurrir se reputan como omisiones o acciones culposas del Estado, pues se constituyen como una unidad²⁸.

A este respecto, la llamada teoría organicista exponía que *“se reconoce a la administración pública como un gran órgano del cual hacen parte sus funcionarios, de tal suerte que, si el funcionario comete una falta, es la administración quien la comete y como tal se le imputa”*²⁹.

Con el tiempo, se van descartando dichas tesis atendiendo a la dificultad de diferenciar la responsabilidad según el tipo de funcionario, con lo cual se equiparó a todos los agentes estatales y así entonces el grado de responsabilidad sin distinción de función o cargo. Sin embargo, con la evolución de la doctrina y la jurisprudencia administrativista, eventualmente se decantó la diferencia entre la responsabilidad de los funcionarios y la de la administración³⁰.

En una etapa posterior se comenzó a tomar en cuenta el concepto de falla en el servicio – traído de Francia - como medio para imputarle responsabilidad al Estado. Pero fue con el Decreto 528 de 1964 que se empezó a utilizar un régimen propio del derecho administrativo para las personas públicas, además de separar completamente los asuntos del Estado con una jurisdicción especial, como es la Contencioso Administrativa en cabeza del Consejo de Estado, quien pasa a tener competencia sobre estos asuntos gradualmente³¹.

Específicamente, la Constitución de 1991 en su artículo 90 introdujo el principio general de responsabilidad del Estado, que a su vez trajo consigo el concepto de daño antijurídico (aquel que las personas no están en la obligación de soportar) como uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad estatal³². Esta consignación constitucional fue fundamental para su efectiva puesta en práctica, si entendemos que *“el tipo legislativo de responsabilidad existió vagamente en el antiguo régimen, también es cierto que nunca se conocieron disposiciones que reconocían los daños cometidos por el Estado o por el monarca- las indemnizaciones a particulares quedaban a la libre discreción de quien producía el daño”*³³.

En últimas se puede decir que, el artículo 90 de la Constitución de 1991 es el resultado de un camino allanado previamente por vía jurisprudencial, en el que se

²⁸ GONZÁLEZ, Op. cit.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., p. 10

³¹ MOTA, Op cit., p. 22

³² MOTA, Op. cit., p. 22

³³ MOLINA, Carlos Mario. Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente. En: Opinión Jurídica. 2005, Vol. 4. ISSN 1692-2530

fue gestando la idea de la necesidad de la responsabilidad de la administración para desagaviar a los particulares que padecían daños producto de sus actuaciones³⁴.

3.1.2. De los títulos de imputación en la responsabilidad del Estado

Los títulos de imputación para atribuir responsabilidad al Estado están divididos en dos grupos. El primero, el régimen subjetivo, es en el que se encuentra la llamada falla en el servicio. Esta debe su denominación a la necesidad de contar con una culpa para imponer la obligación resarcitoria sobre el Estado. El segundo grupo se denomina régimen objetivo, el cual conforman los títulos de daño especial y riesgo excepcional. Estos son objetivos en su defecto porque, la sola causación de un daño a un gobernado, da lugar a la obligación de reparar, a menos que hubiese mediado una causa extraña en el proceso causal.

Puede decirse abiertamente, que el título por excelencia en la responsabilidad estatal ha sido la falla en el servicio. Esta consiste básicamente en la producción de un daño con ocasión de la prestación de un servicio público, en la que la acción del estado se realizó defectuosamente, no se efectuó o se efectuó tardíamente³⁵.

El daño especial por su parte tiene lugar *“cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad”*³⁶.

En tercer lugar, el Consejo de Estado ha determinado que debe imputarse a título de riesgo excepcional:

Cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente, las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio³⁷.

³⁴ Ibid.

³⁵ MENDOZA VÁSQUEZ, Johnny. Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado. En: Revista Pensamiento Americano. Julio – Diciembre, 2011, Vol. 4, N° 7. ISSN: 2027-2448.

³⁶ PERDOMO Jaime Vidal, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, 2000.

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Sección Tercera.

Finalmente, es preciso recalcar que, tratándose del presente trabajo, el título de imputación que servirá para el análisis de responsabilidad médica en los casos de error en el diagnóstico será el de la falla en el servicio, pues como se vislumbrará más adelante, la obligación de los profesionales de la salud es en general de medios; con lo cual, será la mediación de una culpa galénica la que implique la necesidad de reparación de un daño cuando se pruebe.

3.1.4. Del surgimiento de la responsabilidad médica

Ahora bien, la responsabilidad médica como especie dentro del género responsabilidad civil, se puede decir que constituye un fenómeno relativamente moderno. Fue gracias a la sociedad consumista y reivindicativa de los derechos individuales (y a veces hasta los fundamentales) que se logró someter a los médicos a la obligación de reparar los daños causados en el ejercicio de su profesión³⁸.

En un principio la responsabilidad médica no era concebible puesto que el papel del médico era considerado como casi sagrado y por ende no era si quiera pensable una reclamación en contra de estos, salvo algunas excepciones dispersas en el código de Hammurabi o en el derecho romano. Históricamente se podría decir que solo estaban sometidos a las reglas de su conciencia y de la ética profesional, con lo cual, en caso de transgredirlas, muy probablemente la única consecuencia sería la censura social³⁹.

Sin embargo, con el advenimiento de las democracias liberales, la situación de los galenos mudó gracias al reconocimiento de los derechos de los enfermos, puesto que comienzan a ostentar la misma dignidad personal con que cuentan al estar sanos y además obtienen la consagración legal y constitucional de sus derechos⁴⁰.

Otra de las causas que produjo la necesidad de responsabilidad de los galenos fue la masificación de la medicina, producto de la cada vez más creciente demanda de prestación de servicios médicos, en donde la atención individualizada que caracterizaba a la actividad médica fue sustituida por la llamada medicina social, que busca ampliar la prestación de servicio a todos los sectores poblacionales⁴¹.

Adicionalmente, los continuos avances de esta ciencia, han exigido la especialización de los profesionales; lo cual, implica que un mismo paciente pueda

³⁸ RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. En: Criterio jurídico. 2004, Vol. 4. ISSN 1657-3978

³⁹ RUIZ, Op. cit., p. 4

⁴⁰ Ibid., p. 5

⁴¹ García Huayama, Juan Carlos. Responsabilidad civil de los médicos. Piura, Perú.

ser atendido por un número plural de profesionales – sin conocerlos muchas veces – extinguiendo la relación de confianza que se tenía con el “médico de cabecera”⁴².

En la actualidad el paciente aparece como un acreedor de la prestación de los servicios de salud o en su defecto como un consumidor anónimo de los servicios galénicos⁴³.

La responsabilidad médica entonces, es un tipo de culpa profesional que estructura un comportamiento antijurídico cuando hay una obligación incumplida, enmarcada dentro del ejercicio de esa actividad, haya o no vinculo previo entre las partes⁴⁴.

⁴² SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 254

⁴³ SANTOS, Op. cit., p. 254

⁴⁴ Ibid. p. 253

4. BREVE RECuento DE LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN AMBOS REGÍMENES, SEGÚN LA DOCTRINA

Resulta importante, antes de iniciar el repaso por el estado del arte de la doctrina en materia de responsabilidad médica tanto civil como del Estado, hacer una sucinta inmersión al lector sobre los aspectos más relevantes de esta, cuestión que pasará a hacerse a continuación:

4.1. ¿Es la actividad médica peligrosa?

En primera instancia es crucial dejar claro que, de forma alguna la actividad de los profesionales de la salud deberá entenderse como actividad peligrosa, así su ejercicio de ordinario implique riesgos que han de llamarse *alea terapéutica*. Por esta debemos comprender: los riesgos connaturales al acto médico según su tipo y otros de carácter exógeno como las preexistencias del paciente, los antecedentes genéticos y patológicos etc.⁴⁵.

Los que creían en esta doctrina, argüían que era preciso denominar la actividad de los médicos como peligrosa, con miras a favorecer a la víctima probatoriamente. No obstante, sus detractores indican que la actividad de los galenos por antonomasia a lo que significa una actividad peligrosa, procurar preservar la vida y la salud de sus pacientes, con lo cual debe considerársele un arte vital y no *in mortis*⁴⁶. Adicionalmente hay que decir que, para alivianar la carga probatoria de la víctima no es preciso denominar la actividad galénica como peligrosa, pues con esto se logra la desnaturalización de su ejercicio, habiendo mecanismos procesales idóneos para lograr el susodicho cometido.

4.1.2. Responsabilidad del galeno ¿contractual o extracontractual?

Atrás quedó el imaginario de que un profesional de medicina no podía negociar sus servicios contractualmente pues implicaba negociar o especular con la salud y la vida de los pacientes. Hoy en día es perfectamente entendible que un médico, en ejercicio de una profesión liberal, pueda como cualquier otro, establecer con sus

⁴⁵ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002. p. 61

⁴⁶ Ibid., p. 63

pacientes relaciones obligaciones eficaces y validas, porque entre otras cosas estos también viven del ejercicio de su profesión⁴⁷.

De esta forma, como quedó anticipado en el párrafo anterior, la responsabilidad por la actividad galénica puede provenir perfectamente, tanto de una obligación contractual entre las partes, como de la obligación de reparación de un daño causado por un profesional de la salud, sin vínculo previo alguno.

Carlos Ignacio Jaramillo plantea que esta última hipótesis ocurre cuando, el médico en virtud de la *lex artis* y de su intención responsable de preservación de la vida, interviene a un paciente que se encuentra en estado de inconciencia, pues así no tendrá este, la posibilidad de aflorar un consentimiento negocial con el galeno. No obstante, Jorge Santos Ballesteros lo contradice diciendo que, aunque la "víctima" se encontrase en estado inconsciente, es factible hablar de la existencia de un vínculo jurídico, puesto que la intervención se produciría a instancias de un tercero a través de la gestión de negocios ajenos⁴⁸.

Otra forma en la que podría presentarse la responsabilidad extracontractual de un galeno sería en los eventos en que el daño acaecido ocurre de una relación ajena a la prestación de los servicios objeto del contrato; como cuando se deja sin mantenimiento la máquina de rayos X y esta causa un incendio, pero el servicio contratado versa sobre una cirugía que en nada se relaciona con la causa de los daños perpetrados⁴⁹. Vale aclarar que esta fuente de responsabilidad extracontractual no nos interesa a efectos de este trabajo, gracias a que el presente estudio se enfoca en la responsabilidad de los médicos, específicamente cuando yerran en su diagnóstico clínico.

Una tercera fuente de responsabilidad extracontractual de los galenos podría ser cuando, los pacientes contratan directamente con la entidad médico-hospitalaria, sin importarse intuitu persona por la realización del servicio. En estos casos, si el o los profesionales de la salud causan un daño al paciente en virtud de su atención, la víctima podría demandar directamente al médico por la vía extracontractual o bien demandar solidariamente al centro de salud y al galeno por los daños causados.

Así mismo, los herederos en acción personal están facultados para demandar sea al galeno, a la entidad de salud o a ambos, extracontractualmente por los perjuicios

⁴⁷ Ibid., p. 73

⁴⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. La responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos clínicos. En Revista Universitas, 1984, Vol. 70. Citado por: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002. p. 77

⁴⁹ BLAS ORBÁN, Carmen. Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI. España: J. M. Bosh Editor, 2003 p. 49

que padecieron por la muerte de un ser querido, con ocasión del servicio médico prestado⁵⁰.

De cualquier forma, el artículo 5 de la ley 23 de 1981 prevé las fuentes obligacionales entre los galenos y sus pacientes, a saber, contractuales y extracontractuales:

- 1. Por decisión voluntaria y espontanea de ambas partes*
- 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia*
- 3. Por solicitud de terceras personas*
- 4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública⁵¹.*

4.1.3. Breve conceptualización del acto médico

El artículo primero de la Ley 14 de 1962 da un panorama general de lo que comprende el acto médico, con el siguiente tenor:

“Para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía, la aplicación de los medios de conocimiento para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales, o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar⁵²”.

Adicionalmente, la doctrina ha hablado de cuatro características principales que se le pueden atribuir al acto médico: *“la profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada lex artis, sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud, o sea su concordancia con las normas legales⁵³”.*

En últimas, podría decirse que *“el acto médico es toda aquella actuación del profesional de la medicina, encaminada a procurar el alivio, mejoría o rehabilitación de una persona que se denomina paciente, y para lo cual es necesario que el médico ponga todos sus conocimientos, según la enfermedad de la que se trate, y tenga en cuenta todas las condiciones particulares que posea su paciente, para de*

⁵⁰ YEPES, Op. cit., p. 37

⁵¹ Ley 23 de 1981. Artículo 5to.

⁵² Ley 14 de 1962. Artículo 1ro.

⁵³ GUZMÁN, Fernando; MORALES et al. De la responsabilidad civil médica. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1995. p. 8

*esta manera, realizar un examen acertado y un diagnóstico apropiado*⁵⁴. Además de brindarle al enfermo, el tratamiento propicio y la información necesaria para formar su consentimiento frente al servicio médico que se le presta.

4.1.4. Del error de diagnóstico en particular

El acto médico como prestación a cargo de los galenos en el ejercicio de su profesión, podría dividirse en tres etapas; a saber, el antes, durante y después de la intervención a un paciente. En este caso, prestaremos atención a la sección inicial del acto del profesional de la salud, el diagnóstico.

Esta etapa del acto médico, debe ser el resultado de un juicio estructurado luego de obtener la información que proveen los síntomas y las pruebas elegidas como necesarias para el caso concreto. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el galeno no cuenta con una cantidad indeterminada de tiempo para dar su dictamen, pues de ello podría derivarse una agravación de su paciente.

A este respecto, cabe resaltar, que al ser la medicina una disciplina opinable e inexacta, la responsabilidad del médico en cuanto al diagnóstico, dependerá de si el error en el que se incurre es de carácter vencible o invencible. Carlos María Romeo Casabona describe en su obra "El médico ante el derecho" las diferentes hipótesis en las que es factible la responsabilidad del galeno por error en el diagnóstico:

- a) cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico;
- b) cuando se establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado el paciente;
- c) si para la emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo ello posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional;
- d) cuando no toma en consideración, al formular el diagnóstico las eventualidades más remotas, pero que pueden ocurrir y son tenidas en cuenta tanto podrá derivarse responsabilidad, cuando habiendo practicado todas las exploraciones y análisis precisos, los resultados de los mismos no son tenidos en cuenta o no son suficientemente valorados en el momento de la emisión del diagnóstico⁵⁵.

⁵⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica. Bogotá, 2003. p. 139

⁵⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María. El médico ante el derecho. La responsabilidad penal y civil del médico. Bogotá: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985. p. 73

Según Blas Orbán, la responsabilidad por error en el diagnóstico debe pasar por ser una omisión, negligencia o impericia "grosera", si quiere adquirir la entidad suficiente como para llamar la atención de un juez, pues no se puede ser más estricto de lo que exige la *lex artis* para evaluar el cumplimiento obligacional, en lo que se refiere a la obtención de un resultado cierto; puesto que, si el error del galeno es involuntario, aun en cumplimiento de la diligencia debida, su conducta no podría ser legalmente reprochable en estos casos⁵⁶.

También indica Santos Ballesteros que: "*la falta de un conocimiento adecuado de la enfermedad, constitutivo de error científico, para que sea eximente de responsabilidad, debe estar fundado en hechos reales y objetivos, que excedan los límites técnicos ilustradamente establecidos, y no en una falta de preparación o en un estudio deficiente por parte del médico de la enfermedad o de los síntomas y signos del paciente*⁵⁷".

En síntesis, el acto médico es por naturaleza complejo y el diagnóstico como la porción inicial, incluso más; puesto que, de ella depende el éxito del resto de la prestación del servicio de salud y es allí donde se centrará nuestro análisis jurisprudencial.

⁵⁶ BLAS, Op. cit., p. 193

⁵⁷ SANTOS, Op. cit., p. 301

4.2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA SEGÚN LA DOCTRINA

A propósito del estudio del estado del arte frente a los elementos que se conciben para evaluar la eventual responsabilidad civil de un agente, se encontró coincidencia en cierto sector de la doctrina frente a los mismos. Dado esto, se reseñará brevemente el ideario de Tamayo Jaramillo, quien es secundado por otros autores que se mencionarán también a lo largo de este recuento.

4.2.1. De los elementos de la responsabilidad

Javier Tamayo Jaramillo en su Tratado de responsabilidad civil plantea una discusión en cuanto a los elementos que la fundamentan, delimitando como tales:

a) Una conducta activa u omisiva del agente: que en principio no pretende crear efectos jurídicos pero que finalmente consigue hacerlo, por cuenta del daño imputable a este⁵⁸.

El autor pone de presente la diferenciación que debe tenerse en cuenta entre el concepto de culpa y el de hecho ilícito, puesto que hay que entender la primera como una cualidad que acompaña a la conducta activa u omisiva del agente en ciertos casos y que importará solo en algunos tipos de responsabilidad, ya que como es sabido, en ocasiones basta con que haya daño para tener la obligación de indemnizar⁵⁹.

b) El daño⁶⁰: una simple conducta culposa, por ejemplo, no genera responsabilidad; es preciso que se lesione un bien jurídico protegido por el ordenamiento. Será indemnizable cuando se cause de forma ilícita por alguien distinto a la víctima. Los daños podrán clasificarse en patrimoniales, cuando atentan el patrimonio del afectado y serán extrapatrimoniales cuando no tienen valor pecuniario, pero son protegidos por el legislador.

c) Nexos de causalidad⁶¹: el daño debe ser efectivamente producido por la conducta activa u omisiva del agente. Esto, sin embargo, no se cumple en los casos de responsabilidad por el hecho ajeno o de las cosas, pues no sería el actor quien directamente cause el daño en ese caso.

⁵⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. Bogotá: Legis, 2008. p. 188

⁵⁹ *ibid.*, p. 193

⁶⁰ *ibid.*, p. 247

⁶¹ *ibid.*, p. 250

En el evento de la responsabilidad por omisión no podríamos predicar que realmente existe un vínculo entre la acción u omisión del actor y el daño, porque el primero, de hecho, no actuó; aquí se entenderá entonces ilícita la omisión, por cuanto era la actuación activa la que estaba en obligación de realizar para evitar el daño que en últimas se causó.

En cuanto a la teoría de causalidad que debe operar en la evaluación de la responsabilidad civil, Tamayo anota que las teorías con más peso históricamente han sido la de la equivalencia de condiciones y la de la causalidad adecuada; siendo esta última la que considera más acertada (aun con sus falencias), puesto que, de utilizar la otra teoría, la cadena causal se haría infinita⁶².

Frente al tema, Gilberto y Catalina Martínez en su obra Responsabilidad civil extracontractual plantean los elementos de la responsabilidad⁶³ con algunas variaciones frente al autor previamente ejemplificado:

Los autores proponen una estructura así: R = H (hecho) + D (daño) + C (culpa) + c (causalidad).

Frente al hecho plantean que se corresponde con la modificación (objetiva) de una situación anterior, que no requiere ser calificada de ilícita. Se trata simplemente de una mutación física, que puede ser producida bien por una persona, bien por un objeto.

Al respecto del daño, proponen que es el menoscabo o lesión de un bien, un derecho o un patrimonio (tanto en su aspecto pecuniario o material como en el emocional o fisiológico).

En cuanto a la culpa los doctrinantes indican que, frente a los factores subjetivos de imputación se ha venido presentando un cambio en cuanto a la adopción de otros criterios de carácter objetivo como la solidaridad, la igualdad, la equidad y la convivencia pacífica, para el análisis de la responsabilidad.

Sobre el nexo causal explican que, es la relación de causa-efecto entre el hecho y el daño, el cual encuentran imprescindible para establecer una responsabilidad jurídico civil.

4.2.2. En cuanto a la prueba del nexo causal y a la pérdida de la oportunidad

Frente a la carga probatoria del nexo causal, el autor pone de presente el hecho de que es la víctima quien debe probar *“que el daño por ella sufrido es el*

⁶² TAMAYO, Op. cit., p. 378

⁶³ MARTÍNEZ y MARTÍNEZ, Op. cit., p. 18

*comportamiento ilícito del agente, es decir, que este último, por sí mismo o por interpuesta persona, cosa o actividad, o bajo su responsabilidad causó el perjuicio*⁶⁴”.

Adicionalmente, deja saber que, en la práctica, dada la dificultad probatoria que representa para la víctima demostrar la causalidad física entre la acción y el daño, es que los jueces muchas veces se valen de indicios para dictar su fallo⁶⁵. En otras ocasiones expone Tamayo, los operadores jurídicos se pueden valer de la eliminación de otras causas posibles, para finalmente llegar a determinado nexo causal.

Otro aspecto para tener en cuenta frente a la prueba del nexo causal es el de la responsabilidad por pérdida de la oportunidad. Aquí la condena obedece más a cuestiones de equidad y de indemnización punitiva que, a una verificación efectiva de la relación entre el daño y el hecho cometido por el agente, según Tamayo. En estos eventos se indemniza con base en la probabilidad que tenía la víctima de evitar el daño o de alcanzar un beneficio. De esta forma, esta última, se ahorra la prueba del daño real y la de la relación causal entre este y la culpa del agente⁶⁶.

Rojas Quiñones es de una postura divergente en este punto, pues indica que la pérdida de oportunidad no debe entenderse como un mecanismo de facilitación probatoria; puesto que, la víctima esta llamada a probar la causalidad parcial, lo cual no puede tenerse por laxitud probatoria, ya que tiene sobre sí la responsabilidad de comprobar el grado de contribución del agente en el daño y solo se indemnizará lo que por supuesto logre acreditar⁶⁷.

Particularmente hablando de la responsabilidad médica como asunto que nos ocupa en este trabajo, Tamayo considera que las condenas por pérdida de la oportunidad cuando se hace imposible probar el nexo de causalidad, no implica verdaderamente que el galeno le hubiera restado posibilidad de curarse a la víctima; sino que se trata más bien un problema probatorio, que debería resolverse a favor del demandado⁶⁸.

En lo específico, Rojas Quiñones secunda a Tamayo Jaramillo cuando expone que constituye un error considerar la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo cuando en verdad se trata de un aspecto propio de la causalidad. Este indica que el problema consiste básicamente en saber si, de no haber mediado el hecho ilícito, el provecho se hubiera obtenido o el perjuicio evitado en realidad; dado que, estos (el

⁶⁴ TAMAYO, Op. cit., p. 379

⁶⁵ TAMAYO, Op. cit., p. 250

⁶⁶ TAMAYO, Op. cit., p. 286

⁶⁷ ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2014. p.183

⁶⁸ TAMAYO, Op. cit., p. 290

perjuicio o el provecho), dependían de variables externas, ajenas al agente dañador⁶⁹.

Por su parte, los que consideran la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, adoptaron su postura de Francia y entienden que esta constituye un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado. Para ellos, el perjuicio lo constituye no la pérdida de una ventaja esperada sino la pérdida de la oportunidad de obtener tal ventaja. El problema, según Trigo Represas y Cazeaux, pasa por un comportamiento antijurídico que interfirió en el curso normal de los hechos, de forma que ya es imposible saber, si el sujeto afectado por ese comportamiento hubiera evitado el perjuicio u obtenido la ganancia⁷⁰.

No obstante, existe un sector en la doctrina que posee una posición intermedia en la que estiman que la teoría de la pérdida de la oportunidad comparte elementos del nexo causal y del perjuicio que se pretende indemnizar; esto pues, tal figura se usa para solventar un problema de incertidumbre causal frente al daño sufrido, así como para la cuantificación del perjuicio acaecido⁷¹.

Lo anterior refleja la falta de unicidad en la doctrina respecto al tratamiento que debe dársele tanto a la prueba de la causalidad como al problema de la pérdida de la oportunidad. En el apartado de análisis jurisprudencial, el lector podrá cotejar el manejo que le han dado las altas cortes frente al dado por la doctrina.

4.2.3. De la pluralidad o indeterminación del causante del daño y su incidencia en la carga probatoria

Existen casos problemáticos en los que no es factible para la víctima identificar quien fue el autor del daño, ya sea porque no fue sólo un sujeto el que intervino en el proceso causal o simplemente porque el daño se propinó sin que la víctima identificara al agente causante del mismo. En esos eventos un sector de la doctrina considera, se debe condenar solidariamente a todos los integrantes del grupo del cual indudablemente provino el hecho dañoso; aunque no desconocen lo problemática que resultaría la condena de inocentes dentro del grupo señalado como causante del daño⁷².

Ahora bien, Yepes Restrepo explica el tema diciendo que en materia de responsabilidad médica, habrá que distinguir entre el daño causado individualmente

⁶⁹ ROJAS, Op. cit., p. 181

⁷⁰ CAZEAUX, Pedro Néstor et al. Temas de responsabilidad civil – en honor de Augusto Mario Morello. Citado por ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2014. p.172

⁷¹ PÁEZ, Op. cit.

⁷² TAMAYO, Op. cit., p. 270.

o el causado por un grupo determinado de sujetos, con imposibilidad de delimitar quien efectivamente lo causó; pues en este caso se tratará de una responsabilidad colectiva, en donde el juez probablemente condene a los integrantes del grupo que produjo el resultado dañoso, siempre que la víctima hubiera logrado demostrar que el daño fue causado por el grupo mismo, aunque no logre individualizarlos causalmente⁷³.

Bustamante Alsina plantea al respecto lo siguiente:

“Probada la relación de causalidad entre el daño que sufre el paciente y la intervención del grupo o equipo médico, se presume la relación de causalidad con el hecho de cada miembro del equipo de tal modo que la prueba se invierte y corresponde a estos probar que no intervinieron en la producción del daño”⁷⁴.

A lo anterior debe sumársele el hecho de que los galenos pueden realizar sus actuaciones como parte del personal de instituciones hospitalarias, o como externos que usan sus instalaciones. Dicha distinción tiene relevancia, dice Yepes Restrepo, pues de ello dependerá la responsabilidad que pueda atribuírsele por el hecho de sus dependientes, caso en el que se hablará concretamente de una responsabilidad directa del hospital⁷⁵.

4.2.4. De la clasificación de la obligación de los médicos

Ahora bien, frente a la clasificación de la prestación debida por los galenos, en cuanto a si es de medios o de resultados, no hay un criterio uniforme y más cuando el contenido específico de la obligación es el diagnóstico.

La mayoría coinciden en que por regla general la obligación del médico es de medios dado el carácter opinable de la ciencia médica y el áleas implícita muchas veces en su labor; sin embargo, autores como Mosset Iturraspe hablan de la posibilidad de que, en casos de diagnósticos apresurados, efectuados sin acudir a análisis o exámenes que hubieran permitido su rectificación, se podría hablar de obligación de resultados⁷⁶. Esto toda vez que el médico previo a iniciar un tratamiento debe asegurarse de la verdad del diagnóstico, valiéndose de todos los medios técnicos, tecnológicos y científicos que estén a su alcance, pues estos minimizan el áleas ínsito en la actividad galénica. De ahí que varios autores conciban la posibilidad de que en los casos en que simplemente el profesional de la

⁷³ YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2016. p. 70.

⁷⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

⁷⁵ YEPES, Op. cit., p. 70

⁷⁶ PÁEZ, Op. cit.

salud no cumpla unos deberes mínimos para dar un diagnóstico acertado, se le aplique un régimen de responsabilidad objetiva⁷⁷.

A su vez, Serrano Escobar plantea:

“(...) cuando el médico se vale de instrumentos altamente tecnificados que permitan acceder a resultados con alto grado de precisión y certidumbre en la actividad diagnóstica, el resultado científico se debe dar, siendo el diagnóstico efectuado con los instrumentos altamente tecnificados, una obligación de resultado⁷⁸”.

No obstante, algunos como Valencia Zea citado por Serrano Escobar, tienen una posición intermedia que se basa en lo siguiente:

“Falla la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado si se tiene en cuenta que toda obligación debe satisfacer resultados mediante el empleo de medios y no existen obligaciones de simples medios, ni obligaciones de meros resultados. En consecuencia, toda obligación es de medios y de resultados (...)”⁷⁹.

De igual forma piensa otro sector de la doctrina, cuando indican que:

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado es inoperante a los fines de configurar normativamente el débito profesional. El deber de prestación se conforma con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de un modo inmediato. Dichos medios deben juzgarse de acuerdo a lo dispuesto por la autonomía privada, las reglas administrativas, civiles, la injerencia externa del empleador o del cliente y el modelo del buen profesional de la especialidad⁸⁰.

Blas Orbán en su obra “La responsabilidad profesional del Médico”, indica que la relación galeno-paciente puede distinguirse entre un arrendamiento de servicios cuando su obligación es de medios y un contrato de obra cuando se obliga el médico a conseguir un resultado; pero en ambos casos, a lo que se obliga el galeno es a un hacer⁸¹.

Así entonces, aun tratándose de una obligación de medios, según la autora, el trabajo del profesional no constituye un fin en sí mismo, sino el medio para alcanzar un resultado deseable. Esto si entendemos que la relación del médico y su paciente

⁷⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Estudios sobre responsabilidad por daños. Santa fe: Rubinzal y Culzoni Editores. P. 74

⁷⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las obligaciones. Citado por: SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2000. p. 111

⁷⁹ Ibid., p. 112

⁸⁰ Conclusiones emitidas en el II encuentro de abogados civilistas. Citado por: MOSSET ITURRASPE, Novellino. Derecho de daños. Buenos Aires: Ediciones la Rocca, 1996. p. 521

⁸¹ BLAS, Op. cit., p 43

versa sobre un servicio que se contrata para la obtención de una finalidad determinada. En últimas, la solución de incertidumbre frente a la naturaleza de la obligación contraída por las partes ha de encontrarse en las circunstancias que rodean la solicitud de atención médica al galeno; sin desconocerse que, por regla general, el deber de prestar asistencia médica se corresponde con una obligación de medios⁸².

De cualquier forma, si entendemos que de manera general para el caso de la responsabilidad por error de diagnóstico opera una obligación de medios, debe tenerse en cuenta que, dentro de la visión subjetivista de la responsabilidad civil y ante la insuficiencia que reporta el concepto del "buen padre de familia" cómo apreciación *in abstracto* de la culpa dentro de los casos que involucran una actividad profesional, se debe optar por una apreciación *in concreto* del comportamiento del médico, para evitar así generalizaciones o construcciones de actuaciones ideales que determinan en últimas el incumplimiento de los deberes jurídicos de esta clase de profesional⁸³.

En ese sentido, para la creación del modelo *in concreto* en cada caso, se deberán tomar en cuenta factores como la técnica, el nivel de especialización, la competencia del galeno censurado y el cumplimiento de la *lex artis*. De ahí se derivará la calificación que haga el juez de la conformidad o no de la actuación del profesional en el evento que sea objeto de debate, con la conducta esperable.

4.2.5. De la distribución de la carga probatoria en general

Tamayo Jaramillo plantea que al ser tan aleatoria la actividad de los galenos, la responsabilidad por regla general será de medios, por lo que el régimen a utilizar será el de culpa probada; en el que la víctima será la encargada de probar la culpa del médico, el daño y el nexo causal si quiere que prospere su pretensión⁸⁴.

Sin embargo, en responsabilidad contractual dice el autor, existe una discusión en cuanto a la presunción de culpa del galeno en ciertos casos, gracias a la carencia de regulación expresa sobre la responsabilidad de los médicos por defectuosa prestación del servicio. De ahí que un sector de la doctrina haga uso del artículo 1604 del código civil en donde se presume la culpa del profesional. No obstante, la posición de Tamayo es divergente y plantea la utilización del artículo 2144 del mismo código, en donde se concibe la utilización de las normas del mandato para

⁸² Ibid., p. 44

⁸³ SANTOS, Op. cit., p. 295

⁸⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá: Legis, 2008. p. 1080

los servicios de los profesionales que suponen largos estudios, como la de los galenos⁸⁵.

Frente a la responsabilidad médica extracontractual indica que el artículo 2341 del Código civil plantea un principio de responsabilidad por culpa probada que es ampliamente aceptado por la doctrina. Y delimita como la única presunción de culpa en la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad por el hecho ajeno, a partir de los artículos 2347 y siguientes del mismo código⁸⁶.

Con respecto al error de diagnóstico en específico, el autor plantea un régimen de culpa probada salvo que se logre constatar que el diagnóstico no era realmente aleatorio⁸⁷.

Una posición diametralmente opuesta a la anterior es la de Catalina y Gilberto Martínez, quienes consideran que tendencias objetivistas de la responsabilidad deberían ser las que operen hoy en día. Por estas, ellos entienden, desde la presunción de culpabilidad hasta la presunción de responsabilidad. En el primer caso se relevaría a la víctima de la prueba del factor subjetivo y en el segundo caso, lo que hay es asunción del nexo causal⁸⁸.

Ahora bien, frente a la teoría de carga dinámica de la prueba Tamayo Jaramillo aclara que no debe tratarse como un principio general en donde siempre se invierta la carga probatoria de las partes, sino como un medio para constreñir a los intervinientes a aportar las pruebas que estén a su disposición y así lograr el conocimiento de la verdad material⁸⁹.

Es claro que al juzgador tener la posibilidad de modificar la cara de la prueba según las circunstancias del caso concreto, corre el riesgo de caer en una presunción de culpabilidad frente al galeno; en ese sentido, lo que propone el mencionado doctrinante es que, al margen de crear presunciones como resultado de la redistribución de la carga probatoria, se tome esta teoría como la obligación que tiene el médico de no esperar pasivamente a que se pruebe su culpabilidad sino de contribuir con su versión y demás pruebas, al esclarecimiento de los hechos⁹⁰.

Habría que decir que lo que justifica el uso de esta teoría, es la eficacia que conlleva instar a cada parte a probar lo que tiene más fácil probar. Sin embargo, de ello no puede derivarse que siempre que el médico no logre demostrar su diligencia y

⁸⁵ Ibid., p. 1082

⁸⁶ Ibid., p. 1108

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ MARTÍNEZ y MARTÍNEZ. Op. cit., p. 795

⁸⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE, 2003. p. 90

⁹⁰ Ibid., p. 94

cuidado y la víctima tampoco la culpa del galeno, sea este último quien acarree los riesgos derivados de las dificultades probatorias, pues la actividad médica está puesta en beneficio del paciente y en efecto, debería ser este quien los asuma; de lo contrario, el ejercicio de la medicina se tornaría imposible. Todo esto siempre y cuando no medie culpa del galeno⁹¹.

Más adelante se establecerá cual es el manejo que le da la Corte Suprema a este tema, en el desarrollo del análisis jurisprudencial.

⁹¹ Ibid., p. 59

4.3. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO SEGÚN LA DOCTRINA:

4.3.1. Contextualización inicial:

En principio es importante precisar, que en lo que respecta a la responsabilidad médico-sanitaria del Estado, como el servicio prestado es de carácter oficial según el artículo 49 Constitucional, la responsabilidad en esta materia es de tipo extracontractual⁹².

En lo particular Enrique Gil señala que:

Se ha catalogado a los pacientes de hospitales públicos como usuarios de un servicio estatal, relación extraña al contrato y la diferencia además de quien es usuario de una clínica privada que en principio se enmarca como una relación contractual". (...) La atención de salud y el saneamiento ambiental son servicios a cargo del Estado (...) de allí que, si asumido por el Estado el servicio público de salud y en desarrollo del mismo se causa un daño a un administrado, debe éste repararlo independientemente de que exista o no contrato previo, con fundamento además en la cláusula general de responsabilidad de la administración pública, art. 90 de la Constitución Política⁹³".

En este sentido entonces, queda claro el hecho de que la reparación de daños en materia administrativa se ha zanjado sobre la vía extracontractual, por lo que los accionantes en esta jurisdicción, se ahorran el problema que pueden presentar los demandantes en la civil, a la hora de elegir la vía por la que interponen su demanda de responsabilidad.

4.3.2. De los elementos de la responsabilidad estatal

Al respecto de delimitar los elementos de la responsabilidad del Estado, Enrique Gil expone lo siguiente:

A partir del artículo 90 de la Constitución política, los elementos de la responsabilidad de la Administración Pública quedaron reducidos a la comprobación de un daño antijurídico y a la imputación de este a una entidad o autoridad estatal. La imputación o la atribución de ese daño constituyen un

⁹² GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Sexta edición. Bogotá: Temis, 2013. p. 542

⁹³ GIL Botero, Enrique "Responsabilidad Médica y Hospitalaria en el Derecho Público", Revista No. 20 – octubre de 2006, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Pág. 166. Citado por: Consejo de Estado. Sentencia del 19 de septiembre de 2007. Sección Tercera.

proceso dirigido a establecer a quien se le puede atribuir la lesión o afectación que aquel representa. En ese orden de ideas, la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que esta última presupone la existencia del daño como una entidad material o fenoménica⁹⁴.

Esto sería un sistema así: R (responsabilidad) = D (daño antijurídico) + I (imputación).

Por su parte, Jaime Orlando Santofimio plantea una estructura de responsabilidad estatal más o menos parecida a la anterior, salvo por la adición de un tercer elemento que él denomina "la reparación integral", extractado según él, del mismo artículo 90 Constitucional⁹⁵.

A saber: R = D + I + r (reparación integral).

Importante es acentuar que, de toda la recolección doctrinaria, Santofimio es el único autor que se encontró, con un sistema de responsabilidad en el que incluye la reparación integral como parte del esquema y no como una consecuencia misma de la atribución de responsabilidad a un agente, en este caso del Estado.

En cuanto a la responsabilidad médica de la administración, puntualmente hablando, se ha adoptado el uso de falla del servicio como título de imputación que opera como régimen subjetivo, en donde predomina el elemento culpa. El autor Wilson Ruiz en su texto "Responsabilidad extracontractual del Estado y sus regímenes" a diferencia de los anteriormente mencionados, indica que los elementos que constituyen la responsabilidad por la falla en el servicio son:

- 1. El daño antijurídico⁹⁶ sufrido por el interesado.*
- 2. La falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada.*

⁹⁴ GIL BOTERO, Enrique. La Teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 473

⁹⁵ SANTOFIMIO, Op. cit., p. 743

⁹⁶ En cuanto al daño antijurídico, la explicación ampliamente reconocida ha sido: "aquel daño que la víctima no está en la obligación de soportar". Sin embargo en este texto, no vamos a discutir las múltiples críticas que se le ha hecho a esta vaguísima definición acerca de una de las principales características de la responsabilidad de la Administración, puesto nuestro centro de discusión es otro.

3. *Una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio*⁹⁷.

Como se pudo ver con la ejemplificación de estas posturas, la delimitación de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado no es pacífica en la doctrina. En el apartado jurisprudencial, se determinará si existen las mismas discrepancias al respecto.

4.3.3. Del nexo de causalidad:

Por otra parte, como se anticipó previamente, la existencia del nexo causal como elemento de la responsabilidad médica del Estado es discutida. Algunos autores como Enrique Gil minimizan su importancia mientras que para otros es inconcebible eliminarla de la evaluación de responsabilidad.

Según Obdulio Velasquez Posada *“Como en todo tipo de responsabilidad el nexo causal ha de estar presente, debe existir una relación de causalidad entre la situación imputable al Estado y el daño causado, lo que indica que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho*⁹⁸”.

A su vez, Carlos Enrique Pinzón es de los que considera imperativo contar con el nexo de causalidad en el análisis de una eventual responsabilidad. Sin embargo, el autor pone de presente la necesidad de diferenciar efectivamente el estudio de la causalidad frente al de imputación pues el primero se constituye en el soporte de la configuración del daño, mientras que el segundo pertenece al ámbito jurídico, no científico, donde intervienen los títulos de imputación que no son más que los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad⁹⁹.

Santofimio Gamboa es de los que considera que la causalidad está inmersa en el estudio de la llamada imputación fáctica, la cual explica de la siguiente forma:

(...) cuando el juicio de imputación fáctica se realiza a partir de la acción, la actividad, el servicio, la omisión o inactividad de la administración pública, debe comprender no solo los elementos materiales o naturalísticos del despliegue, de su no concreción o de la insuficiencia en el mismo, sino también verificar que estos se corresponden a los contenidos obligacionales que

⁹⁷ RUIZ, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Tercera edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2016.

⁹⁸ VELASQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis, 2013. p. 346

⁹⁹ PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2016. p. 390

*existen en cabeza del Estado para cumplir con las funciones, deberes y mandatos convencional, constitucional y legalmente conferidos, bajo presupuestos que no se agotan en la constatación de la existencia de una actividad administrativa o pública y se proyectan hacia la concreción de los principios de optimización y de eficiencia de la administración pública, de los que se derivan obligaciones positivas a las que debe obedecer para el pleno respeto de los derechos, bienes e intereses jurídicos tutelados a los administrados en el Estado social de derecho*¹⁰⁰.

Por su parte, Pinzón y otros doctrinantes como Hector Eduardo Patiño plantean un tratamiento diferencial del nexo de causalidad, cuando se trata de imputar una responsabilidad a la administración sobre el supuesto de una omisión. En estos eventos dicen ellos, se suprime el estudio de causalidad, pues *de facto* la administración no actuó para la causación del daño y en cambio se usan criterios de imputación objetiva¹⁰¹ basados ya sobre un nexo de evitación que implica un deber de interrupción del proceso causal adverso. Así, se utilizan los criterios de posición de garante o el de desatención del fin protector de la norma, para endigarle responsabilidad a la administración en los casos de omisión¹⁰².

4.3.4. Sobre la pérdida de la oportunidad:

Ahora, dentro del espectro del nexo causal, nuevamente surge el tema de la pérdida de la oportunidad que ya habíamos abordado en la doctrina civil. En lo particular hay que decir que, según autores como Tamayo, esta teoría es ostentada o bien ante la imposibilidad de probar si la culpa médica fue la *conditio sine qua non* del daño, o bien por privar a la víctima de una oportunidad de mejoría. Ante la primera opción la tasación de la condena se reduciría a favor del Estado, en tanto su actuación sería una concausa del daño; y en la segunda, la indemnización se construirá a partir del porcentaje de chance de recuperación reducida¹⁰³.

Otro sector se aúna a la misma teoría diciendo que en materia de responsabilidad médica, la pérdida de la oportunidad *“ha sido identificada como una concausa en la producción del resultado final ya que a la patología de base que afecta al paciente se suma la acción u omisión médica*¹⁰⁴”.

¹⁰⁰ SANTOFIMIO, Op. cit., p. 763

¹⁰¹ PATIÑO RODRIGUEZ, Eduardo. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. en: Revista de derecho privado Universidad Externado de Colombia, 2008. Vol. 14. p. 176

¹⁰² PINZÓN. Op. cit., p. 427

¹⁰³ TAMAYO, Op. cit., p. 289

¹⁰⁴ PÁEZ, Op. cit.

A su vez, al entrar en pugna dos posibles causas (la natural y la del galeno) y desconocerse cuál es la causante del resultado final, no podrá atribuírsele al médico¹⁰⁵. En ese sentido, si el perjuicio fue la pérdida de la chance de supervivencia o recuperación, el juez deberá modular la indemnización de acuerdo con el porcentaje de pérdida de chance y no al perjuicio completo¹⁰⁶.

Por su parte, Pinzón Muñoz agrega que en lo referente a la falta de certidumbre del porcentaje de probabilidad que la víctima tendría hacia el futuro, no se puede constituir en un impedimento para que el juzgador niegue el perjuicio, ya que este de una u otra manera ya fue demostrado y solo es su cuantificación lo que falta por establecerse. Este punto nublado deberá ser cubierto por criterios lógicos y auxiliares, como la equidad y además en el caso colombiano bajo la aplicación del principio de reparación integral¹⁰⁷.

Otro sector de la doctrina, diametralmente opuesto al que piensa que el problema de la pérdida de la oportunidad es un tema de incertidumbre causal, cree que el tema es una cuestión de daño autónomo. Particularmente Alcoz Medina, considera que se trata del *“daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”*¹⁰⁸.

Según Velásquez Posada:

Para que se pueda hablar de oportunidades, es necesario que la víctima esté reducida a ellas. Por lo tanto, el elemento aleatorio no es la vida, sino sobrevivir; no es la pérdida del proceso judicial, sino su éxito; no es mantener una enfermedad, sino su desaparición. (...) La verdadera pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica se da cuando el paciente pierde la posibilidad de sobrevivir o de curarse. El perjuicio no es la muerte, si acaeció, o la enfermedad. El perjuicio es la pérdida de un simple potencial de oportunidades¹⁰⁹.

Sin embargo, para que la pérdida de la oportunidad pueda convertirse en daño, dicen unos, esta *“debe contener un criterio de cientificidad y probabilidad extraído de las ciencias naturales, que se logra acreditar dentro del proceso judicial con la prueba pericial o el testimonio técnico; así pues que no se considera que este*

¹⁰⁵ GIL, Op. cit., p. 588

¹⁰⁶ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Sevilla: Asjusa Ietramed, 2005.

¹⁰⁷ PINZÓN, Op. cit., p. 50

¹⁰⁸ Alcoz Medina, Luis. La teoría de la pérdida de la oportunidad. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

¹⁰⁹ VELASQUEZ, Op. cit.

*tipo de daño contenga un componente aleatorio sino incierto, de lo contrario, no se trataría de un daño cierto sino de un daño hipotético*¹¹⁰.

En fin, al igual que en la doctrina civilista encontramos el debate sobre donde encuadrar la pérdida de la oportunidad, si como una modalidad de daño o como un problema de incertidumbre causal. Esta discusión se verá repetida más adelante en el estudio de las sentencias del Consejo de Estado, donde continuaremos el análisis.

4.3.5. De la carga de la prueba

Ahora bien, en cuanto al elemento de la culpa o de la falla en el servicio propiamente dicha, Tamayo Jaramillo plantea que si bien el Consejo de Estado durante mucho tiempo utilizó un régimen de culpa probada, a comienzos del siglo XXI viró hacia una especie de presunción no solo de culpa del galeno sino del nexo de causalidad en contra de los entes de salud de carácter público.

El autor plantea en su tratado del 2008 que, si lo que disponía la alta corporación de lo contencioso administrativo era un sistema de carga dinámica de la prueba, entonces no debería tenerse un principio general de carga probatoria según el cual se presume la falla del servicio médico de parte de la Administración y por ende es a este a quien le corresponde probar en contrario¹¹¹.

De esta forma, el doctrinante indica que en la práctica no solo se suponía la falla del servicio sino el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la falla en sí misma; puesto que según el, en no pocos fallos se condenó aun sin encontrar la causa del daño, con el argumento de que era a la entidad pública a quien le correspondía probar que no había causado aquel¹¹².

Al respecto, Enrique Gil se opone abiertamente al postulado de Tamayo indicando lo siguiente:

A diferencia de lo manifestado por este tratadista, la presunción de culpa o de falla, no supone, inexorablemente, la presunción del nexo causal, más técnicamente denominado imputación fáctica, por cuanto hace relación a la prueba de la causa del daño, mientras que la culpa se refiere a la acreditación de la negligencia, impericia o desconocimiento de los reglamentos o lex artis. Por consiguiente, al médico no se le exige que demuestre fehacientemente la

¹¹⁰ Gutierrez Tobón, Verónica y Gómez Sánchez Sebastián. Pérdida de Oportunidad en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: Revista Pluriverso. Julio 2017, N° 9.

¹¹¹ TAMAYO, Op. cit., 1112

¹¹² TAMAYO, Op. cit., 1114

*causa del daño, sino que acredite que su actuación fue diligente y cuidadosa, por la que el daño no le es imputable*¹¹³.

Para Gil Botero el paso de régimen de culpa probada a falla presunta era aceptable, pero no opinaba lo mismo frente a la adopción de la teoría de las cargas dinámicas, ya que consideraba que para su correcta aplicación era preciso que existiere una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria), que existe hoy en día en el Código General del Proceso, pero su ausencia afectaba según el, los derechos al debido proceso y a la defensa, gracias a que el juzgador podía sorprender probatoriamente a las partes¹¹⁴.

Por su parte, Bejarano Guzmán afirma que el primer inciso del artículo 167 del CGP prevé como regla general la carga para el actor de probar los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, reafirmando el régimen de culpa probada frente al título de imputación subjetivo del Estado. No obstante el mismo artículo regula también la posibilidad de dinamizar la carga de probar, no como regla general sino a partir de las particularidades del caso concreto¹¹⁵.

La posibilidad de aplicación de las cargas dinámicas, dice el autor, está supeditada a que se verifique las particularidades del caso y su entidad, para que el juez de oficio o a petición de parte redistribuya las cargas probatorias.

No obstante, la utilización de este principio no puede estar apoyado en un criterio meramente discrecional o caprichoso del juez o de una de las partes, porque esto repercutiría en el derecho fundamental al debido proceso. En ese sentido, solo podrá entenderse que una parte está en mejores condiciones probatorias que la otra, si se da una de las siguientes circunstancias: "a) Por cercanía al material probatorio; b) por tener en su poder el objeto de prueba; c) por circunstancias técnicas especiales; d) por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio; e) por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, o f) por circunstancias similares"¹¹⁶.

4.3.6. Criterios de imputación objetiva

Santofimio Gamboa en su "Compendio de derecho administrativo" pone de presente que, además de no existir un modelo cerrado y monolítico frente a los títulos de

¹¹³ GIL, Op. cit., p. 566

¹¹⁴ GIL, Op. cit., p. 565

¹¹⁵ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. La carga de probar la falla del servicio en la responsabilidad estatal. En: HENAO, Juan Carlos y OSPINA GARZÓN Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por Qué? ¿Hasta Dónde?. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 265

¹¹⁶ Código General del proceso, Artículo 167.

imputación, porque en cada caso el juez podrá determinar qué modelo aplicarle; hay que prestarle atención a los aspectos de la teoría objetiva de responsabilidad del Estado, que entre otras cosas resuenan de la jurisprudencia constitucional, cuando sostiene que la¹¹⁷:

(...) la superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen¹¹⁸.

Más concretamente José Manuel Martínez Malvaer y Diana Milena González Castro¹¹⁹ entienden que para realizar un juicio de imputación en responsabilidad médica es indispensable delimitar lo concerniente a la posición de garante del garante y a la competencia del sujeto en la actuación realizada.

Esto es, solo se encontrará obligado a responder quien ostenta una posición de garante. Entonces estará llamado a responder aquel individuo que participa en las organizaciones sociales, en el caso del médico, dentro del sistema público de salud, como garante de la salud del paciente (con competencia institucional). Aquí los límites de las funciones sirven a su vez como límites de la responsabilidad del galeno, entonces el profesional de la salud, que se mantiene dentro de los lineamientos de su rol, no deberá responder por un curso causal lesivo.

Una vez determinada la oposición de garante, es menester revisar la no exclusión de los siguientes criterios en el juicio de imputación:

- a. **El riesgo permitido:** las actuaciones de los galenos están enmarcadas en los protocolos institucionales, en donde quedan agrupadas las conductas a seguir y el estándar de comportamiento del profesional de la salud, lo que conlleva a que el riesgo residual, no concebido en la normatividad, sea permitido.
- b. **El principio de confianza:** este criterio implica pensar que, cuando el comportamiento de las personas depende de más de uno, no forma parte del rol de los sujetos, controlar permanentemente a todos los demás, pues de otra forma no podría haber reparto del trabajo.

¹¹⁷ SANTOFIMIO, Op. cit., p. 749

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. Citado por: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 749

¹¹⁹ MARTÍNEZ MALAVER, José Manuel. El injusto imprudente en la responsabilidad médica. En: Revistas Científicas Universidad Autónoma de Colombia. Julio, 2011. N° 5. ISSN: 2145-3381.

- c. **Acciones a propio riesgo:** implica el consentimiento de la víctima y la lesión de los deberes de autoprotección. Aquí se traslada la competencia a la esfera de la víctima.
- d. **Prohibición de regreso:** Niega la imputación del evento dañoso cuando en el proceso causal iniciado por el agente, se haya interpuesto una conducta dolosa o gravemente negligente de un tercero. Solo procedería imputar la responsabilidad, a aquel que hubiera iniciado el curso causal, si este estaba en una posición de garante respecto del bien jurídico lesionado.

Por su parte Oriol Mir Puigpelat opina que, frente a la responsabilidad sanitaria de la administración, esta *“deberá ser responsable por todos aquellos daños que cause o no logre evitar y que no sean verdaderamente inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, (...) y de haberse dispuesto de tiempo y recursos ilimitados para realizar todas las pruebas y tratamientos que permiten el estado más avanzado de la medicina”*¹²⁰.

Y específicamente para los casos de responsabilidad sanitaria por errores de diagnóstico, el doctrinante considera que merecen ser indemnizados los daños bajo criterios de tipo objetivo *“puesto que, en el actual estadio científico-tecnológico, con el tiempo y los recursos ilimitados se puede diagnosticar casi todo, y la mayoría de las enfermedades y afecciones que se diagnostican correctamente y a tiempo se pueden curar”*¹²¹.

Más adelante entonces, se establecerá como está zanjada esta discusión en la jurisdicción contencioso administrativa, con el análisis de las sentencias.

¹²⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. En: La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 492

¹²¹ MIR, Op. cit., p.493

5. ANÁLISIS DE LA EVALUACIÓN REALIZADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTENCIAS SOBRE ERROR DE DIAGNÓSTICO MÉDICO¹²²

El siguiente análisis se realiza con base en la sentencia que muchos llaman hito del 2016 en contra de la Clínica Las Vegas en Medellín, entre otras cosas porque cuenta con los presupuestos fácticos objeto de estudio en este artículo; lo cual, hacía imprescindible constituirlo como la sentencia macro sobre la que se realizaría el estudio de la jurisprudencia de la Corte en forma retrospectiva.

Es importante poner de presente que de la intensa búsqueda jurisprudencial que se llevó a cabo para realizar el estudio de sentencias, en donde se evaluaban posibles errores de diagnóstico médico, no se logró encontrar un significativo número de sentencias condenatorias en esta corporación; lo cual, comparativamente con la jurisprudencia del Consejo de Estado, constituyó la mayor desproporción. Lo anterior será ampliado en el apartado de las conclusiones, pero se considera un dato importante, que debía conocer el lector de forma preliminar, pues en la jurisdicción ordinaria son escasas las providencias encontradas en donde se condene a los galenos o a las instituciones de salud por mal diagnóstico médico.

Por cuestiones prácticas se le deja saber al lector que, inicialmente se hará el análisis de las únicas dos sentencias encontradas, en donde se condena por error de diagnóstico en la jurisdicción ordinaria. Posteriormente se pasará a estudiar las restantes sentencias elegidas, que, aunque si bien no son condenatorias, se encontraron aspectos relevantes al estudio, que hacía pertinente su exposición.

¹²² Cabe aclarar que el presente análisis de sentencias no se corresponde con una línea jurisprudencial, toda vez que el problema planteado no pretende la identificación de repuestas dicotómicas de las providencias jurisprudenciales frente a una pregunta jurídica, sino que procura evidenciar como es en general, la evaluación de responsabilidad civil y estatal que hace La Corte Suprema y el Consejo de Estado frente a casos de error en el diagnóstico, para hacer un cotejo entre ellas.

5.1. SENTENCIAS CONDENATORIAS

5.1.1. Sentencia Base: sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil (SC13925 – 2016).

Ponente: Ariel Salazar Ramírez

Demandadas: Inversiones Medicas de Antioquia S.A y la Clínica Las Vegas Coomeva IOS Ltda.

5.1.2. Resumen de los hechos

La señora Luz Deisy Román Marín, de 40 años, ingresó a la Clínica Las Vegas el 29 de mayo de 2002 por dolor abdominal y calambre en la pierna derecha. Su padecimiento se le atribuyó a dolores menstruales, infección renal y dolor producto del dispositivo anticonceptivo que llevaba en su cuerpo, en cada una de las visitas que debió realizar a la clínica por falta de diagnóstico acertado, respectivamente.

Finalmente, se le diagnostica apendicitis aguda perforada y peritonitis por lo que se intervino quirúrgicamente. Aún sin estar totalmente recuperada se le da de alta arguyendo la necesidad de espacio en el hospital debido a que su tratamiento podía ser domiciliario.

La paciente reingresa a la clínica días después dada la gravedad de su estado y allí se le realizan varias operaciones en los días sucesivos, sin contar con éxito, pues el 23 de junio de 2002 finalmente fallece.

5.1.3. Pretensiones

Que se declarara responsables a los demandados, de la muerte de la víctima, a causa de la deficiente atención médica, quirúrgica y hospitalaria recibida en la clínica demandada entre el 29 de mayo de 2002 y el 23 de junio de ese mismo año.

5.1.4. Consideraciones de la Corte

La Suprema Corte describe la estructura de la responsabilidad civil de la siguiente manera¹²³:

¹²³ Si bien la cita extractada es confusa, constituía la única manifestación expresa en la sentencia de los elementos de la responsabilidad, por lo cual se quiso poner de presente. Sin embargo, a lo largo del análisis se podrá vislumbrar con mayor claridad dicha estructura.

“La presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas)”¹²⁴.

En ese sentido tendríamos un esquema:

R (responsabilidad) = D (daño) + I.J (imputación jurídica) + C (culpa)

5.1.5. El daño

Lo denomina jurídicamente relevante y deja claro que este no es razón suficiente para considerar la posibilidad de un resarcimiento, puesto que requiere que verse sobre un bien jurídico que cuente con protección constitucional o legal, de suerte que su transgresión faculte a su titular para reclamar la respectiva indemnización por vía judicial. La Corte indica que el criterio para establecer la existencia del daño es normativo (principios, valores y reglas del ordenamiento)¹²⁵.

En el caso concreto se propuso como daño la muerte de la víctima, no la pérdida de la oportunidad para sobrevivir.

5.1.6. La atribución del daño a un agente

La Corte en esta sentencia desdibuja la noción típica de nexo causal y más bien incluye su apreciación dentro del estudio de la imputación así:

“El daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de imputación de la acción (o inactividad) a un sujeto. No puede desconocerse que la ‘causalidad natural’ es uno de los elementos que el juez suele tomar en cuenta para hacer la labor de atribución de un hecho a un sujeto; sin embargo, la valoración de un hecho como causa física de un efecto es sólo un aspecto de la imputación”¹²⁶.

La causa jurídica o nexo de imputación es el razonamiento a través del cual se le atribuye el resultado dañoso a un sujeto. A partir de la imputación del hecho se

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.1

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.2

construye un juicio que facilita considerar a alguien como artífice de una acción u omisión, sin todavía hacer juicio de reproche alguno¹²⁷.

Para determinar si una conducta activa u omisiva es atribuible a un agente dice la corporación, se debe partir de categorías jurídicas como: el deber de actuar, la posición de garante, las obligaciones de seguridad, entre otras. Estas, cabe aclarar, no se constatan directamente, si no que logran atribuirse por medio de pruebas inferencias como marco de sentido jurídico¹²⁸.

En la providencia descrita, la Corte hace uso de la teoría de la causalidad adecuada para la evaluación del nexo de imputación (*imputatio facti*), así:

Si se analiza la conducta individual de cada uno de los agentes singulares que intervinieron en la atención médica negligente que se brindó a la señora Luz Deisy Román, no hay forma de deducir con certeza lógica que cada una de ellas, por separado, fue la “causa adecuada” de su muerte. Sin embargo, al examinar el proceso organizacional como un todo en el que se presentó un gran cúmulo de omisiones y violación de estándares científicos y de reglamentos técnicos y profesionales, es preciso concluir que esas actuaciones y abstenciones culposas, consideradas como una unidad de acción organizativa fueron, en términos de probabilidad, el factor jurídicamente relevante que agravó la condición física de la paciente y propició su muerte¹²⁹.

5.1.7. El juicio de reproche culpabilístico

El reproche civil, indica la alta corporación, no implica el haber actuado mal, sino en no actuar conforme al estándar de prudencia que le es exigible, aún teniendo la posibilidad de hacerlo. Se trata básicamente de un juicio de ilicitud de la conducta, en donde recae el desvalor, y no en el sujeto, pues serán irrelevantes sus características particulares¹³⁰.

Sin embargo, la Sala en su estudio del caso recalca que la posibilidad de reprochar determinado hecho a un sujeto se debe a que este es libre. Por libertad extracontractual ha de entenderse, que el artífice del hecho debe contar con alternativas de decisión o poder de control de la situación; es decir, que cuente con

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 7

¹³⁰ BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 78. Citado por: Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.3

volición. En ese sentido, el agente no responderá en lo que no participe con tal libertad, pues el resultado deberá ser imputado a otros factores, como a una causa extraña¹³¹.

En este caso hemos de entender que el régimen utilizado por la corporación en esta sentencia es el subjetivo, puesto que se mira la observancia o inobservancia de los deberes de diligencia y cuidado propios de la *lex artis*.

5.1.8. Responsabilidad sistémica de las personas jurídicas

La corporación hace un breve recuento por la historia de la institución de la responsabilidad según cada esquema de atribución de esta. En un principio como ya se había reseñado en otra sección de este texto, operaba la llamada responsabilidad indirecta (por culpa *in vigilando* e *in eligendo*), pero fue descartada para dar paso a la responsabilidad directa con la tesis organicista, según la cual *“la persona jurídica incurría en responsabilidad directa cuando los daños eran producidos por sus órganos directivos y en responsabilidad indirecta en los restantes eventos”*¹³².

No obstante, la idea de la responsabilidad directa se fue tornando obsoleta para considerar la responsabilidad de las personas jurídicas, pues constituía un gran error *“concebir las como entes semejantes a los organismos psíquicos o humanos, pasando por alto que los sistemas supraindividuales tienen una estructura, organización, fines y procesos de acción y comunicación completamente distintos a los de sus elementos humanos”*¹³³.

En ese sentido, la Corte plantea la responsabilidad sobre: *“La culpa de la persona jurídica por la realización de sus procesos organizativos, de la cual se puede eximir sí demuestra los mismos supuestos de hecho que pueden esgrimir las personas naturales, esto es el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, y la diligencia y cuidado socialmente esperables”*¹³⁴.

Adicional a lo anterior la Sala amplía su posición de la siguiente forma:

¹³¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.3

¹³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 4

¹³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 4

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 5

Para efectos de atribuir responsabilidad patrimonial a una persona jurídica organizativa por los perjuicios causados a terceros en despliegue o con ocasión de su función, al derecho no le interesa si el agente dañador está sujeto a vigilancia, control y dirección; ni el grado de autoridad o cuidado al que está sometido (...).

(...) Es más, ni siquiera en todos los casos es exigible la falta de cuidado atribuible a una persona natural determinada, porque lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores¹³⁵.

En el caso específico se endilga responsabilidad por culpa organizacional y vale decir que hay doctrinantes como Tamayo Jaramillo y Rojas Quiñones quienes consideran este cambio, como uno importante dentro de la sentencia estudiada, al punto de denominarla ‘el big bang de la responsabilidad civil,¹³⁶’ entre otras cosas, por apartarse del precedente anterior en el que se consideraba la culpa directa de las organizaciones por los daños que pudieren producir sus empleados.

Al respecto la sentencia emite su consideración frente a la responsabilidad de las demandadas de la siguiente manera:

Las fallas médicas y organizacionales que se consideran relevantes para el desencadenamiento de aquel resultado, tales como el error de diagnóstico, la tardanza en descubrir la patología que sufría la paciente, los tratamientos y procedimientos que se le brindaron, así como las rupturas en los flujos de la comunicación, se enmarcan en una unidad de acción operativa a cargo de las instituciones demandadas, es decir que fueron obra suya en virtud del deber de prestadoras del servicio de salud de calidad que les asignó el artículo 185 de la Ley 100 de 1993. De ahí que esté suficientemente demostrado el factor de atribución del hecho desencadenante del daño¹³⁷.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 5

¹³⁶ ROJAS QUIÑONES, Sergio. ¿Hacia una “nueva” responsabilidad civil? [Online]. Bogotá: Ámbito Jurídico, 2017. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/hacia-una-nueva-responsabilidad-civil>

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 7

Todo lo anterior deja entrever que, el núcleo fundamental de la culpa organizacional sería la existencia de una unidad de acción operativa a cargo de la institución de salud, enmarcada en la función que se le atribuyó legalmente. Es más, tratándose de la explicación que la corporación hace de esta teoría, se hace mención expresa de que, para atribuir responsabilidad al ente colectivo, se requiere que el perjuicio se origine en los procesos organizacionales constitutivos de la culpa in operando; esto es, que el daño se produzca dentro de los procesos empresariales, debiendo ser estos a su vez reprochables en cuanto a la diligencia y cuidado debidos¹³⁸.

En el caso concreto, habría que decir que confluyeron tanto la culpa galénica (al errar en el diagnóstico), que podría atribuirse al ente privado de salud por responsabilidad directa (por el hecho de sus empleados); como la culpa organizacional por los errores en la operación y prestación del servicio de salud (tales como la ausencia de camas, la imposibilidad de prestar un servicio domiciliario etc.).

5.1.9. De la carga probatoria

En lo que respecta a esta, la sentencia afirma lo siguiente: *“Quien pretenda el resarcimiento de un detrimento patrimonial deberá demostrar en el proceso, además de los elementos de la responsabilidad civil, el monto y la magnitud de su pérdida, de manera que la decisión del sentenciador se asiente sobre la prueba de aquello que debe ser resarcido con el fin de restaurar los bienes jurídicos conculcados, en virtud del principio de reparación integral del daño¹³⁹”*.

Adicionalmente se afirma que *“deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación¹⁴⁰”*.

En este caso entonces, habremos de entender que, en materia de responsabilidad civil médica, la jurisdicción ordinaria optó por el régimen de culpa probada, cuya carga, como es bien sabido, recae principalmente en cabeza del actor. En ningún momento se hizo referencia a la posibilidad de aplicar la teoría de las cargas

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 5

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 9.1

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.2

dinámicas, por lo que se reitera, la prueba de la falta de diligencia del médico (que es fundamental) quedó en cabeza de la víctima.

5.2. Sentencia previa # 1: sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Con su respectiva sentencia sustitutiva (SC15996-2016)¹⁴¹.

Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda y Luis Alonso Rico Puerta (sentencia sustitutiva).

Demandados: EPS Famisanar Ltda. Cafam - Colsubsidio y la Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio.

Valga aclarar que el presente análisis se realizó con base en las dos sentencias reseñadas arriba, puesto que, en la sentencia de casación propiamente dicha, se revocó la impugnada, pero se solicitaron pruebas de oficio para establecer correctamente el valor de los perjuicios de las víctimas, gracias a que no había quedado claramente determinado en la casación.

5.2.1. Resumen de los hechos

El 26 de junio de 2003 los cónyuges Cantillo Rodríguez acudieron por urgencias, al Centro Médico Colsubsidio de Ciudad Roma, debido a que Julio Enrique presentaba un fuerte dolor en la parte baja del tórax que se extendía a sus brazos, se encontraba pálido, nauseabundo y sudoroso. En tal oportunidad el médico que le atendió, sin practicar ningún examen, le diagnosticó gastritis, le prohibió tinto, cigarrillo, le formuló Omeprazol y lo remitió para valoración por Gastroenterología.

La galena a la cual se remitió estimó que los síntomas apuntaban más hacia una afección cardíaca que digestiva, por lo cual, ordenó con carácter urgente, un electrocardiograma, una endoscopia.

El 27 de junio la víctima fallece en su domicilio sin conocerse la causa, por lo que se vincula a la Fiscalía y se determina que el señor Julio Enrique fallece a causa de un infarto. Tan solo el 28 de julio el centro médico contacta a la ya viuda, para informarle que precisan hablar con su esposo para revisar los resultados de los estudios.

5.2.2. Pretensiones

Los actores solicitaron declarar que las demandadas son responsables civilmente de todos los daños y perjuicios a ellos ocasionados por el deceso de su esposo y

¹⁴¹ La mayor parte de referencias de este análisis se extrajeron de la sentencia de casación del 2013 pues es donde se encontró los elementos de mayor relevancia para el caso concreto. La sentencia sustitutiva de 2016 casi en su totalidad se dedicó al análisis de pruebas que se solicitó de oficio en la providencia del 2013 y a realizar la tasación de los perjuicios.

padre Julio Enrique Cantillo Rueda, provocado por un diagnóstico equivocado, negligencia médica y defectuosa prestación de los servicios de salud.

5.2.3. Elementos de la responsabilidad

Frente al esquema de responsabilidad utilizado por la corporación, se encontró que es preciso:

R = H (acción u omisión) + D (daño) + C (causalidad) + I (imputación a título de dolo o culpa)

Tal esquema será hara palpable en el subsiguiente análisis de la sentencia.

5.2.4. El daño

Frente a este, la Sala civil en la sentencia de casación dijo:

“El reproche de la actuación médica deviene de la negligencia y omisión de cuidado por parte de los encargados de atender la salud del enfermo, pues aquellos desperdiciaron las posibilidades con que se contaba para conocer el verdadero diagnóstico de su padecimiento, privándolo del tratamiento oportuno, humana y razonablemente buscado, lo que en consecuencia disminuyó y más bien, eliminó la viabilidad de sanación y preservación de su vida¹⁴²”.

A pesar de que en esta cita de la sentencia de casación la Corte en da indicios de una condena por pérdida de la oportunidad de sobrevivir, en la sentencia sustitutiva se termina condenando por la muerte de la víctima, como daño imputable a las entidades demandadas, según se observa en el siguiente aparte:

Se declara “solidariamente responsable a la parte demandada, EPS Famisanar Ltda. Cafam - Colsubsidio y la Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio, de los perjuicios ocasionados a los accionantes Melba Inés Rodríguez Gómez, Julián Enrique, Aiza Fernanda y César Augusto Cantillo Rodríguez, debido al fallecimiento de su esposo y padre Julio Enrique Cantillo Rueda, de acuerdo con lo esgrimido en la parte motiva de este fallo¹⁴³”.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 14

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 5

5.2.5. Imputación

El régimen de imputación usado por la corporación para este caso específico de responsabilidad civil médica es el subjetivo puesto que al no tratarse de supuestos de medicina estética u obstetricia donde normalmente se considera que la obligación del galeno es de resultados; la conducta esperada es de diligencia y cuidado, como se ve a continuación:

“La Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con una equivocada diagnosis ocasionen¹⁴⁴”.

Al respecto, la corporación cita un fallo anterior en donde se había expuesto lo siguiente: *“(...) el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los cuidados de prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste¹⁴⁵”.*

De igual forma retrotrae lo dicho en providencia del 85 donde afirmaban que:

(...) 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 al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, (...). Por tanto, el médico tan sólo 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 curación¹⁴⁶”.

De las anteriores referencias extractadas, se tiene por reiterado en este caso, el uso de un régimen subjetivo de responsabilidad frente a los daños causados en virtud del servicio médico.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 12

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de marzo de 1940. Citada por la Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 8.1

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de septiembre de 1985. Citada por la Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 8.2

5.2.6. Atribución de responsabilidad a la persona jurídica

Por otra parte, del análisis de la Sala se colige el uso de la teoría de la responsabilidad directa de la organización; en tanto, se preocupan por determinar la culpa del galeno y de allí derivar la responsabilidad de la persona jurídica así:

En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente¹⁴⁷.

Adicionalmente dice la Corte, en el caso particular:

(...) dada la formación profesional del médico que inicialmente y por urgencias atendió al mencionado paciente, en consideración a la edad de éste (52 años), hábitos (fumador crónico y tomador de tinto) y los mismos signos y síntomas que presentaba (dolor epigástrico, opresivo, extendido a todo el pecho y a ambos brazos, nauseabundo), aquél se encontraba en capacidad de analizar que para una acertada diagnosis, debía valerse de recursos como el electrocardiograma o en caso de que en ese sitio careciera del instrumental para obtenerlo, la remisión igualmente de forma urgente, a donde fuera viable su realización. Como procedió desconociendo tales factores de riesgo y las posibilidades de establecer la verdadera causa del padecimiento, realizó un diagnóstico preliminar inconsulto y dio una fórmula inicial de medicamentos que se acreditó, no guardaba relación con las manifestaciones o patología del paciente, ese descuido se muestra con entidad para comprometer la responsabilidad institucional que se pide declarar¹⁴⁸.

La corporación es enfática en decir que la responsabilidad de una institución de salud está supeditada a la prueba de que, en el desarrollo del correspondiente contrato o atención prestada, se incurre en culpa institucional o profesional. Sin embargo, para que tal culpa sea idónea para imponer sobre estos una obligación resarcitoria, es preciso que sea imputable al profesional o a la institución y además

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2001. CITADA por la Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 8.6

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 12

que se constituya como la causa eficiente de los daños ocasionados al paciente, e igualmente que haya relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio irrogado¹⁴⁹.

Se resume entonces que los parámetros de calificación de responsabilidad en esta sentencia se basaron en régimen subjetivo de imputación, así como responsabilidad directa de la organización por el hecho de sus agentes. Vale recalcar sin embargo que, la diferencia entre los criterios usados en esta sentencia con respecto a la anterior, pasan por una cuestión temporal, pues como ya se podrá haber percatado el lector, la sentencia base de esta corporación es posterior al resto de sentencias.

5.2.7. Carga probatoria

En la providencia objeto de estudio se encontró un sistema base de responsabilidad por culpa probada en el que al demandante le corresponde el grueso de la carga probatoria, para que salgan adelante sus pretensiones. No obstante, la corporación hace la claridad en cuanto a la posibilidad de hacer uso del sistema de cargas dinámicas, en los casos en que la carga de la prueba del demandante sea desproporcional a sus capacidades dentro del proceso; así como también la posibilidad de probar a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes, principios como el *res ipsa loquitur*, entre otros, según se verá en el apartado citado seguidamente¹⁵⁰:

Corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado éste último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 8.4

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 8.6

partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix) ¹⁵¹.

Del apartado anterior es importante resaltar, que la Corte estaba haciendo alusión al principio de cargas dinámicas, que solo se instauró a partir del año 2012 con la expedición del Código General del Proceso. Lo cual deja entrever que su régimen probatorio no necesariamente se basaba en la culpa probada a rajatabla, sino que ya se empezaba desde el 2001 (año de la cita), a usar estos criterios de distribución de la carga de la prueba.

Ahora, si bien es cierto que existen ayudas probatorias por las que puede optar un juez en un caso concreto, debido a sus características específicas, para no hacer imposible la carga de la parte demandante, también es cierto que en la responsabilidad médica específicamente, como ya se ha mencionado en otras ocasiones, al no ser una ciencia exacta, ocurre que para condenar a una entidad de salud o a un profesional de la medicina en cuanto al error de diagnóstico, se debe verificar no solo la falta de diligencia y cuidado, sino que el galeno:

No observe los deberes que le competen dirigidos a salvaguardar o mejorar el estado físico o mental de aquel, por ejemplo, porque deja de utilizar los medios diagnósticos aconsejados, se despreocupa de los resultados de los exámenes que ha dispuesto, lo formula tardíamente o deja de hacerlo cuando era necesario, omite sin excusa las respectivas remisiones o interconsultas si a ellas hay lugar con la prontitud necesaria, compromete su responsabilidad, lo que por tanto, puede generar obligación de resarcir los daños que esa negligencia le irroque al afectado¹⁵².

De igual forma, la Corte amplía su exposición en cuanto al error de diagnóstico, como parte crucial del acto médico complejo, de la siguiente manera:

Trátese, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2001. Citada por: Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 8.5

¹⁵² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 11

*sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así, por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en él*¹⁵³.

En últimas, como se habrá podido colegir de todo lo reseñado anteriormente, los galenos y sus respectivas entidades de salud únicamente comprometerán su responsabilidad, cuando sus errores sean inexcusables de acuerdo con las posibilidades que se tuvieran en el caso concreto y siempre en teniendo como parámetro lo dictado por la *lex artis*.

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 12

5.3. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

5.3.1. Sentencia previa # 2: sentencia del 15 de septiembre de 2016¹⁵⁴.

Ponente: Margarita Cabello Blanco

Demandados: Germán Salazar Santos, Gloria Amparo Troncoso Moreno, Martha Catalina Ortiz Robledo, Fundación Cardio Infantil –Instituto De Cardiología- Y, La Aseguradora De Vida Colseguros S.A. –Entidad Promotora De Salud– Colseguros E.P.S.

5.3.2. Resumen de los hechos

La señora Martha Doris Abella acude a control prenatal y le indican que está todo bien. Varios días después presenta dolor abdominal y le diagnosticaron gastritis aguda, recetándole únicamente medicamentos. Dada la persistencia de su padecimiento, la señora visita a otro especialista quien ratifica el diagnóstico anterior. Finalmente, Martha Doris debe regresar al servicio de urgencias, donde le diagnosticaron preclamsia, por lo que debe practicársele una cesárea. El niño requirió incubadora y posteriormente le diagnostican retinopatía, enfermedad que lo llevó a la ceguera total.

5.3.3. Pretensiones

Que se declare responsables a los demandados por los daños causados al menor Jaime Abraham Rueda Abella en el momento de su nacimiento, por la negligencia y descuido en la atención prestada durante el control prenatal a la señora Martha Doris Abella Chalacán, quien como consecuencia presentó preeclampsia que la llevó a una inminente eclampsia, obteniendo como producto un neonato prematuro al extremo, con daño visual de por vida (ceguera total), a causa de una Retinopatía.

5.3.4. Consideraciones de la Corte

La Sala en este caso, no casa la sentencia del Tribunal con carácter desestimatorio para las pretensiones. De igual forma, se resalta de la providencia, los apartes que son relevantes para este estudio:

¹⁵⁴ Vale la pena acotar, que entre esta sentencia y la sentencia base de la misma corporación, solo mediaron quince días de diferencia, lo cual interesa para determinar qué tan distantes están en su evaluación de la responsabilidad civil médica.

5.3.5. Elementos de la responsabilidad

“ (...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)¹⁵⁵.”

En ese sentido tenemos un esquema del tipo:

R = H (comportamiento activo u omisivo) + I (culpa o dolo) + D (daño) + c (causalidad adecuada)

El daño objeto de discusión, fueron las supuestas secuelas que acarrió el menor por una mala diagnosis de preclamsia, que lo terminó dejando ciego durante sus primeros meses de vida, por nacer de forma prematura. No se habló en ningún momento de la pérdida de la oportunidad de curación, en virtud de un diagnóstico tardío de la enfermedad - como se debió haber hecho -, puesto que el menor no nació ciego por salir antes del vientre, sino que en los meses subsiguientes desarrolló una enfermedad que no fue diagnosticada y tratada a tiempo, dejándolo invidente.

Particularmente, en cuanto a la causalidad la corporación dijo lo siguiente:

“Si en gracia de discusión se admitiera que el galeno fue negligente respecto de la atención médica que debió recibir la señora Abella Chalacan, de suyo no habría lugar a que se declarara responsable por la ceguera que aqueja al menor Jaime Abraham Rueda, precisamente, porque ésta no deviene de su nacimiento prematuro sino de la retinopatía que se le desarrolló durante los primeros meses de vida¹⁵⁶”. Porque adicionalmente “ (...) los actores no demostraron que el menor Jaime Abraham Rueda perdiera la visión como consecuencia de la atención médica que le prestaron las demandadas¹⁵⁷”.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2001. Citada por: Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 4.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 2, Viñeta 1.2

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 2, Viñeta 2.1

5.3.6. De la carga de la prueba:

Frente a esta la corporación se manifestó de la subsiguiente forma:

“Si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos”

(...) no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)¹⁵⁸”.

Lo anterior permite concluir que, frente a la definición de responsabilidad de un profesional de la medicina o de un establecimiento de salud, la carga de la prueba recae sobre el demandante, constituyendo un régimen de culpa probada; nuevamente, con posibilidad de activar el sistema de cargas dinámicas si las particularidades del caso lo ameritan.

Adicionalmente es importante resaltar que, el juez de casación en este caso está poniendo de presente la necesidad de crear un modelo de referencia *in concreto* para evaluar la culpa del profesional; pues como se vio en el aparte doctrinal, el criterio de buen padre de familia o el de simple observancia de la diligencia y cuidado no bastan para los casos de culpa profesional. En estos eventos, se hace preciso

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. Citada por: Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñera 5.3

evaluar las características específicas del sujeto (en tanto hagan más riguroso el modelo), para determinar qué grado de diligencia le era exigible.

5.3.7. Atribución de responsabilidad a más de un agente dañador

Al respecto la corporación dijo:

“Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues ‘el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas¹⁵⁹”.

El párrafo transcrito da cuenta de la posibilidad de condenar solidariamente a todos los intervinientes de la atención médica, cuando se establece que hubo más de un causante del daño irrogado a la víctima.

5.3.8. Forma de atribución de responsabilidad al ente de salud:

Sobre el tema la Corte se pronunció así:

La responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de septiembre de 2002. Citada por: Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 4.

(...) se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica, pero escoge un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo¹⁶⁰.

Lo reproducido permite colegir un sistema de responsabilidad directa de la organización por las culpas de sus agentes, que se tienen como propias, por constituir una especie de unidad. De ahí, que se haga la diferenciación entre la responsabilidad de los galenos que solo hacen uso de las instalaciones hospitalarias para llevar a cabo algún procedimiento; pues los daños que estos causen no deberían ser atribuibles a la entidad de salud, dado que no hacen parte del cuerpo médico vinculado a la persona jurídica.

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 4, Viñeta 4.

5.4. Sentencia previa # 3: sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil. (SC15746-2014).

Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez

Demandado: Clínica Partenón Ltda.

5.4.1. Resumen de los hechos

El 4 de diciembre de 2006, al demandante le inició padecimiento con dolor abdominal en región hipogástrica y flanco derecho, intenso, siendo atendido el día siguiente en la Clínica demandada. Realizados varios exámenes, fue manejado su padecimiento con medicamentos, luego de lo cual le dieron salida y manejo ambulatorio.

El 6 del mismo mes retornó al centro donde se le practicaron nuevos análisis, y el padecimiento resulto compatible con una Urolitiasis, por lo que se remite al servicio de urología. Nuevamente le dan salida al paciente en espera de la cita urológica, pero con posterioridad el especialista consultado ordena su reingreso por hallar una apendicitis aguda. Se indica necesidad de cirugía, con la advertencia de que la atención quirúrgica solo sería brindada cuando solucionara el pago de la cuenta en el centro médico.

Dado lo anterior, el paciente decidió ingresar al servicio de urgencias del Hospital de Engativá, donde le practicaron laparotomía exploradora, lavado peritoneal y apendicetomía. Esta última entidad le realizó diversas reintervenciones por apendicitis perforada y peritonitis generalizada, permaneciendo internado en la Unidad de Cuidados Intensivos hasta el 3 de enero de 2007.

El médico tratante del actor dice que este último presenta como secuela, gran limitación para la realización de actividades con esfuerzo físico, marcha con limitación por dolor, levemente encorvado, sin que pueda desempeñar sus actividades como taxista y estando restringido en cualquier actuar en vida familiar, social y laboral.

5.4.2. Pretensiones

El accionante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la Clínica Partenón Ltda. Producto de la negligencia, imprudencia e impericia por error diagnóstico y mal manejo efectuado por los médicos adscritos a ella.

5.4.3. Consideraciones de la Corte

Dado que esta sentencia tampoco fue condenatoria, me limitaré a presentar apartes que sean relevantes en cuando a como se evalúa la responsabilidad médica en materia civil.

5.4.4. Elementos de la responsabilidad

Frente a estos la corporación expuso que se: *“exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad”*¹⁶¹.

Esto es: R = C (contrato) + I (incumplimiento) + D (daño) + c (causalidad).

Al respecto hay que decir que se añade a la estructura de la responsabilidad extracontractual, lo pertinente para la constatación de la existencia de un vínculo previo entre las partes, al tratarse en esta oportunidad, de una responsabilidad contractual.

5.4.5. En cuanto al error de diagnóstico

*Las fallas en el diagnóstico están asociadas a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. (...), debiéndose descender a las probanzas para hallar allí, no tanto si el diagnóstico inicial no atinó, pues ese no es un hecho discutido, sino cuánto de culpa del centro hospitalario existió en ese presunto error de diagnosis, por supuesto si ese error fue la causa efectiva del daño*¹⁶².

Lo reseñado en el párrafo anterior es relevante en tanto deja entrever que, lo más importante no es el dicho de que existió un mal diagnóstico médico, pues habrá casos en que el daño sea excusable dada la opinabilidad de la medicina y de las condiciones específicas del caso que se evalúe. Lo que es realmente crucial, es advertir que el error de diagnóstico se debió a equivocaciones inexcusables en la práctica de la *lex artis* o a errores e incompetencias del centro de salud como

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil. Numeral 7 (de consideraciones).

¹⁶² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil. Numeral 2. Viñeta 5

conjunto, que impidieron dar un dictamen certero al paciente. Lo cual deja entrever a su vez, un régimen subjetivo de responsabilidad.

5.4.6. En materia probatoria

En lo referente a la historia clínica como elemento probatorio, la Corte expresó lo siguiente:

La historia clínica tiene una relevancia en estos asuntos pues en la medida en que recoge todos los datos referidos al estado de salud y la asistencia prestada al paciente, informan al juez, como a los peritos que se sirven de ella para rendir concepto, sobre la condición del paciente y la atención desplegada por la institución sanitaria, lo que permite valorar su conducta y el cumplimiento de los deberes por parte del personal sanitario, convirtiéndose en el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información allí contenida. Es un instrumento a disposición de la justicia, para valorar la conducta del personal sanitario de cara a establecer su responsabilidad por mala praxis, que debe ser tomada en cuenta así se aporte en copias inauténticas y así se deduce del artículo 244 del Código General del Proceso¹⁶³.

Aquí se percibe, como ya se anticipaba en el apartado de la doctrina, la importancia de la historia clínica en materia de responsabilidad médica. Es probable que ninguna otra prueba sea tan completa y contundente como esta y es por eso que las partes - dependiendo de a quien beneficie en el caso concreto - deben obligatoriamente ponerla de presente en el proceso.

Por otra parte, la Sala reitera en el concepto emitido por la Corte en sentencia del 2011 en materia de responsabilidad galénica, indicando que:

“La responsabilidad médica se establece a partir del régimen de la culpa probada, pues sabido es que, por regla general, el profesional de la medicina no se compromete a sanar o curar a su paciente, más bien a hacer todo lo posible, desde su conocimiento, para remediar sus padecimientos¹⁶⁴”.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil. Segundo cargo. Viñeta 4

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Citada por la Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil. Numeral 2. Viñeta 1

Del anterior apartado se deriva no solo que, la carga de probar los elementos que configuran la responsabilidad está en cabeza del demandante, sino que se reitera el hecho de que en materia médica – por lo menos frente al diagnóstico que es lo que nos ocupa – la obligación del galeno se entiende de medios; con lo cual, se exonerará demostrando que actuó bajo los estándares debidos de diligencia y cuidado.

No obstante, también se evidencia en la sentencia, la tendencia de alivianar la carga probatoria de la parte demandante según se observa a continuación:

La Corte aplica:

El principio universal del 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.

Sin embargo, no se trata de un postulado absoluto, puesto que, si en la práctica (...) se dan circunstancias que dificultan ostensiblemente la actividad probatoria del gestor, puede el fallador morigerar la carga de la prueba. En estos eventos es razonable que se apliquen los conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función judicial, así como las reglas de equidad, y se extraigan del material obrante deducciones sobre el comportamiento de los litigantes o un conjunto de indicios sobre la conducta lesiva endilgada¹⁶⁵.

El párrafo anterior tiene una connotación sumamente importante, si entendemos que la Corte está abriendo la posibilidad de que se conciban criterios como la equidad, o los conocimientos propios del juez en la evaluación probatoria. No obstante, debe tenerse cuidado con la utilización de estas alternativas, pues a nuestro modo de ver, podría bien servir al esclarecimiento de la verdad procesal, pero así mismo, podrían comprometer la objetividad del juez en el juzgamiento de la responsabilidad galénica.

5.4.7. En cuanto a la responsabilidad de los centros de salud

En materia médica: *“la responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda*

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil. Tercer cargo. Viñeta 9

vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas¹⁶⁶”.

Lo anterior, indica un régimen de responsabilidad directa de los centros hospitalarios, cuando sus dependientes causen un daño que les sea imputable y que implique haber desconocido la diligencia y cuidado debidos, en la prestación del servicio médico.

¹⁶⁶ Ibid.

5.5. Sentencia previa # 4: sentencia del 30 de noviembre de 2011

Ponente: Arturo Solarte Rodríguez

Demandados: Colsanitas S.A. y los señores Ramiro Pineda Jaramillo, Jorge Enrique Enciso Sánchez y Álvaro De Jesús Velásquez Botero.

5.5.1. Resumen de los hechos

El 13 de febrero de 1996 la señora Gilma Castro acude a un ginecobstetra perteneciente a Colsanitas S.A. para revisión de rutina. En esta, el galeno le dictamina una masa mal definida en su seno izquierdo y le ordena una mamografía y citología. Con base en los resultados decidió realizarle una cirugía ambulatoria. La víctima recurrió desde ese momento, en diversas oportunidades, tanto donde ese especialista como donde otros, para que le dieran razón sobre el empeoramiento de su salud. Solo hasta marzo de 1997 se le indica que requiere comenzar tratamiento de quimioterapia, pero muere posteriormente por el cáncer de mama y subsiguiente metástasis cerebral.

5.5.2. Pretensiones

Que se declarara, que la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A. fue responsable, por culpa grave, del padecimiento y posterior deceso de la víctima, debido a fallas en la prestación del servicio, y que, por ende, incumplió el contrato de prestación de servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria.

5.5.3. Consideraciones de la Corte

Pese a que la sentencia de casación fue confirmatoria de la del Tribunal en donde se desestimaron las pretensiones, se pondrán de presente, afirmaciones tanto del tribunal como de la alta corporación, que son de relevancia para el objeto de estudio de este trabajo.

5.5.4. Elementos de la responsabilidad

Frente a estos, el Tribunal Superior de Cali y posteriormente la Corte al reafirmar su decisión, dijeron lo siguiente:

Los elementos de la responsabilidad civil médica, contractual y extracontractual, son la acción u omisión culposa del médico en el ejercicio de su profesión, el daño padecido por el paciente y la relación de causalidad entre la conducta reprochada y el perjuicio, o lo que es lo mismo, un daño vital, la

culpa del agente, en este caso de los médicos, y la relación de causalidad entre el daño y la culpa; y, correlativamente, que de su análisis en el presente caso se concluye que no se hallan acreditados (...) ¹⁶⁷.

De la anterior cita se colige una estructura de responsabilidad del tipo.

R = H (acción u omisión culposa) + D (daño) + C (causalidad)

Frente al daño se encontró que, corresponde al fallecimiento de la víctima producto de un cáncer mamario, pero no se encontró imputable a los galenos o el centro asistencial.

5.5.5. Sobre la carga de la prueba

Al respecto, en la sentencia estudiada se encontró:

“Se impone a quien demanda una declaración de responsabilidad civil en el campo médico, ya sea contractual o extracontractual, debe comprobar la culpa del galeno, sin perjuicio de que, en desarrollo de la teoría de la carga dinámica de la prueba, deba determinarse en algunos casos a quién corresponde la acreditación de si los procedimientos o tratamientos fueron los adecuados al caso, o si hubo error imputable a los demandados” ¹⁶⁸.

En cuanto a la prueba del caso particular se dijo:

Que la parte demandante no acreditó los presupuestos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que endilgó a los demandados, en particular, lo concerniente a la culpa de los médicos adscritos a Colsanitas S.A. a quienes imputó la responsabilidad por la muerte de la señora Gilma Castro de Velásquez, pues, en criterio del Tribunal, la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba no relevaba a los actores de acreditar los supuestos de hecho en que fundaron sus pretensiones” ¹⁶⁹.

Lo anterior es relevante, toda vez que se hace claridad en cuanto a la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas, indicando que así se redistribuyan las obligaciones probatorias de las partes, la parte actora deberá seguir probando los hechos que permitan salir avante sus pretensiones. No obstante, no se está de

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil. Numeral 4, (Apartado: Sentencia del Tribunal).

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil. Numeral 5, (Apartado: Sentencia del Tribunal).

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil. Numeral 1, (Apartado: Consideraciones).

acuerdo con el aparte transcrito, en tanto y en cuanto, el fundamento que justifica la aplicación de las cargas dinámicas es repartir la carga probatoria dependiendo de las facilidades de cada parte en el proceso. De ahí que en ocasiones se entienda que le es más fácil al médico probar su propia diligencia, que a la víctima demostrar su negligencia (aunque no siempre) y por eso se invierte la carga de la prueba.

Asimismo:

En tratándose de la responsabilidad civil médica, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, por regla general, la demostración de la culpa del demandado -factor subjetivo de atribución de la responsabilidad-, corre por cuenta de quien pretenda una declaración de tal linaje, por cuanto dicha clase de acciones sigue las reglas generales en materia de carga de la prueba, sin perjuicio, claro está, de que en aplicación de renovadoras teorías y mediante variados expedientes, miradas las particularidades de cada caso concreto, se pueda facilitar a la víctima la demostración de los supuestos de hecho de su pretensión resarcitoria¹⁷⁰.

En cuanto a la prueba de la culpa dijo el Tribunal en su momento que: “no era dable colegir, luego de analizada la prueba recaudada, que éste se hubiere producido por culpa imputable a los médicos, puesto que se demostró que ellos obraron de acuerdo con los procedimientos conocidos en el momento, que efectuaron los que correspondían y que emitieron las formulaciones pertinentes¹⁷¹”.

De ahí que se derive en la exoneración de responsabilidad de los galenos pertenecientes a la planta del centro de salud demandado, y en consecuencia la de este último.

Ahora, frente a la prueba del nexo causal la providencia esbozó lo sucesivo:

Resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que, en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, ‘el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado.

(...) en este tipo de responsabilidad [médica contractual] como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil. Numeral 2.1, (Apartado: Consideraciones).

¹⁷¹ Ibid.

éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa (...)¹⁷².

También, a propósito de la teoría de las cargas dinámicas u otros *dulcificadores* probatorios, la Corte dijo:

(...) atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto¹⁷³.

De los anteriores apartados se pueden extraer varias conclusiones; a saber: estamos frente a un sistema de culpa probada, con posibilidad de aplicación de cargas dinámicas, de verificarse la necesidad en el caso concreto, dada la dificultad probatoria que se presente para alguna de las partes; así como la aplicación de alternativas probatorias e interpretativas como los indicios, las inferencias lógicas entre otras.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil. Numeral 2.2, (Apartado: Consideraciones).

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil. Numeral 2.3, (Apartado: Consideraciones)

Adicionalmente, se ve como se hace una acentuación en la relevancia que tiene la causalidad para la imputación de responsabilidad frente al médico y frente a la entidad de salud; acogiendo a este respecto la teoría de la causalidad adecuada, pero haciendo hincapié en que el daño producido por la acción u omisión del agente debe haber sido determinante para la producción del daño.

Por su parte, el párrafo transcrito trae una expresión que es menester evaluar; a saber: "*inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto*". De esta mención hay que derivar la tendencia que tendría la corporación a favorecer a la víctima en la interpretación probatoria, lo cual implicaría estar acogiendo un sistema de asunción de riesgos de parte de los galenos; que como ya se pudo colegir en la parte doctrinal de este trabajo, podría impactar negativamente el ejercicio de la ciencia médica.

6. ANÁLISIS DE LA EVALUACIÓN REALIZADA POR EL CONSEJO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN SENTENCIAS SOBRE ERROR DE DIAGNÓSTICO MÉDICO¹⁷⁴

Del universo de sentencias estudiado para este trabajo de la jurisdicción contencioso administrativa, se hace evidente la desproporción numérica de sentencias condenatorias, frente a la Corte Suprema. Este punto será analizado a profundidad, como ya se dijo, en el apartado de las conclusiones, pero era menester dejarle saber al lector preliminarmente, que se halló mayor cantidad sentencias condenando al Estado en ese sentido, de lo que se hizo en la jurisdicción ordinaria.

De esta forma, se procederá a realizar el estudio de la sentencia base del 2016 y posteriormente se hará lo correspondiente con cuatro sentencias previas de la misma corporación, todas ellas donde se discute sobre el mal diagnóstico médico.

¹⁷⁴ Al igual que en el análisis de sentencias de la Corte Suprema, este estudio tampoco se corresponde con una línea jurisprudencial, toda vez que el problema planteado no pretende la identificación de repuestas dicotómicas de las providencias jurisprudenciales frente a una pregunta jurídica, sino que procura evidenciar como es en general, la evaluación de responsabilidad civil y estatal que hace La Corte Suprema y el Consejo de Estado frente a casos de error en el diagnóstico, para hacer un cotejo entre ellas.

6.1. Sentencia base: sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera.

Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Demandados: Hospital de Yopal E.S.E y Sociedad Clínica Casanare Ltda.

6.1.1. Resumen de los hechos

La señora Deyanira Vega Aguirre ingresa embarazada a la Clínica Casanare, el 3 de septiembre de 2003 por un dolor en el costado derecho del estómago. Allí le informan que se trata de una patología en un riñón por lo que estuvo hospitalizada hasta el día 10 del mismo mes, en el que voluntariamente se retira del hospital dado que no le dieron razón clara de su padecimiento ni el tratamiento propicio para este.

El 12 de septiembre ingresa al hospital de Yopal con el mismo dolor y ese mismo día da a luz a su hijo. El 20 de septiembre siguiente fue trasladada al Hospital San Rafael de Bogotá por requerir atención especializada, lugar donde fallece al día siguiente a causa de una peritonitis generalizada.

6.1.2. Pretensiones

Que declarara patrimonialmente responsables a los demandados por los perjuicios a ellos irrogados, con ocasión de la muerte de la señora Deyanira Vega Aguirre, ocurrida el 21 de septiembre de 2003.

6.1.3. Consideraciones del Consejo de Estado

En cuanto a la estructura de la responsabilidad que utiliza la corporación se encontró la siguiente expresión: *“la Sala procede a estudiar si se encuentra acreditado el daño antijurídico expuesto en la demanda y si el mismo resulta imputable a la demandada, así sea de manera indiciaria¹⁷⁵”*.

De ahí que se dibuje la estructura con los elementos de responsabilidad de esta forma:

R = D (daño antijurídico) + I (imputación)

¹⁷⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera. Numeral 5, Viñeta 3

En el siguiente apartado se verifica como el Consejo de Estado encuentra probados los elementos de responsabilidad; pero nótese la diferencia con los elementos previamente descritos, pues da cuenta del daño, la acción de la entidad pública y la relación entre ambas, como lo probado en el proceso. Adicionalmente, es importante acotar la referencia que se hace a criterios de imputación objetiva en su análisis de la responsabilidad del ente público.

*(...) está demostrado que los médicos de la Clínica Casanare no utilizaron todos los recursos necesarios para esclarecer el diagnóstico de la patología que padecía la señora Deyanira Vega Aguirre, **conductas éstas que no se acompañan con el principio de confianza que –bajo las premisas de la teoría de la imputación objetiva– permite establecer o trazar la conexión entre el daño irrogado y el comportamiento activo u omisivo del demandado.** En efecto, de conformidad con el mencionado postulado los pacientes encomiendan su estado general de salud al profesional médico para que éste adopte, según el rol asignado en la sociedad, todas las medidas necesarias para despejar la incertidumbre que supone la conjugación de múltiples síntomas y signos que refiere el paciente¹⁷⁶.*

De lo anterior se colige una estructura más de este tipo:

R = H (comportamiento activo u omisivo) + D (daño antijurídico) + C (conexión entre daño y hecho).

Adicionalmente vale la pena resaltar que, la expresión en negrilla de la cita anterior permite entrever la utilización de criterios que la corporación llama de imputación objetiva para la evaluación de la responsabilidad estatal, tales como el principio de confianza, entre otros que se verán en otras sentencias. De ahí que, para el Consejo de Estado sea más importante la claridad frente a la existencia del daño, que la determinación de las culpas de los posibles causantes, para la adjudicación de responsabilidad a un ente de salud público.

6.1.4. Daño antijurídico

En este caso el daño que se le atribuye a la entidad pública de salud fue la muerte de la víctima según se ve a continuación:

La Sala considera que está demostrada la responsabilidad de la Clínica Casanare en el presente caso, pues esta institución no realizó todos los procedimientos recomendados por la ciencia médica para diagnosticar a

¹⁷⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera. Numeral 5, Viñeta 11

tiempo la patología que sufría la señora Deyanira Vega Aguirre, lo que, a su vez, impidió que se le realizara oportunamente el tratamiento quirúrgico indicado (apendicetomía), hecho que ocasionó la muerte de la mencionada paciente.

(...) Declárase a la Clínica Casanare Ltda. patrimonialmente responsable por la muerte de la señora Deyanira Vega Aguirre, ocurrida el 21 de septiembre de 2003¹⁷⁷.

Nótese que en este caso no se evaluó la pérdida de la oportunidad de curarse, como daño autónomo, sino que la discusión se basó específicamente en la muerte de la víctima.

6.1.5. Imputación

Frente a la misma la corporación hizo la siguiente precisión:

En lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, (...) sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación¹⁷⁸.

Se pone en duda la efectiva aplicación del principio previamente citado, pues en referencia a la responsabilidad médica del Estado se ha zanjado la discusión sobre el título de imputación de la falla en el servicio y no se haya factible que un juez de menor jerarquía establezca la responsabilidad sobre un título diferente a este¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera. Numeral 5, Viñeta 3

¹⁷⁹ SANTOFIMIO, Op. cit., p. 801: "Constituye posición consolidada de la Sección Tercera que la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio o actividad médico- hospitalaria es de naturaleza subjetiva, de manera que es la falla probada en el servicio el fundamento de imputación en el que se encuadran los casos en los que se producen daños antijurídicos derivados de aquella. La falla probada en la prestación de la actividad médica y hospitalaria puede fundarse, también, en la lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz, lo cual, desde la atribución jurídica, implica

Adicionalmente, en la sentencia estudiada, la única referencia que se hace frente al título de imputación usado es la siguiente: “*se impone establecer si en el sub lite concurren o no los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en la configuración de una falla en el servicio*”¹⁸⁰.

La discusión sobre la responsabilidad del Estado, en este caso, queda establecida entonces sobre el título de imputación subjetivo de la falla en el servicio.

6.1.6. Carga probatoria

En cuanto al estándar probatorio se encontró que es el actor el encargado de probar los elementos de la responsabilidad para que prosperen sus pretensiones.

*En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada*¹⁸¹.

Por su parte, en materia de prueba de la causalidad, el Consejo se niega rotundamente al uso de la teoría de las cargas dinámicas, que en providencias anteriores había prohijado:

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

constatar como el Estado incumple, omite, cumple anormal, defectuosa o insuficientemente con el mandato convencional y constitucional del derecho a la salud (...)”.

¹⁸⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera. Numeral 5, Viñeta 3

¹⁸¹ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Citado por Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera. Numeral 5, Viñeta 3

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia. Es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad¹⁸².

Los párrafos transcritos implican una negativa tajante del uso de la teoría de las cargas dinámicas para cuestiones de causalidad, lo cual implica que el Consejo de Estado tiene presente el riesgo que implicaría para la igualdad procesal, una presunción del nexo causal, pues pondría a los galenos en una situación casi de responsabilidad objetiva, dada la dificultad que representa en la mayoría de los casos, probar que el daño no es efecto de la conducta del médico. No obstante, respecto del resto de elementos de la responsabilidad, habremos de entender como factible el uso de las cargas dinámicas, pues el sentenciador no negó esa posibilidad expresamente.

6.1.7. Atribución de la responsabilidad al ente de salud del Estado

En lo que se refiere a la caracterización de la responsabilidad médica de la administración en directa o indirecta, no hay ninguna referencia expresa a este respecto. Sin embargo, del análisis realizado se colige que a la corporación en ningún momento le interesó averiguar o individualizar los gestores del daño, ni propuso culpa de la entidad médico-sanitaria por falta de vigilancia o mala escogencia de sus dependientes; en vez de esto, se propuso identificar los elementos conformantes de la responsabilidad médica estatal para atribuirle el daño y la obligación de indemnizar a esta última; es decir responsabilidad directa y siendo más precisos, responsabilidad directa de la entidad estatal por culpa anónima.

Adicionalmente, si se hace un análisis más concienzudo de la forma como atribuye el Consejo de Estado la responsabilidad a la entidad pública en esta sentencia (y en otras), se puede entrever un sustancial parecido entre la teoría de la culpa organizacional y la de la culpa anónima.

¹⁸² Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera. Numeral 5, Viñeta 3

Lo anterior, toda vez que en la jurisdicción Contencioso Administrativa es latente la tendencia a condenar a la entidad de salud cuando se reconoce la presencia de un daño, muchas veces, sin tener la necesidad de entrar a individualizar culpas, pues se condena por el daño irrogado en virtud de la prestación del servicio. Esto salvo en los casos en que medie culpa grave o dolo, en donde el Estado tendrá facultades de repetición sobre sus agentes; de lo contrario, es irrelevante quién causa el daño.

Así pues, como se vislumbró en la sentencia base de la Corte, en la culpa organizacional se condena al centro de salud en sí mismo, por los daños causados en razón del servicio brindado y sin determinar individualmente, a quien son atribuibles pues no es lo primordial en un principio. Por tales motivos es que se considera, existen grandes similitudes en las dos teorías expuestas, referentes a la forma de atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

6.2. Sentencia previa #1: sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera.

Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Demandado: Hospital Universitario San José de Popayán

6.2.1. Resumen de los hechos

El día 14 de agosto de 2001, la menor Yamileth Rivera Ruíz de 13 años, fue llevada por sus padres al hospital del municipio de Balboa por presentar fuerte dolor abdominal de dos días de evolución. Allí se le hizo diagnóstico presuntivo de apendicitis aguda y peritonitis a descartar. Se ordenó su remisión urgente al servicio de cirugía del Hospital Universitario San José de Popayán. Al ingreso, el médico que la examinó solicitó valoración por el servicio de ginecología para descartar dismenorrea y aborto en curso. Se concibieron varias opciones de diagnóstico y solo hasta el 18 de agosto del mismo año, fue llevada a cirugía urgente dado el agravamiento de su salud. La menor terminó su paso por la atención médica con cicatrices en el abdomen y Trastorno Adaptativo con estado de ánimo depresivo y estrés post-traumático.

6.2.2. Pretensiones

Que se declare administrativamente responsable al Hospital Universitario San José de Popayán, por los perjuicios morales y fisiológicos causados a raíz de la falla presunta en la prestación de los servicios médicos, entre otras cosas, por las numerosas intervenciones quirúrgicas a que estuvo sometida sin justificación alguna.

6.2.3. Consideraciones del Consejo de Estado

La Sección tercera inicia la parte motiva de la sentencia especificando que elementos habrá de encontrar para endilgarle una responsabilidad médica a la entidad estatal:

“Deberá la Sala decidir si los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de los riesgos y daños en la salud padecidos por Yamileth Rivera Ruíz son imputables al Hospital Universitario San José de Popayán, o los mismos deben ser asumidos por la víctima directa y sus parientes, por tener su origen

*exclusivo en la naturaleza misma de la afección que padecía y en la necesidad de las intervenciones que le fueron practicadas para remediarla*¹⁸³.

Lo anterior permite anticipar una estructura de responsabilidad de la forma:

R = D (daño) + I (imputación).

6.2.4. Daño antijurídico

La corporación encontró probado el daño irrigado a Yamileth Rivera Ruíz consistente en secuelas físicas y psicológicas sufridas por la menor derivadas de la atención médica.

En lo referente al daño físico puntualmente, el Consejo fue enfático en decir que por sí sola la intervención de una apendicitis es invasiva y puede dejar secuelas corporales; sin embargo, la defectuosa prestación del servicio médico, llevó a la necesidad de intervenir a la menor más de una vez, con lo que se produce lo que ellos denominan *“daño desproporcionado”* que ocurre *“cuando el daño es desmedido, exagerado o excesivo, al no estar acorde con los resultados normales de una intervención”*, caso en el cual *“la culpa de la entidad demandada se da por probada”*, pues se relaciona directamente con la calidad en el servicio prestado y no con el padecimiento propio de la víctima¹⁸⁴.

6.2.5. Imputación

En lo respectivo, la Sala hace una breve exposición de cómo opera el régimen de responsabilidad frente a los actos médicos, pues estos:

*“No constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado”*¹⁸⁵.

De la cita anterior rechazamos la última causal; esta es que *“los recursos no estén al alcance de las instituciones médicas del Estado”*, puesto que, si este último está llevando a cabo una labor encomendada constitucional y legalmente, como es la de prestar el servicio de salud a la población, no es concebible que pueda excusarse

¹⁸³ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera. Numeral 2

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera. Numeral 2.2

de responsabilidad por los daños que cause como consecuencia de la falta de recursos, pudiendo prevenir dicha situación. Por ello creemos que, en tales casos, la administración debería responder cabalmente.

Por su parte, dice la corporación que, únicamente se configurará la falla en el servicio médico cuando:

“Se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever, siendo previsibles, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento y, en fin, de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera diferente a como lo aconsejaba la lex artis¹⁸⁶”.

Sin embargo, se aclara que, dada la complejidad del acto médico y de su carácter de opinable, es preciso que en el estudio de una posible responsabilidad el juez y los peritos se ubiquen en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico; es decir que la evaluación en ningún momento se haga con una mirada ex post, pues puede resultar increíblemente fácil condenar a un galeno o a una institución por una falla en su servicio. Pero ha de tenerse en cuenta que estos, se encuentran en la mayoría de las ocasiones *“ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática¹⁸⁷”*.

Otro aspecto crucial de la sentencia es la asunción de la posición de garante que tienen las entidades de salud frente a los pacientes con los servicios prestados, cuyo incumplimiento acarrea su responsabilidad patrimonial. En lo particular la corporación dijo lo siguiente, reiterando jurisprudencia anterior:

Las pruebas relacionas enseñan que el tratamiento brindado (...) no fue eficaz, en tanto los informes técnicos y las decisiones adoptadas por el Instituto Departamental de Salud, permiten inferir que existió una demora en la lectura de los exámenes de diagnóstico practicados a la paciente, retraso que posibilitó el agravamiento del cuadro clínico padecido y la práctica oportuna de los procedimientos quirúrgicos necesarios para tratar su dolencia, situación que dio lugar a su óbito.

Igualmente, considera la Sala que el material probatorio recaudado demuestra que, tanto el médico tratante como la entidad demandada omitieron su deber

¹⁸⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera. Numeral 2.2

¹⁸⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección tercera. Numeral 2.2

*de vigilancia sobre el estado de la paciente, y no tomaron las medidas correctivas ni terapéuticas que evitasen su agravación y su posterior muerte*¹⁸⁸.

Otros apartes que dan cuenta del uso de criterios de tinte objetivo para la atribución de responsabilidad y que retoman de sentencias previas, son los siguientes:

La Sala ha hecho especial énfasis en la posición de garante que asiste a las entidades que prestan servicios médicos, frente a los pacientes y las obligaciones que se derivan para los mismos de esa especial situación, cuyo incumplimiento acarrea su responsabilidad patrimonial.

(...) Como quiera que se encuentra demostrado que la falta de vigilancia del estado de la paciente y la falta de oportunidad en la realización de la microlaparotomía, fueron las causas del daño que se reclama por los demandantes, y que las mismas no fueron excusadas en los supuestos previstos en el artículo 7° de la ley 23 de 1981, estima la Sala que hay lugar a imputar la muerte de la señora Yolanda Meneses Martínez a las entidades demandadas, como quiera que aquellas ostentaban la posición de garante frente a la víctima¹⁸⁹.

Adicionalmente, en su análisis de imputación de responsabilidad a la entidad estatal, la Sección Tercera aclara que, si bien es cierto que los galenos del hospital demandado valoraron constantemente a la menor y ordenaron diversos exámenes diagnósticos etc. La responsabilidad patrimonial de estas entidades prestadoras del servicio de salud para los casos de diagnóstico o acto médico original como suele llamársele ocurre también en los casos en que no se hubieran practicado y valorado oportunamente los exámenes clínicos idóneos para descifrar el padecimiento del paciente.

En ese sentido, para la corporación, los daños padecidos por la menor son imputables a la entidad demandada, por cuanto el diagnóstico de apendicitis aguda, así como las circunstancias particulares que modificaron los síntomas (enmascaramiento de estos por el suministro de analgésicos) ya había sido dado por los especialistas del hospital de Balboa, y aun así no se ordenó practicarle a la víctima una laparotomía exploratoria, que era el único método diagnóstico certero

¹⁸⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 30 de julio de 2008, reiterada el 7 de octubre de 2009, y el 28 de abril de 2010. Citadas por la Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera. Numeral 2.2

¹⁸⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 30 de julio de 2008, reiterada el 7 de octubre de 2009, y el 28 de abril de 2010. Citadas por la Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera. Numeral 2.2

para descartar dicha afección, que en poco tiempo comprometió la salud de la menor¹⁹⁰.

En últimas, haber subestimado el diagnóstico realizado inicialmente por los médicos del hospital de Balboa y no haber agotado los recursos para descartarlo, explica los daños estéticos y síquicos que padeció la menor, mismos sobre los cuales debieron indemnizar en virtud de la falla en el servicio médico brindado por la entidad demandada¹⁹¹.

6.2.6. Carga probatoria

Destacable es la mención expresa que hace el Consejo frente a que “*el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio probada*”¹⁹².

No obstante:

*Se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual se considera que existe falla o nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima*¹⁹³.

La anterior cita explica entre otras cosas, como opera la teoría de la causalidad adecuada, puesto que indica que un suceso es causa de un daño si en el curso normal de las cosas, ese suceso es adecuado para explicar el resultado, teniendo en cuenta las máximas razonables de la experiencia, para el caso que el asunto no requiera un especial conocimiento técnico, o las reglas particulares de la ciencia (si el asunto es técnico). Para los casos de responsabilidad médica entonces, habrá de

¹⁹⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección tercera. Numeral 3.2.3

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección tercera. Numeral 2.2

¹⁹³ Ibid.

evaluarse la responsabilidad de los galenos, conforme a sus reglas técnicas; esto es, la *lex artis*.

Ahora, frente a los casos de omisión y la prueba del nexo causal en específico, la corporación se expresó remitiéndose a fallos anteriores, así:

No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino que, por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor. (...) En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad¹⁹⁴.

De lo transcrito se rescata la teoría de causalidad usada por la Sección tercera para este caso de responsabilidad médica por error en el diagnóstico.

Ahora bien, en cuanto a este tipo de responsabilidad médica, se dijo lo siguiente:

En los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, deberá estar demostrado que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque se omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad¹⁹⁵.

Finalmente, una cita relevante que, si bien no hace referencia a la carga de la prueba, da una indicación sobre cómo debe ser la valoración del juez de cara a considerar la responsabilidad sanitaria, es: “el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico¹⁹⁶”. Esto es una evaluación ex ante de los hechos del caso concreto.

¹⁹⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de mayo de 1999. Citada por la Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera. Numeral 2.2

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid.

De lo contrario, el juez, encontrará fácil condenar al galeno o a la entidad de salud, puesto que ya tiene conocimiento del daño acaecido.

6.2.7. Atribución de responsabilidad frente al ente estatal

Al respecto se encontró la siguiente cita:

“De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por la Corporación, la responsabilidad patrimonial de las entidades que prestan el servicio de salud, por las fallas en las que se hubiera incurrido en el acto médico original, esto es, por el diagnóstico, surge en los casos en los que no se hubieran ordenado, practicado y valorado oportunamente los exámenes clínicos y de laboratorio con los cuales debiera contar la entidad¹⁹⁷”.

De ahí que entendamos nuevamente un régimen de responsabilidad directa de la entidad de salud del Estado, por las culpas de sus agentes.

¹⁹⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección tercera. Numeral 3.2.3

6.3. Sentencia previa # 2: sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera.

Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Demandado: Metrosalud E.S.E

6.3.1. Resumen de los hechos

El 1º de agosto de 1998, el señor Eudes de Jesús Ruiz sufrió lesiones en accidente de tránsito. Fue trasladado a la unidad hospitalaria Braulio Henao Mejía, dependencia de Metrosalud E.S.E, en el barrio Buenos Aires, de Medellín. Allí se le practicó una sutura en el mentón y se dejó en observación. A las 7:40 a.m. se le dio de alta. A las 14:35 pm, vuelve al hospital y se le aplica una inyección, por considerar que su padecimiento se debía simplemente a resaca. El estado de salud del paciente mostró un deterioro progresivo, por lo que al día siguiente fue llevado al Hospital General de esa misma ciudad, donde le diagnosticaron un trauma encéfalo-craneano severo con hematoma intradural expansivo; fue intervenido quirúrgicamente y luego trasladado a la unidad de cuidados intensivos, donde falleció dos días después.

6.3.2. Pretensiones

Declarar a Metrosalud E.S.E. administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios causado por la muerte de Eudes De Jesús Ruiz.

6.3.3. Estructura de la responsabilidad

La providencia evaluada da cuenta de una estructura del siguiente tipo:

$R = D$ (daño) + I (imputación). Según se podrá evidenciar en los apartados sucesivos.

6.3.4. El daño antijurídico

“El daño que se imputa a Metrosalud E.S.E. no es el de haber causado la muerte al señor Eudes de Jesús Ruiz, en tanto ese hecho se produjo como consecuencia de las lesiones que sufrió en el accidente de tránsito, sino el de privarlo de la posibilidad de preservar su vida, o restablecer su estado de salud con una atención adecuada

*y oportuna, considera la Sala procedente referirse a daño consistente en la pérdida de oportunidad*¹⁹⁸.

Del apartado transcrito es importante resaltar que, es de oficio el Consejo de Estado que condena a la entidad pública por una pérdida de la oportunidad de sobrevivir, pues la pretensión en la demanda perseguía la reparación por la muerte de la víctima y no por el cercenamiento de las oportunidades de recuperarse, por causa de la mala atención médica. Lo anterior muestra, una tendencia más garantista hacia la víctima, apoyándose en el concepto de daño antijurídico, pues causado un daño a un administrado y probado el mismo, debe ser reparado por la administración, así no haya sido invocado en la pretensión. No obstante, dicho cambio en las reglas del juego puede llevar a complicaciones en materia procesal, puesto que vulnera el derecho de defensa, al impedir que las partes se defiendan de los hechos que finalmente va a tener en cuenta el juzgador.

Ahora bien, volviendo al análisis del concepto de pérdida de la oportunidad de la sentencia, hay que decir que el Consejo de Estado reconoce los dos sentidos de teoría; esto es, como daño autónomo o como una *“una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal*¹⁹⁹”. Sin embargo, opta por la primera explicando la diferencia entre las dos alternativas de la teoría así:

*Resulta de gran relevancia distinguir entre el daño que consiste en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar (en el caso de la responsabilidad médica, la muerte del paciente o el desmejoramiento de sus condiciones de salud), y el daño que se produce por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento, y la relación causal entre tales daños y el hecho que se imputa a la entidad demandada (omitir el cumplimiento de sus obligaciones, relacionadas, por ejemplo, con la prestación de los servicios de salud). Para que opere la noción de pérdida de oportunidad, el primero de los dos daños aludidos solo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño (pérdida de probabilidad de obtener la ganancia o evitar el daño) y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso*²⁰⁰.

¹⁹⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 4.2

¹⁹⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 4.2

²⁰⁰ Ibid.

La sección tercera del Consejo de Estado describe las características que se le ha atribuido a la teoría de la pérdida de la oportunidad así²⁰¹:

1. Debe existir una probabilidad fundada que confirme el daño y no una mera posibilidad que configure únicamente un daño hipotético;
2. Lo perdido será la oportunidad en sí misma y no aquel beneficio que se esperaba obtener o la pérdida que se pensaba eludir;
3. La medición del daño deberá ser proporcional con el grado de probabilidad de alcanzar el beneficio o eludir el perjuicio esperado;
4. El bien lesionado no podrá ser un derecho subjetivo sino un interés legítimo.

Adicionalmente, pone de presente cuales deben ser los requisitos por cumplir, de querer aplicar dicha teoría, a saber²⁰²:

1. Certeza de expectativas legítimas de obtener un beneficio o evitar una pérdida, que fue cercenada con el hecho dañoso atribuible al accionado.
2. Imposibilidad de obtener el provecho o evitar la pérdida, en tanto si el resultado pudiera alcanzarse, el perjuicio sería contingente y por tanto no susceptible de ser indemnizado.
3. Prueba de que la víctima se encontraba en una situación fáctica y jurídica idónea para lograr el resultado esperado.

6.3.5. Imputación

En este caso la corporación imputa a título falla del servicio y lo expone de la siguiente forma:

Consideró el a quo que estaba demostrada la existencia de la falla en el servicio médico que se le prestó al señor Eudes de Jesús Ruiz en la entidad demandada, dado que si bien este se hallaba embriagado cuando fue llevado al servicio de urgencias, lo cierto es que el agente de tránsito que se hizo presente en la unidad médica informó de la colisión que aquel había sufrido, y no existen pruebas en el expediente que demuestren que se le hubieran practicado los exámenes de rigor, con el fin de establecer la real situación de salud del lesionado, ni que se hubiera indicado a los familiares cuáles eran los síntomas que demostrarán que su estado podía ser grave, a fin de que lo llevaran de nuevo a ese centro asistencial²⁰³.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 3

De lo anterior se deriva, una falla en el servicio; esto es, un régimen de imputación subjetivo, en el que debe mediar una culpa para responsabilizar del daño a la entidad pública. De ahí que se evalúe el hecho de que no se hubieran practicado exámenes de rigor para confirmar el diagnóstico presuntivo, ni se hubiera indagado a profundidad por los síntomas del paciente, pues estas eran labores mínimas que exigía el deber de diligencia debido en un galeno promedio, a la hora de arrojar un pronóstico acerca de las dolencias que aquejaban a su paciente.

6.3.6. Carga probatoria

Como en el caso concreto lo que se imputa es una pérdida de la oportunidad para sobrevivir, al demandante le corresponde probar lo que a continuación se expone:

Quando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización²⁰⁴.

No obstante, en otro aparte de la sentencia el Consejo indica que la entidad demandada será obligada a indemnizar a los actores, la pérdida de la oportunidad de recuperación de la víctima en virtud de que *“la entidad no probó que el paciente no tuviera posibilidad alguna de recuperarse, según el desarrollo de la ciencia médica para el momento de ocurrencia de los hechos, en razón a la naturaleza de la lesión que había sufrido²⁰⁵”*.

De esta forma, se confirma el problema procesal que habíamos puesto de presente previamente, puesto las partes realizarán todos los actos tendientes para probar lo que necesiten probar; y en esa medida, si el juzgador modifica las reglas del juego a mitad de camino, las partes verán vulnerado su derecho de defensa.

Por otra parte, es pertinente poner de presente la aclaración de voto de una de las magistradas en el siguiente sentido:

La teoría de la falla médica presunta es la que orienta las decisiones del Honorable Consejo de Estado, en cuanto es la más atendible dada la dificultad

²⁰⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 4.2

²⁰⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 4.3

que entraña para el demandante el tener acceso a la recaudación de una prueba que resulta ser tan privada. Es la entidad demandada la que está en la obligación de demostrar que el tratamiento fue oportuno y adecuado desde el punto de vista médico, quirúrgico y hospitalario. Como bien puede verse en el presente caso, la entidad no logró ese propósito por lo que se comparte el fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda²⁰⁶.

De lo anterior es importante resaltar, que en este caso si los demandados querían eximirse de responsabilidad, debían probar ya no necesariamente el obrar diligente y cuidadoso de la entidad o los galenos; sino, la imposibilidad de recuperación de la víctima, para que no les fuera imputable el resultado.

6.3.7. Atribución de la responsabilidad a la entidad pública de salud

A estos efectos, se encontraron únicamente dos referencias indirectas de la forma como se atribuye la responsabilidad de la persona moral del derecho público, según se ve:

Deberá la Sala resolver la controversia planteada en la demanda, esto es, si la muerte del señor Eudes de Jesús Ruiz se produjo como consecuencia de la negligencia, impericia, imprudencia, desidia, indolencia e insolidaridad del médico que lo atendió en la unidad hospitalaria Braulio Henao Mejía de Metrosalud E.S.E. del municipio de Medellín, quien hizo un mal diagnóstico del estado de salud del paciente, el cual era grave y evidente, o si, como lo afirma esa entidad, la atención que allí se le brindó era idónea, en consideración al estado de salud que en ese momento presentaba el paciente. (negrillas fuera del texto).

(...) Declárase a la empresa social del Estado Metrosalud, patrimonialmente responsable de los daños causados a la señora Alba Mery Ruiz Builes y a los jóvenes Eliana Mabel y Sergio Andrés Ruiz Ruiz por la indebida atención médica que se le brindó al señor Eudes De Jesús Ruiz²⁰⁷.

De lo anterior se entrevé un régimen de responsabilidad directa, puesto que, una vez probada la falta de diligencia y cuidado en la atención brindada por el médico de la entidad, se le atribuye la responsabilidad a esta como propia. No obstante, en la presente providencia no se hizo en ningún momento referencia a llamamiento en garantía con fines de repetición al médico involucrado en la falla del servicio.

²⁰⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 3

²⁰⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera. Numeral 4

6.4. Sentencia previa # 3: sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección tercera.

Ponente: Hernán Andrade Rincón

Demandado: Instituto de Seguros Sociales (ISS).

6.4.1. Resumen de los hechos

Mujer acude con problemas respiratorios a urgencias, ante lo que le recetan medicamentos antigripales. Vuelve al centro hospitalario y le diagnostican hepatitis por lo que la dejan hospitalizada, pero gracias a la falta de capacidad del hospital debe quedarse en un pasillo, hasta que muere finalmente de paludismo.

6.4.2. Pretensiones

Que se declare la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por el fallecimiento de la señora Flor Ángela Barrera Barrera, debido a las irregularidades que se presentaron en la atención médica que ocasionó su fallecimiento.

6.4.3. Consideraciones del Consejo de Estado

La Sección Tercera plantea lo siguiente con respecto al esquema de evaluación de la responsabilidad de Estado en este caso:

“Comoquiera que se encuentra probado el daño objeto de reproche, pasa la Sala a determinar si el mismo es imputable al I.S.S. y, por tanto, a resolver si es menester confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad de la demandada²⁰⁸”.

Esto indica una formula así: $R = D$ (daño antijurídico) + I (imputación).

6.4.4. El daño antijurídico

La corporación de lo Contencioso Administrativo lo define como: *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la*

²⁰⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección tercera. Numeral 4.1.3

*obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*²⁰⁹. Y al respecto lo considera probado en la sentencia, así: *“la Sala observa que se encuentra probado que la señora Flor Ángela Barrera falleció el 20 de abril de 1997 a las 8.35 A.M. a causa de paludismo, enfermedad que la aquejó durante un mes*²¹⁰”.

Sin embargo, vale recalcar que en esta oportunidad el Consejo de Estado, nuevamente considera que el daño irrogado es específicamente la muerte de la víctima y no simplemente la pérdida de chance de supervivencia:

*“La causa básica o fundamental” de la muerte de la señora Barrera fue “Paludismo por Plasmodium Falciparum”, es decir, la enfermedad que no fue diagnosticada y, por tanto, tratada a tiempo por la entidad demandada, circunstancia por la cual el daño antijurídico lo constituye el deceso como tal y no las oportunidades cercenadas o limitadas respecto a una eventual posibilidad de sobrevivir*²¹¹”.

En ese sentido se descarta la teoría de la pérdida de la oportunidad y se procede a hacer el juicio de imputación del daño en su totalidad.

6.4.5. Título de imputación

En la presente providencia se hace igualmente uso de la falla del servicio para evaluar la responsabilidad, según se ve:

*“Es claro que la falta de entrega inmediata de los resultados de los exámenes de gota gruesa a los médicos de la señora Barrera para que éstos iniciaran el tratamiento debido constituye una falla en el servicio que debe ser indemnizada*²¹²”.

Esto entendiendo que, de la indebida prestación de los servicios en la entidad, se deriva la imposibilidad de los galenos de realizar un diagnóstico diferencial y acertado, que sirviera para salvarle la vida a la paciente, con un tratamiento idóneo.

6.4.6. Carga probatoria

En la presente sentencia el Consejo presenta un breve resumen del cambio jurisprudencial que ha sufrido la carga probatoria en lo referente a la responsabilidad médico estatal, y en lo particular expone lo siguiente:

²⁰⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección tercera. Numeral 4.2.1.1

²¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección tercera. Numeral 4.1.2

²¹¹ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección tercera. Numeral 4.2.2.2

²¹² Ibid.

Aunque en un momento la Sala aplicó el título de falla presunta para analizar la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios de salud, y luego el de carga dinámica de la prueba a partir de la sentencia de 31 de agosto de 2006, ha sostenido que para obtener la reparación de los daños causados en la razón de la actividad médica, corresponde al demandante probar la concurrencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido (...), 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; lo anterior, sin perder de vista que, para el efecto, se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso²¹³.

De lo anterior se colige no solo un régimen de culpa probada sino, una incongruencia en los elementos concebidos en la evaluación de la responsabilidad estatal; a saber, una fórmula del tipo:

R = D (daño) + C (falla en el servicio) + c (causalidad)

6.4.7. Atribución de responsabilidad para la entidad pública y sus dependientes

En la sentencia analizada, se plantea la discusión de la responsabilidad de los galenos llamados en garantía por la entidad demandada, con fines de repetición en caso de condena y al respecto se encontró lo subsiguiente:

La Sala estima que corresponde eximir de responsabilidad a los galenos mencionados, toda vez que, (...) no obstante el delicado estado de salud de la señora Barrera, sólo hasta a las 8.35 horas del 20 de abril de 1997, es decir, en el momento mismo en que la paciente falleció, el personal médico de la U.C.I. de la Clínica San Pedro Claver recibió los resultados de los exámenes de gota gruesa mediante los cuales se confirmaba que la señora Barrera padecía Plasmodium Falciparum.

(...) Lo que sí se encuentra acreditado es que los médicos tratantes prestaron la atención médica requerida por la paciente, conforme a la información con la

²¹³ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección Tercera. Numeral 4.2.1.2

que contaban, de lo que se sigue que no actuaron con dolo o culpa grave, toda vez que (i) inmediatamente tuvieron conocimiento de que un mes atrás la señora Barrera había estado en el departamento del Meta, ordenaron el examen de gota gruesa, (ii) el 16 de abril de 1997 ordenaron su valoración por medicina interna y (iii) prescribieron la realización de varios exámenes médicos, entre ellos tres de gota gruesa, dos de los cuales, según se dejó constancia en la historia clínica, no pudieron ser analizados oportunamente pues les fueron entregados en el momento del deceso²¹⁴.

El presente caso podría analizarse a la luz de la culpa organizacional, en donde se condena por falla en el servicio, gracias a los procesos deficientes de la entidad estatal; que como se verificó, llevaron a que no se lograra dar un diagnóstico acertado ni oportuno a la paciente y con ello que el tratamiento que se le prestara a la víctima fuera insuficiente para lograr salvarle la vida. De ahí que se exonere a los galenos, pues se entiende diligente su actuación, en tanto llega hasta donde la ineficiencia de la organización les permite.

²¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección Tercera. Numeral 4.2.3.3

6.5. Sentencia previa # 4: sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera.

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Demandados: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Hospital Timothy Britton E.S.E y otros.

6.5.1. Resumen de los hechos

El día 14 de julio de 1996 el señor Rafael Esteban Millares Fernández (servidor público de la rama judicial) acudió al Hospital Timothy Britton debido a un dolor severo en la región abdominal, diarrea y vómito. A partir de los diversos exámenes que le fueron practicados en el centro hospitalario, se le diagnosticó *colecistitis* y *coledocolitiasis*. Solo hasta el 17 del mismo mes, dado el agravamiento de la condición del paciente, se le ordenaron otros exámenes diagnósticos que permitieron deducir que tenía peritonitis generalizada, razón por la cual se le lleva a cirugía, pero finalmente fallece dos días después.

6.5.2. Pretensiones

Que se declare la responsabilidad administrativa de la Caja Nacional De Previsión Social –Cajanal EPS– y del Hospital Timothy Britton en la muerte del señor Rafael Esteban Millares Sánchez.

6.5.3. Consideraciones del Consejo de Estado

La sala de lo contencioso administrativo evalúa los elementos de responsabilidad para el caso concreto, de la siguiente forma:

6.5.4. Daño antijurídico

La corporación considera que hubo ausencia de atención médica idónea para delimitar la afección padecida por la víctima y su respectivo tratamiento, con lo cual, se compromete su responsabilidad patrimonial toda vez que entienden constituido el daño por la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, que en el caso puntual evalúan así:

i) el señor Rafael Esteban Millares Sánchez tenía una esperanza real de recuperar su salud, al menos parcialmente y, por tanto, seguir con vida de

haberse hecho el seguimiento adecuado por parte del cuerpo médico que lo atendió; ii) dada la muerte del paciente, resulta imposible obtener el beneficio esperado por la omisión del cuerpo médico; y, iii) el señor Millares Sánchez se encontraba en una posición idónea para obtener el resultado puesto que estaba internado en el Hospital Timothy Britton, su evolución médica permite afirmar que las demandadas de haber actuado con diligencia no habrían limitado las posibilidades de mejoría en la salud del paciente²¹⁵.

Frente a lo transcrito, es menester decir, que en esta providencia se repite el patrón verificado en la sentencia previa # 2, en donde se condenó por una pérdida de la oportunidad para sobrevivir, a pesar de que las pretensiones estuvieran enfocadas a conseguir el resarcimiento del daño muerte; lo cual, se reitera, constituye una violación directa al derecho de defensa de las partes.

Sin embargo, es preciso poner de presente los criterios usados por el Consejo de Estado para atribuir la pérdida de oportunidad como daño a las entidades demandadas, a saber: la certeza frente a la oportunidad que se pierde de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio; la Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado²¹⁶.

Según el análisis realizado, la responsabilidad configurada por los demandados se verifica con: "i) la omisión en la revisión y rectificación del diagnóstico inicial cuando los síntomas presentados por el señor Millares Sánchez permitían inferir que el tratamiento dado a la primera patología no estaba funcionando; ii) la omisión del cuerpo médico en el seguimiento adecuado de la condición del paciente; iii) la omisión especial del cirujano tratante de hacer un seguimiento prudente de la evolución de la condición del paciente²¹⁷".

6.5.5. Imputación

Cómo se verificó previamente, en la presente sentencia se hizo uso de la falla en el servicio como título de imputación, por las omisiones que presentó el equipo médico durante la realización del servicio, que, según la corporación cercenaron las oportunidades de sobrevivir de la víctima.

Teniendo en cuenta que las posibilidades de recuperación del señor Rafael Esteban Millares Sánchez hubieran podido ser mayores de haber actuado los

²¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera. Numeral 2.2

²¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera. Numeral 2.2

²¹⁷ Ibid.

médicos tratantes en este caso con diligencia, se encuentra plenamente probado el perjuicio alegado por la parte actora. Estas fallas son imputables al cuerpo médico y asistencial que tenía a cargo el cuidado de la salud del señor Rafael Esteban Millares Sánchez, puesto que en las diferentes rondas realizadas por los médicos de planta del Hospital y de Prosalud Islas S.A., no se tomaron en cuenta los síntomas que demostraban más allá de toda duda que la medida inicialmente adoptada no estaba contribuyendo a la mejoría del paciente²¹⁸.

Vale la pena exponer que, en ningún momento a lo largo de la sentencia se hizo mención del nexo causal. En principio diríamos que se esto se debe a que se imputa la falla del servicio en razón de las omisiones cometidas por el cuerpo médico; lo cual, no permitiría hallar una conexión fáctica entre la omisión y el resultado dañoso.

La Sala no revocará la sentencia de primera instancia, por cuanto se pudieron establecer, a partir de los elementos probatorios, diversas conductas negligentes respecto del manejo médico dado al señor Rafael Esteban Millares Sánchez las cuales, si bien no pueden catalogarse como las causas directas de la muerte del paciente, sí le cercenaron cualquier posibilidad de obtener una mejoría en su salud.

(...) En el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte del señor Millares Sánchez sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria adecuada, inacción que, precisamente equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda²¹⁹.

6.5.6. Carga probatoria

En la presente sentencia la carga probatoria que tienen las partes se distribuye de la siguiente manera:

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera. Numerales 2 y 4

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica²²⁰ y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes²²¹.

De la anterior cita se deriva la posibilidad de hacer uso de indicios para probar los hechos que sustentan la pretensión. No obstante, la sentencia no hace ninguna mención expresa, en cuanto a la modalidad probatoria usada, salvo la anteriormente expuesta. Es decir, no se hace uso en este caso ni del modelo de falla presunta en el que el demandado debe demostrar su diligencia; ni el de cargas dinámicas en donde se distribuye la prueba de acuerdo con las posibilidades de las partes. En este caso parece tratarse más de un régimen de culpa probada.

No obstante, de lo transcrito es palpable la tendencia en pro de la víctima, pues de entrada se presume la dificultad probatoria que ostenta, como si en todos los casos fuera dable asumir que el galeno tiene increíblemente fácil probar su diligencia, cuando muchas veces no es así.

De ahí la propensión que tiene el Consejo de Estado a considerar los indicios y otros métodos probatorios, como aligeramientos a la carga probatoria del actor. A nuestro modo de ver, estos no son más que instrumentos de prueba como cualquier otros,

²²⁰ DUQUE OSORIO, Alberto León. Tema de prueba en la responsabilidad médica. Medellín: Biblioteca jurídica Dike, 2014. p. 133-134: En los juicios en donde se discute la responsabilidad médica por error en el diagnóstico, será prueba fundamental la historia clínica; pues es la manera más expedita por la que el juez puede determinar si la actuación del galeno estuvo o no enmarcada dentro de la *lex artis* y de ahí la exención o no de responsabilidad a este. La historia clínica *“tiene un valor científico en el estudio y la investigación del paciente, en la apreciación de la conducta con el paciente, en la orientación para intervenciones médicas futuras”*. De ahí que en una disputa legal lo que se pretenda probar es la coincidencia de la verdad procesal con el material del acto de atención y cuidado; y para esos efectos, es la historia clínica *“el único medio probatorio que se estructura desde el mismo acto de la atención y cuidado”*. Se podría decir que la historia clínica cumple un papel transversal en materia de responsabilidad médica, porque de ahí pueden surgir deducciones en cuanto a la calidad de la atención brindada a un determinado paciente y a estos efectos probar o desacreditar el servicio diligente y cuidadoso, que sería tanto para el demandante como para el demandado, la prueba reina para ver prosperar sus intenciones en el proceso.

²²¹ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera. Numeral 2.2

que no deberían ser tenidos como ayuda a la parte demandante porque en realidad no lo son.

Si bien es cierto que existen las dos posturas frente al indicio, nosotros adoptamos la de autores como Carnelutti citado por Jairo Parra Quijano, quienes conciben el indicio como: *“una prueba crítica, lógica, indirecta. (...) podemos decir que cuando se habla de prueba directa el hecho lo presencia el juez; en la prueba histórica, como, por ejemplo, en el testimonio o el documento, se le representa al juez el hecho a probar; en la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni éste está representado, lo que tiene es un hecho que le sirve de sustento o de base para buscar el hecho a probar²²²”*.

En fin:

No se puede, de ninguna manera, centrar la importancia del indicio en el proceso mental, ya que este proceso se realiza con todos los medios probatorios; aún con la inspección judicial. No puede dictarse sentencia sin “pensar” las pruebas aportadas; seguramente en el indicio el proceso mental, “pensar” la prueba, será más abundante, pero esto no justifica desplazar el centro de gravedad del indicio, del hecho, al proceso mental que se conecta a ese hecho. Somos conscientes que el indicio no es un hecho cualquiera, sino un hecho que tiene la propiedad, por así decirlo, de salirse de sí para mostrar otro, pero es un hecho, una circunstancia.

De ahí que no concordemos con la postura del Consejo de estado, al entender como facilitadores probatorios al indicio y a otros medios de prueba.

6.5.7. Atribución de responsabilidad a las entidades Públicas demandadas

Se reitera el siguiente apartado en donde se indica que: *“Estas fallas son imputables al cuerpo médico y asistencial que tenía a cargo el cuidado de la salud del señor Rafael Esteban Millares²²³”* y por tal: *“Declárase la responsabilidad administrativa de la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EPS– y del Hospital Timothy Britton por la pérdida de oportunidad de mejoría del señor Rafael Esteban Millares Sánchez²²⁴”*.

²²² CARNELUTTI, Francesco. Sistemas de derecho procesal civil. Tomo II, Buenos Aires. Editorial Uthea, 1944, p. 402. Citado por: PARRA QUIJANO, Jairo. Algunos apuntes de la prueba indiciaria [Online]. <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>

²²³ Ibid.

²²⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera. Numeral 5

Del hecho que, comprobada la falla de parte del cuerpo médico, se deriva la atribución de la responsabilidad a las entidades públicas demandadas, deja inferir un régimen de responsabilidad directa de las personas morales por los daños asumidos como propios, en virtud de que fueron virtualizados por parte de su personal. Esto toda vez que, el régimen de responsabilidad indirecto se había dejado atrás tiempo antes por esta jurisdicción.

No obstante, es importante hacer hincapié en el hecho de que la corporación se enfoca en encontrar la culpa o falla, independientemente de quien sea el o los autores, para adjudicarle responsabilidad al ente de salud público. Esto es, imputar una falla del servicio a la entidad, a través de la responsabilidad directa, por culpa anónima.

7. HALLAZGOS PRELIMINARES

El presente apartado se encarga, en una primera instancia, de resaltar a manera de cuadro comparativo, las semejanzas y diferencias en la forma de evaluar la responsabilidad en una misma corporación; esto es, primero la Corte Suprema de Justicia y posteriormente el Consejo de Estado. Seguidamente, sacaré las interpretaciones pertinentes frente a lo esbozado en los cuadros comparativos en la forma de concebir la responsabilidad por error en el diagnóstico en cada jurisdicción, y finalmente, concluiré este fragmento con la comparación entre las dos jurisdicciones.

7.1. COMPARACIÓN ENTRE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencias	Estructura responsabilidad	Régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad	Forma de atribución de responsabilidad a la persona jurídica	Carga probatoria
Sentencia base: SC13925 – 2016	R = D (daño) + I (imputación jurídica) + C (culpa)	Régimen subjetivo (obligación de medios). Exonera diligencia y cuidado. Hace mención de criterios objetivos como el deber de actuar, la posición de garante y las obligaciones de seguridad.	Culpa organizacional: similar a la culpa anónima del Consejo de Estado, pues no interesa sujeto, sino la culpa de la entidad <i>in operando</i> .	Culpa probada con posibilidad de prueba a través de indicios.
Sentencia previa # 1: SC15996-2016	R = H (hecho activo u omisivo) + D (daño) + C (causalidad) + I (imputación por culpa o dolo)	Régimen subjetivo (obligación de medios). Exonera diligencia y cuidado.	Responsabilidad directa: se reprocha la actuación de los sujetos (dependientes) para responsabilizar a la persona jurídica.	Culpa probada con posibilidad de aplicar cargas dinámicas.
Sentencia previa # 2: del 30 de noviembre de 2011²²⁵.	R = H (acción u omisión) + D (daño) + C (causalidad) + I (imputación por culpa o dolo)	Régimen subjetivo (obligación de medios). Exonera diligencia y cuidado.	Responsabilidad directa por el hecho de sus funcionarios.	Culpa probada con posibilidad de aplicar cargas dinámicas.
Sentencia previa # 3: SC15746-2014²²⁶	R = C (contrato) + I (incumplimiento) + D (daño) + c (causalidad).	Régimen subjetivo (obligación de medios). Exonera diligencia y cuidado.	Responsabilidad directa: se reprocha la actuación de los sujetos (dependientes) para responsabilizar a la persona jurídica.	Culpa probada con posibilidad de usar <i>dulcificadores</i> probatorios (no se hace referencia expresa a cargas dinámicas).

²²⁵ Sentencia No condenatoria.

²²⁶ Sentencia No condenatoria.

Sentencia previa # 4: Sentencia del 15 de septiembre de 2016²²⁷	R = H (activo u omisivo) + I (imputación por culpa o dolo) + D (daño) + C (causalidad).	Régimen subjetivo (obligación de medios). Exonera diligencia y cuidado.	Responsabilidad directa: se reprocha la actuación de los sujetos (dependientes) para responsabilizar a la persona jurídica.	Culpa probada con posibilidad de aplicar cargas dinámicas y otros aligeramientos probatorios.
---	---	---	---	---

Frente a la anterior esquematización se puede decir que:

- a. La estructura de responsabilidad en todas las sentencias previas es esencialmente la misma; el cambio se produce en la sentencia base con la forma $R = D$ (daño) + I (imputación) + C (culpa). Sin embargo, ésta última esquematización no resulta tan divergente, puesto que en el estudio de imputación se subsume tanto la verificación de la causalidad como la calificación de la conducta en dolosa o culposa.

La sentencia base introduce la teoría de la imputación objetiva, que más que un tema de imputación parece un asunto de causalidad. Entonces en este proceso se lleva a cabo el estudio de la imputación fáctica, esto es, elegir el elenco de causas que fueron causa sine qua non del daño, para luego pasar al estudio de la imputación jurídica (que sí bien la corte no acotó la teoría a usar, tradicionalmente se ha usado la de la causalidad adecuada), que consiste en evaluar si un suceso sería causa de un resultado según el giro ordinario de las cosas o de las reglas técnicas en un asunto que lo amerite (como es el caso médico).

Por este motivo es que decimos que del "cambio" de estructura de responsabilidad en esta sentencia no se derivan mayores divergencias con las sentencias previas; ya que, como se indicó previamente, del estudio de la imputación se deriva el análisis del resto de elementos de la responsabilidad tradicionalmente concebidos.

- b. Con respecto al régimen utilizado, se da por establecido el régimen subjetivo para este tipo de responsabilidad médica, puesto que la jurisprudencia ha entendido que, para los casos de responsabilidad por error en el diagnóstico, dada la opinabilidad y aleatoriedad de la profesión, no puede exigírsele a los profesionales de la salud, más que la observancia de los protocolos, reglas y grados de diligencia esperables para su actividad, atendiendo los mandatos de

²²⁷ Sentencia No condenatoria.

la *lex artis*. Sin embargo, se acota que los casos de obstetricia y medicina estética se han concebido bajo la mirada de la responsabilidad objetiva por tenerse como obligación de resultados a lo que el médico se compromete en estos eventos.

Adicionalmente, vale la pena resaltar que la sentencia base de esta corporación es la única que hace mención de criterios de tipo objetivo, como el deber de actuar, la posición de garante o la obligación de seguridad. Siendo estos términos, tradicionalmente de mayor acogida en el Consejo de Estado que en esta jurisdicción.

- c. Nuevamente, se ve una disparidad en el criterio de atribución de responsabilidad al ente privado de salud en este caso, puesto que la sentencia base (más reciente), introduce el concepto de culpa organizacional, que se tiene como similar a la culpa anónima de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que se ampliará más adelante. Sin embargo, en la acotada sentencia se puede ver como colisionan tanto la responsabilidad directa como la culpa organizacional. Esto, toda vez que no solo se evidencia la falta de diligencia de los galenos en su tarea diagnóstica (responsabilidad directa), si no, los problemas internos de la organización que impiden la prestación adecuada del servicio (culpa organizacional).

No obstante, es relevante resaltar la coincidencia en las sentencias previas de esta corporación respecto del uso de la responsabilidad directa como factor de atribución al ente prestador del servicio, pues ya tiempo atrás se había descartado la teoría de la responsabilidad indirecta de las organizaciones, por lo que no sería aceptable una incongruencia en este sentido.

- d. Ahora bien, respecto del régimen probatorio en esta jurisdicción, se encontraron dos aspectos a resaltar. Por una parte, se ve a simple vista la coincidencia en el uso de la teoría de la culpa probada. Sin embargo, cuando se revisa el tema de la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas, se evidencia una gran desconexión entre providencias.

De un lado, en la sentencia base no se admite o menciona de modo alguno la posibilidad de aplicar cargas dinámicas, mientras que en la sentencia previa # 4 que es temporalmente, tan solo quince días anterior, se admite abiertamente el uso de dicha teoría, lo cual muestra una suerte de alejamiento en las concepciones de los magistrados de la corporación. Y sí a esto se le suma que dos de tres de las sentencias previas restantes también conciben el uso de las cargas dinámicas, se confirma mucho más la anterior posición.

En donde si hay coincidencia entre sentencias, es en la concepción de que es factible el uso de los llamados dulcificadores probatorios, entre ellos los indicios, que como ya se dijo de forma preliminar en este texto, no deberían considerarse ayudas probatorias en favor de la parte actora, sino un medio de prueba como cualquier otro.

7.2. COMPARACIÓN ENTRE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentencias	Estructura responsabilidad	Régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad	Forma de atribución de responsabilidad a la persona jurídica	Carga probatoria
Sentencia Base: del 13 de junio de 2016.	R = D (daño antijurídico) + I (imputación) ²²⁸ .	Régimen subjetivo por falla del servicio.	Responsabilidad directa de la persona moral del Estado. Uso de la teoría de la culpa anónima que se considera similar a la culpa organizacional.	Culpa probada con posibilidad de cargas dinámicas, salvo en asuntos de causalidad. Se admite prueba mediante indicios
Sentencia previa #1: del 20 de mayo de 2013.	R = D (daño antijurídico) + I (imputación) ²²⁹ .	Régimen subjetivo por falla del servicio, (con utilización de criterios objetivos como la posición de garante).	Responsabilidad directa de la persona moral del Estado	Culpa probada con posibilidad de probar mediante indicios y reglas de la experiencia.
Sentencia previa #2: del 12 de diciembre de 2013.	R = D (daño antijurídico) + I (imputación) ²³⁰ .	Régimen subjetivo por falla del servicio.	Responsabilidad directa de la persona moral del Estado	Culpa probada. Aclaración de voto indica culpa presunta.
Sentencia previa #3: del 21 de marzo de 2012.	R = D (daño antijurídico) + I (imputación).	Régimen subjetivo por falla del servicio.	Responsabilidad directa de la persona moral del Estado.	Culpa probada con posibilidad de probar mediante indicios
Sentencia previa #4: del 15 de	R = D (daño antijurídico) + I (imputación).	Régimen subjetivo por falla del servicio.	Responsabilidad directa de la persona moral	Culpa probada con posibilidad de probar

²²⁸ En otra cita se indica estructura del tipo: R = H + D + C.

²²⁹ En otra cita se indica estructura del tipo: R = D + F (falla) + C

²³⁰ Pérdida de la oportunidad como daño autónomo.

octubre de 2015.			del Estado (culpa anónima).	mediante indicios
------------------	--	--	-----------------------------	-------------------

De la esquematización se puede concluir que:

- a. La estructura de la responsabilidad en las cinco sentencias estudiadas resulta equivalente. En todas se verificó una estructura del tipo $R = D + I$, con la ampliación del análisis a asuntos como la causalidad, subsumidos dentro del estudio de la llamada imputación.
- b. Respecto de todas las sentencias evaluadas se comprobó la coincidencia en la utilización del título de imputación de la falla en el servicio, que como se había anticipado, es pacíficamente aceptada – al menos en la jurisprudencia - para los casos de error de diagnóstico. Asimismo, es importante anotar que, solo en una de las sentencias se hizo mención expresa de la utilización de criterios de imputación objetiva como la posición de garante; en el resto de ellas, se ve más un aligeramiento de la carga de la prueba para la parte actora que otro fenómeno. No obstante, es importante resaltar la mención que se hace en la sentencia base, sobre la posibilidad de que sea el juzgador en cada caso quien determine, que título de imputación es pertinente; cuestión con la cual, como ya se dijo previamente, no se está de acuerdo, por la inseguridad jurídica que representaría, el que, para casos similares de error de diagnóstico, por ejemplo, se usaran títulos de imputación distintos.
- c. Igualmente se encuentra equivalencia en la forma en la que el Consejo de Estado atribuye responsabilidad a la persona moral, con la utilización de la responsabilidad directa de la persona jurídica por los daños causados por sus agentes. Es de reiterar la utilización de la teoría de la culpa anónima en la proyección de la responsabilidad directa, si se entiende la preferencia por delimitar el daño y poner en segundo plano la individualización de los causantes.
- d. Frente a la carga probatoria de las partes, se encontró similitud en las sentencias en cuanto a que el grueso de los elementos a probar está en cabeza del demandante (culpa probada). Sin embargo, en la sentencia base se hace referencia a la posibilidad de utilizar la teoría de las cargas dinámicas, salvo en cuestiones de causalidad; lo cual, claramente constituye un punto de inflexión entre las sentencias, pues en las demás como ya se dijo, la carga estará mayoritariamente en la parte actora, con la posibilidad de probar mediante indicios, que se recuerda, el Consejo de Estado tiene por facilitador probatorio, cuando no es más que otro medio de prueba.

7.3. COMPARACIÓN ENTRE CORTES

- a. En cuanto a la esquematización de la responsabilidad civil o estatal se deduce que, a partir de la sentencia hito del 2016 de la Corte, la estructura de: R = D + I, parece compartirla con el Consejo de Estado. No obstante, es importante recalcar que, si bien en ambas corporaciones el esquema inicial se presenta de la forma mencionada, a la hora de evaluar los elementos probados en el proceso, el espectro parece ampliarse a factores como el hecho (activo u omisivo), la culpa y por supuesto la causalidad. Lo cual permite reforzar la idea de que no se trata sino de un cambio de esquematización, en el que los restantes elementos (tradicionalmente concebidos), se encuentran subsumidos en la evaluación de la responsabilidad.
- b. Parece también ser pacífico en ambas Corporaciones el hecho de que frente a responsabilidad médica (por error en el diagnóstico al menos), el régimen de responsabilidad es subjetivo, por cuando la actividad galénica en la mayoría de sus aristas no constituye una ciencia exacta a la que se le puedan exigir resultados concretos y en tal medida solo serán condenados los profesionales de la medicina y las entidades de salud, cuando sus errores sean inexcusables de acuerdo con lo dictado en cada caso específico, por la *lex artis*.
- c. Entre los elementos puntuales que deben revisarse durante el proceso de evaluación de la culpa para los casos de error de diagnóstico – y que coinciden para las dos jurisdicciones - están: la debida utilización de los medios diagnósticos (exámenes, pruebas etc.), la oportunidad en la revisión de los resultados, la debida remisión donde el profesional idóneo para efectuar el diagnóstico, la adecuada interpretación de los síntomas y los exámenes, la debida elaboración de la historia clínica, entre otros.
- d. Se verifica en ambas corporaciones la posibilidad de condenar solidariamente a los intervinientes culpables durante la prestación del servicio. A efectos de los errores de diagnóstico, se podría hablar de corresponsables en los casos en que más de un médico evalúa erróneamente a un mismo paciente de una institución.
- e. Al respecto de la atribución de responsabilidad al ente de salud, sea privado o público, se ve a primera vista una bifurcación entre la culpa organizacional expuesta por la Corte y la responsabilidad directa de la entidad por los daños de sus dependientes en el Consejo de Estado.

Sin embargo, si se piensa en la teoría de la culpa anónima utilizada por el Consejo de Estado para evaluar la responsabilidad del ente de salud por el hecho de sus agentes, se puede percibir una similitud con la culpa organizacional, en cuanto a la NO individualización de responsables (en primera instancia) que también está presente en esta teoría, pues en ella no interesa determinar puntualmente quien o quienes causaron el daño, sino si hubo un menoscabo en el marco de la prestación de los servicios de salud.

En el mismo sentido, frente al dicho de Yepes Restrepo²³¹ sobre que una diferencia fundamental entre la responsabilidad civil médica y la del Estado es el trato que se le da a la culpa, (donde en la primera es necesario comprobar la culpa individual en principio, mientras que en la responsabilidad médico-estatal basta con acreditar la falla en el servicio, así sea "anónima"), hay que decir que el estudio arrojó lo contrario. Esto, en virtud de que con la llamada culpa *in operando* u organizacional, no hace falta la individualización del o los sujetos causantes del daño, pues este es atribuible directamente a la entidad en el marco de la prestación del servicio médico.

- f. En lo referente a la distribución de la carga probatoria, parece haber hoy en día concordancia en la aplicación del régimen de culpa probada con *dulcificadores* probatorios para la parte demandante, por la dificultad que representa en ciertos casos la demostración, por ejemplo, del nexo causal.

La teoría de las cargas dinámicas como ya se vio, aparece esporádicamente en algunas sentencias de ambas jurisdicciones. Sin embargo, es latente el riesgo que puede suscitar una mala aplicación de esta teoría, si se hacen presunciones alegremente, sin prever las consecuencias procesales que puede implicar. De ahí que, en una de las sentencias del Consejo de Estado, se haga la salvedad frente al uso de las cargas dinámicas en cuanto al nexo causal.

No obstante, se deja planteada la inquietud sobre una suerte de mayor rigurosidad en materia probatoria en la Corte Suprema, puesto que solo se encontraron dos sentencias condenatorias en esta corporación.

- g. Adicionalmente es importante recalcar lo fundamental que es la evaluación de los hechos *a priori* o *ex ante* por parte de los jueces, en lo que respecta específicamente a la responsabilidad galénica; toda vez que, los jueces colocados en las circunstancias acaecidas *ex post*, tienden a condenar con mayor facilidad a los médicos. No entanto, es relevante acotar la poca mención

²³¹ YEPES, Op. cit., p. 128

que se hace en las sentencias (al menos expresamente) acerca de este criterio que debe tener en consideración el juez en su evaluación de la responsabilidad.

- h.** A lo largo del análisis se pudo vislumbrar también, cómo de forma esporádica, está presente el uso de criterios objetivos para la atribución de responsabilidad al ente estatal. Sin embargo, en la sentencia base de la Corte, se hizo presente la misma idea al decir que *“para determinar si una conducta activa u omisiva es atribuible a un agente, hay que revisar el deber de actuar, la posición de garante, las obligaciones de seguridad etc.”*²³².

Entonces, si bien es claro que para ambas jurisdicciones el régimen que gobierna la responsabilidad de los galenos - al menos para los casos de diagnóstico - es la responsabilidad subjetiva, pues no puede pedírseles ser infalibles en cuanto a sus dictámenes, aún cuando cumplan con las obligaciones, reglas y protocolos propios de su profesión. En esa medida es que se usa en estos casos la responsabilidad subjetiva.

No obstante, es importante tener en el radar que, la jurisprudencia está concibiendo en ciertos casos el uso de los criterios objetivos ya mencionados, con lo cual se hace preciso seguir rastreando estos tipos de sentencia, para verificar si en lo sucesivo se reitera su uso en las decisiones judiciales.

²³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil. Numeral 3.2

8. CONCLUSIONES

Finalmente, en este aparte se realizará el recuento del ejercicio comparativo, y se dejarán sentadas tanto las apreciaciones, como las inquietudes que queden al respecto del modelo de evaluación de responsabilidad por error en el diagnóstico, que se está utilizando en los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y de la contencioso administrativa.

- a. Al respecto de la estructura de la responsabilidad entonces, se ve más que todo una diversidad terminológica que hace que los elementos a evaluar parezcan distintos pero que en últimas terminan confluyendo. Mientras que en la jurisdicción contenciosa se ve un esquema de (daño + imputación), en la ordinaria se ve un esquema desglosado (al menos en las sentencias previas), del tipo: (hecho + daño + imputación + causalidad).

En ese sentido, proponemos que la diferencia es más terminológica que práctica porque del estudio de la imputación, se deriva la escogencia de hechos u omisiones que habrían sido causa sine qua non del daño (con la causalidad fáctica) y la verificación del nexo causal (con la causalidad jurídica), para completar el esquema desglosado, típico de la jurisdicción civil.

- b. No parece haber divergencias entre jurisdicciones al entender la obligación galénica como de medios, al menos en lo concerniente a la responsabilidad de impartir un diagnóstico. Sin embargo, se reitera el uso esporádico de criterios como la posición de garante que recae sobre el médico, haciendo volcar el régimen hacia uno un poco más objetivo.
- c. Si bien parece haber disparidades en materia de atribución de responsabilidad a la persona moral privada o pública, con la introducción de la teoría de la culpa organizacional, se reitera la cercanía entre el criterio de culpa anónima (del Consejo de Estado) y la organizacional (de la corte), en cuanto al anonimato de los sujetos involucrados en el hecho dañoso, porque lo que interesa en principio es probar la ocurrencia del daño para atribuírsele a la entidad. Sin embargo, es claro que para efectos prácticos cada una de las teorías tendría una utilidad distinta.

La culpa organizacional, por un lado, será útil para los casos en que se causa un daño por culpa *in operando*; esto es, errores que se cometan en los procesos organizativos de la entidad de salud. Mientras que la culpa anónima podrá prestar utilidad tanto para casos de daños por los errores organizacionales como para los casos específicos de culpa galénica.

- d. En materia probatoria se encontró también una coincidencia en cuanto a la utilización de la teoría de la culpa probada, en la cual recae predominantemente la carga de probar sobre el demandante. Sin embargo, se observa que ambas corporaciones tienen la tendencia a considerar debilidad o desigualdad probatoria de la parte actora, y por eso pretenden "aligerarle las cargas" con

indicios, presunciones, deducciones lógicas etc. Ello, se evidencia sin embargo con mayor claridad en la corporación administrativa, si se quiere por la cantidad de ocasiones en que se condena versus las que se absuelve.

Adicionalmente, se puede afirmar que hay mayor propensión al uso de cargas dinámicas en la jurisdicción ordinaria que, en la contenciosa, aunque tampoco sea la corriente más reiterada. Siempre predomina la culpa probada con la posibilidad de probar mediante indicios.

- e. Finalmente, es importante hacer hincapié en la gran dificultad que representó encontrar sentencias condenatorias por error de diagnóstico en la Corte Suprema. Lo anterior supone hacerse diversos cuestionamientos:

¿Será que la identidad del sujeto pasivo en la jurisdicción ordinaria pesa más?
¿Será que no hay casi incentivos para demandar en esta jurisdicción en materia médica y por eso hay tan pocas sentencias?
¿Será que se concilia en el ámbito privado para no llevar estos eventos al escarnio público, en donde resultarían perjudicadas las entidades privadas?
¿Será que hay menor o peor divulgación de las sentencias de la Corte Suprema?
¿Será que hay mayor disuasión implícita hacia los jueces de la Corte de condenar a una entidad privada, por las implicaciones que esto pueda tener en la subsistencia de esta, entre otras cuestiones?
¿Incidirá la cuantía de la casación en los casos de condena por error en el diagnóstico, y por eso llegan tan pocos a la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria?
¿Será que la actividad probatoria es a todas luces más estricta en esta jurisdicción que en la contencioso administrativa?
¿Habrà mayor interés en demandar al Estado por la comentada vulnerabilidad en su defensa?
¿Habrà más garantismos para la víctima en el Consejo de Estado, por ser el Estado el causante del daño?
¿Habrà en más laxitud en materia probatoria en la jurisdicción contencioso administrativa?
¿Habrà simplemente mayor y mejor divulgación de las providencias del Consejo?
¿Habrà más demandas en el Consejo de Estado, porque hay una mayor tendencia a condenar?
¿Serán los criterios de imputación objetiva en el Consejo de Estado más determinantes y plausibles a la hora de condenar?

- f. Lo anterior no son más que interrogantes surgidos de la desproporcionalidad de sentencias condenatorias por error en el diagnóstico en ambas corporaciones; sin embargo, el objetivo del trabajo era analizar qué tan diferente o semejante era el tratamiento de la responsabilidad civil versus la estatal, frente a lo cual como ya se dijo no se encontró mayores bifurcaciones.

No obstante, pareciera que existe una mayor tendencia del Consejo de Estado por favorecer a la víctima en la evaluación de la responsabilidad médica estatal, cuando se da en la tarea de prestar por sí mismo, dicho servicio público; lo cual, se hace palpable, por ejemplo, en el cambio en la imputación del daño que realizan de manera oficiosa, al modificar el centro de la discusión, de un daño muerte, a un daño pérdida de la oportunidad.

En el anterior sentido, sería interesante identificar un mayor número de sentencias en donde se haga expreso el uso de criterios objetivos u otras manifestaciones en pro de la víctima, para corroborar esta teoría; pero, del universo estudiado se pudo hallar al menos dos providencias que consideran aspectos como el principio de confianza y la posición de garante para la determinación de la responsabilidad (una del Consejo y una de la Corte), lo cual constituye un buen avance.

- g. Finalmente, a nuestro modo de ver, que no haya mayores diferencias en la forma como se evalúa la responsabilidad en los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa es lo más acertado. Esto, si hemos de entender que son los mismos bienes jurídicos los que están en juego sea en una u otra jurisdicción.

No obstante, parece preocupante que, si bien la evaluación teórica de las providencias se ve visiblemente parecida, en la práctica no se estaría llegando al mismo resultado y de ahí la cantidad de condenas en una, versus otra Corte.

Frente a esto, la que parecería ser la respuesta más latente sería el uso de los mencionados criterios objetivos y presunciones en pro de la víctima para imputar responsabilidad al ente estatal. De cualquier forma, quedaron previamente esbozados los cuestionamientos que subsisten en cuanto a la disparidad numérica de condenas en ambos cuerpos colegiados por este asunto.

9. REFERENCIAS

Alcoz Medina, Luis. La teoría de la pérdida de la oportunidad. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

ALMODÓVAR MALDONADO, José. Evolución de la Responsabilidad Civil: Una aproximación. [online]. Puerto Rico: UPR – Ponce, 2013.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

BLAS ORBÁN, Carmen. Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI. España: J. M. Bosh Editor, 2003

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

BUSTAMANTE, ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena edición. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Sistemas de derecho procesal civil. Tomo II, Buenos Aires. Editorial Uthea, 1944, p. 402. Citado por: PARRA QUIJANO, Jairo. Algunos apuntes de la prueba indiciaria [Online]. <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Sevilla: Asjusa letramed, 2005.

DUQUE OSORIO, Alberto León. Tema de prueba en la responsabilidad médica. Medellín: Biblioteca jurídica Dike, 2014.

García Huayama, Juan Carlos. Responsabilidad civil de los médicos. Piura, Perú.

GIL BOTERO, Enrique. La Teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Sexta edición. Bogotá: Temis, 2013.

GIL Botero, Enrique. Responsabilidad Médica y Hospitalaria en el Derecho Público. En: Revista No. 20 – octubre de 2006, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Pág. 166. Citado por: Consejo de Estado. Sentencia del 19 de septiembre de 2007. Sección Tercera.

GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia. Responsabilidad extracontractual del Estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho [online]. Bucaramanga: UNAB.

GUTIERREZ TOBÓN, Verónica y GÓMEZ SÁNCHEZ, Sebastián. Pérdida de Oportunidad en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: Revista Pluriverso. Julio 2017, N° 9.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. El derecho Romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días. Revista de derecho privado N°47. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

GUZMÁN, Fernando; MORALES et al. De la responsabilidad civil médica. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1995.

HENAO, Juan Carlos y OSPINA GARZÓN Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por Qué? ¿Hasta Dónde?. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

IRRISARI BOADA, Catalina. El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado colombiano. Bogotá: Universidad Javeriana, 2000.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

JIMÉNEZ, William Guillermo. Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. Bogotá: Universidad Libre y ESAP, 2013.

MALAGÓN, Miguel y GAITÁN, Julio. Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Vniversitas, 2008.

MARTÍNEZ MALAVER, José Manuel. El injusto imprudente en la responsabilidad médica. En: Revistas Científicas Universidad Autónoma de Colombia. Julio, 2011. N° 5. ISSN: 2145-3381.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. Undécima edición. Bogotá: Temis, 2003.

MIR PUIGPELAT, Oriol. Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. En: La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MOLINA, Carlos Mario. Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente. En: Opinión Jurídica. 2005, Vol. 4. ISSN 1692-2530

MOSSET ITURRASPE, Novellino. Derecho de daños. Buenos Aires: Ediciones la Rocca, 1996.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Estudios sobre responsabilidad por daños. Santa fe: Rubinzal y Culzoni Editores.

MOTA CASTAÑO, Deissy y BARACALDO AMAYA, Diego. Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2010.

NARANJO GALVES, Rodrigo. La reforma Contencioso Administrativa de 1914. Bogotá: Universidad del Rosario, 2001.

PATIÑO RODRIGUEZ, Eduardo. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. en: Revista de derecho privado Universidad Externado de Colombia, 2008. Vol. 14.

PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2016.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica. Bogotá, 2003.

RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo, Constitución y leyes usuales de Colombia. Bogotá. Librería Colombiana. 1939.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. ¿Hacia una "nueva" responsabilidad civil? [Online]. Bogotá: Ámbito Jurídico, 2017. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/hacia-una-nueva-responsabilidad-civil>

ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2014.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El médico ante el derecho. La responsabilidad penal y civil del médico. Bogotá: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. En: Criterio jurídico. 2004, Vol. 4. ISSN 1657-3978.

RUIZ, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Tercera edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2016.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. La responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos clínicos. En Revista Vniversitas, 1984, Vol. 70.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2000.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE, 2003.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá: Legis, 2008.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. Bogotá: Legis, 2008.

URIBE GARCÍA, Saúl. Responsabilidad civil extracontractual: origen, evolución y recepción en el código civil colombiano. En: Responsabilidad civil y del Estado. Tomo VII, Revista IARCE

VELASQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis, 2013. p. 346.

VINEY, Genevieve. Tratado de Derecho civil. Traducido por MONTOYA MATEUS, Fernando. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Médica. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2016.

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de marzo de 1940. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de septiembre de 1985. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2001. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de septiembre de 2002. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Sala de Casación Civil.

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Sección Tercera.

Consejo de Estado. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Sección Tercera.

Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Sección tercera.

Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Sección tercera.

Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Sección Tercera.

Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2016. Sección tercera.