



**BALANCE Y CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA FALLA PROBADA EN LA
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA DEL ESTADO**

Santiago López Acevedo

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Tutor

Juan José Gómez Arango, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(López Acevedo, 2023)
Referencia	López Acevedo, S. (2023). <i>Balance y Consolidación del Régimen de Falla Probada en la Responsabilidad Extracontractual Médica del Estado</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XIX.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decana: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinadora de Posgrados: Cristian Guardia López.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

La responsabilidad extracontractual del Estado en materia de obligaciones asociadas a la prestación del servicio de salud en Colombia se ha visto enfrentada a un vaivén de interpretaciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales; en consecuencia, la carga probatoria que deben asumir los agentes, asociada al régimen de imputación jurídica, no ha sido ajena a dicho fenómeno. El presente artículo analiza la evolución jurídica que ha tenido la responsabilidad médica con relación al régimen mediante el cual se imputa la responsabilidad al Estado. Para ello, se procede con el estudio en tres momentos: (i) en primer lugar, se analizan los elementos de la responsabilidad estatal extracontractual (el daño antijurídico, la imputación jurídica y el nexo causal), estudiando los orígenes de la institución y las diferencias propias entre la responsabilidad extracontractual objetiva y subjetiva; (ii) tras esto y en segundo lugar, se realiza un balance acerca de la consolidación de la posición actual del Consejo de Estado a través de la construcción de una línea jurisprudencial mediante el método de análisis dinámico de jurisprudencia; (iii) por último, y con base en el estudio mencionado, se realiza una narrativa jurisprudencial de las variaciones que ha tenido el régimen de imputación a través del tiempo (Régimen de Falla Presunta, Dinamización de la carga de la prueba y Régimen de Falla Probada); Se concluye que la posición actual del precedente judicial sobre el tema del régimen de imputación subjetivo en materia de responsabilidad médica extracontractual del Estado es la consolidación del régimen de falla probada.

Palabras clave: Falla Presunta, Falla Probada, Línea Jurisprudencial, Régimen de Imputación, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Servicio de Salud en Colombia.

Abstract

The extra-contractual liability of the State for obligations associated with the provision of health services in Colombia has been subject to a wide range of doctrinal and jurisprudential conceptions. As a result, the burden of proof to be assumed by the agents, associated with the legal imputation system, has been affected by this legal circumstance. The present article analyzes the legal evolution that medical liability has had in consideration to the imputation regime by which legal responsibility is ascribed to the State. To this end, the study proceeded in three stages: (i) in

the first place, the elements of the State's extra-contractual liability are analyzed (the unlawful damage, the legal imputation and the causal link) by studying the origins of the institution and the differences between subjective and objective liability; (ii) after this and secondly, a balance report is made about the consolidation of the current position of the Council of State through the construction of a judicial decisions line. (iii) finally, and based on the previous study, a jurisprudential narrative is presented concerning the variations in the imputation regime over time (Presumptive Failure Regime, Dynamic Burden of Proof and Proven Failure Regime); It is concluded that the current position of the judicial precedent on the issue of the subjective imputation regime in extra-contractual medical liability of the State ends in the consolidation of the Proven Failure Regime.

Keywords: Presumptive Failure Regime, Proven Failure Regime, Judicial Decisions Line, Imputation Regime, Extra-contractual liability of the State, Health Service in Colombia.

Sumario

Sumario: 1. Introducción; 2. Evolución y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado; 3. Análisis dinámico de jurisprudencia; 4. Narrativa Jurisprudencial: Evolución y consolidación del régimen de Falla Probada en materia de Responsabilidad Médica Extracontractual del Estado; 5. Conclusión; 6. Referencias bibliográficas.

Introducción

La evolución del modelo médico asistencial ha implicado la consolidación de figuras asociadas a la responsabilidad extracontractual que involucran tanto a los profesionales que suministran sus servicios, como de las instituciones a través de las cuales dicho servicio es prestado. Las dinámicas propias de la masificación del servicio, así como la hiper-especialización y ramificación de la medicina, han generado la transmutación de la relación del paciente con su médico tratante. Las personas ya no acuden por las relaciones de cercanía o amistad que tienen con los profesionales del área de la salud, sino como parte de un engranaje económico y corporativo en el que el factor *intuitu personæ* se ha visto reducido a su mínima expresión.

Es en este contexto -en el del quebrantamiento de los esquemas clásicos en que se ha desarrollado la medicina- en donde los debates en torno a la responsabilidad que deben asumir los profesionales y centros de salud, ante la producción de daños antijurídicos, se han intensificado. Este escenario nos permite plantear ciertas preguntas orientadoras, así, en relación al factor de imputación cabe preguntarse ¿cuáles son los elementos determinantes imputación de responsabilidad extracontractual al Estado? Pregunta de la cual se desprende la incógnita de ¿cuáles son las interacciones entre el daño antijurídico, la imputación jurídico - fáctica y el nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión para reputar responsabilidad? Y la en virtud de la que necesariamente debemos arribar a la pregunta relacionada al régimen de responsabilidad aplicable, a saber, ¿cuál es el régimen jurídico aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual del Estado en materia de prestación del servicio médico?.

En razón de lo anterior, y partiendo de la cláusula general de responsabilidad que se consagró en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, bajo la cual se adoptó la teoría del daño antijurídico en Colombia, el entendimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto a la actividad médico sanitaria: un régimen subjetivo de responsabilidad basado en la falla del servicio como factor de imputación y un régimen objetivo de responsabilidad, fundamentado en la teoría del riesgo excepcional y la teoría del daño especial.

De tal modo, actualmente confluyen dos posiciones o regímenes: Una posición general donde se subjetiviza la responsabilidad y deben analizarse necesariamente las fallas acaecidas durante la prestación del servicio, bien sea por acción u omisión, para poder imputar responsabilidad. Por otro lado, una posición en la que la responsabilidad se objetiviza, y se reduce a ciertos factores específicos como las infecciones nosocomiales, la utilización de algunos instrumentos quirúrgicos o ciertas situaciones en donde la actividad médica se considera peligrosa, toda vez que, dicha actividad no puede por sí misma considerarse como riesgosa. El presente artículo se centrará en el ámbito subjetivo mencionado, por ello, su propósito es identificar la posición actual del Consejo de Estado en cuanto al régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado en materia de atención médico hospitalaria: *La falla del servicio*.

Sin embargo, es necesaria una precisión más antes de comenzar, las discusiones dentro del régimen de imputación fáctico tampoco han sido pacíficas. En consecuencia, las posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado han discurrido en una y otra postura, a saber,

argumentaciones tendientes a la presunción de falla a razón de la naturaleza de la prestación médica (Régimen falla presunta del servicio médico asistencial), posturas que predicen la necesidad de que sean probadas las circunstancias relativas a los eventos de falla en el servicio médico (Régimen de falla probada del servicio médico asistencial) y algunas matizaciones en relación a la facilidad de la prueba en relación a los agentes (Carga dinámica de la prueba en el servicio médico asistencial). De conformidad con lo anterior, se buscará a través de un proceso de ingeniería inversa desentrañar el tema e indicar el balance actual de la línea jurisprudencial en esta materia.

El estudio se realiza en tres momentos: En un primer momento, se sentarán las bases del artículo, se analizarán los elementos de la responsabilidad extracontractual y la evolución que trajo el régimen constitucional actual en la materia. En un segundo momento, se procederá a la aplicación del método de análisis dinámico de jurisprudencia con algunas matizaciones, para desentrañar la posición actual del Consejo de Estado. Por último, se realizará una narrativa en donde se evaluará la consolidación del estado actual y se concluirá el estudio con un balance jurisprudencial acerca de la falla del servicio en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por prestación del servicio médico hospitalario.

1. Evolución y elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

El régimen constitucional establecido a raíz de la Constitución Política de 1991 trajo consigo el desarrollo de la *Teoría del daño antijurídico*, aplicable a los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 90, al consagrar dentro de su cuerpo normativo una cláusula general de responsabilidad tanto para el ámbito contractual como extracontractual:

ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política, 1991)

Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad del Estado se fundamentaba en la teoría de la culpa, falta o falla del servicio de la administración, pero

con delimitaciones conceptuales que han sido superadas con la aplicación del concepto de daño antijurídico. De tal modo, y en este periodo preconstitucional, cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incurría en una falta o falla en la administración se hacía responsable de los daños causados a los administrados a través de actuaciones, omisiones, hechos u operaciones administrativas, para lo cual se necesitaba el relacionamiento de ciertas condiciones, a saber:

En primer lugar, la acreditación de la ocurrencia de una falta o falla del servicio de la administración, bien sea por ausencia u omisión en la prestación del servicio, o por carencias acaecidas durante la ejecución del mismo y que pudieran conllevar a que la acción estatal fuera calificada de ineficiente, irregular o retardada. Aquí la falta o falla estatal es en la prestación del servicio (falla anónima de la administración). Por tanto, no podía predicarse de las ocasionadas a título personal por agentes administrativos. Lo anterior, implica que la actuación que ha dejado de producirse o se ha producido inadecuadamente es la de la administración en su conjunto, afectando los actos de servicio, que son obligatorios para el Estado; con esta tesis se excluyen los actos ajenos a la prestación de dicho servicio cuando estos son ejecutados por agentes, al relacionar su actuar con el de un ciudadano común.

En segundo lugar, la consolidación del daño, el cual debe implicar una lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho. Por ello, el daño debe reportarse acreditado de conformidad con las características propias del derecho privado, es decir, que sea determinado o determinable, cuantificable, real, actual, entre otras.

Por último, la constitución adecuada de la relación de causalidad entre el daño sufrido y la falla o falta en el servicio estatal, por lo cual la respuesta es la no indemnización de perjuicios si no se establecían, sin lugar a duda, las conexiones entre la existencia de la falta o falla estatal y el daño que pretendía ser resarcido.

De tal modo, y siguiendo a Rachid Farid Nader Orfale, en su texto acerca de la evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, el anterior panorama:

[...] consagra la aplicación del Derecho Público en materia de responsabilidad administrativa a través de la teoría de la culpa o falla del servicio, la cual constituyó el fundamento básico y general

de la responsabilidad estatal hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuando se acuña el concepto de daño antijurídico. (Orfale, 2010, p. 63)

Es necesario recalcar que, como indica Lacouture (2022) siguiendo a Mejía y Navarro (2017):

[...] el artículo 90 de la carta política no establece parámetros diferenciados acerca de las entidades públicas que pueden ser declaradas responsables, por lo que la misma se predicará de cualquier entidad estatal, de igual manera no se hace diferencia respecto de la relación jurídica que antecede el daño, por lo cual esta cláusula de responsabilidad se enmarca tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual. (Lacouture, 2022, p. 6).

Con todo y lo anterior, la Constitución de 1991, acuña una nueva definición de responsabilidad del Estado, ahora bajo la teoría del daño antijurídico la cual, continuando con Orfale (2010), “[...] delimita conceptualmente este como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar” (Orfale, 2010, pp. 63-64).

En concordancia con esto, la responsabilidad estatal fundada en el daño antijurídico conlleva a la existencia de dos condiciones sin las cuales no es posible su configuración. En primer lugar, y como es lógico, la existencia de un daño antijurídico y, en segundo lugar, que dicho daño pueda ser imputado a una persona de derecho público. Lo anterior, dado que dicho daño pasa a ser entendido como una lesión de un interés legítimo que la víctima no se encuentra en obligación de soportar:

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del

incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente. (Corte Constitucional, 2011, Sent. C-644, p. 40)

Continuando con el análisis del Régimen de responsabilidad instituido a raíz de la Constitución Política de 1991, de conformidad con el primer condicionante para la configuración, es necesaria la existencia de un daño antijurídico. El daño antijurídico es entendido como aquella afectación que la víctima no se encuentra obligada a soportar en su persona o patrimonio, por la ausencia de una estipulación normativa expresa que así lo obligue:

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporte, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de (injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal), ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento [...] (Consejo de Estado, 1991, Rad. 6.784, p. 24)

El fundamento de la responsabilidad del Estado se traduce no tanto en el acaecimiento de una conducta dolosa o culpable, sino en un quebranto patrimonial que debe repararse. La génesis de la responsabilidad, esto es, la antijuricidad del daño se configura no por la forma de su producción, sino a raíz de que dicho perjuicio no debe ser soportado por la persona en quien recayó. De tal modo, el detrimento patrimonial deberá ser antijurídico para pretenderse su reparación:

A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere sin embargo que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad objetiva), sino más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad subjetiva). (De Enterría y Rodríguez, 1993, p. 372)

Ciertamente, y de conformidad con lo preceptuado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en su sentencia del 03 de febrero del año 2000, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández, el régimen constitucional actual, desliga el daño de su causación:

[...] Según se ha visto, condición necesaria para desencadenarse la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de “causales de justificación”. (Consejo de Estado, 2000, Rad. 10.867).

Así la antijuricidad del daño no se determina por su causación antijurídica, siendo ésta, de ahora en más, un simple criterio para la imputación del daño, pero no el factor determinante para su configuración. De tal modo, el criterio de causación antijurídica no califica como condición necesaria para determinar la antijuricidad del daño, sino que funge como criterio para el reparto de responsabilidades con el agente que ha producido el daño a través de su conducta:

Es de esta forma como el daño antijurídico plasmado en el artículo 90 de la Constitución Política ha tomado importante relevancia en el contexto jurídico, dado que se le ha insertado un lastre distinto a la naturaleza y finalidad de la institución de la responsabilidad que ha pasado de ser típicamente sancionatoria a típicamente reparatoria, edificándose entonces la responsabilidad del Estado, bajo la condición que le sea imputable [...] (Orfale, 2010, p. 63).

Sin perjuicio de lo anterior, y como menciona Navia Arroyo (2000), la consolidación del daño antijurídico, a través de una perspectiva diferente a la de la causación, debe traer consigo un correcto y equilibrado entendimiento del régimen de responsabilidad, en el sentido de conciliar los derechos particulares con el interés público:

En otras palabras, si para indemnizar el daño causado por la actividad estatal es indiferente que el servicio público en cuestión haya funcionado normal o anormalmente, habría un desbordamiento, porque ya no estaríamos hablando, como lo anota Fernando Pantaleón Prieto, de “una verdadera ‘responsabilidad civil’ (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino de ‘seguridad social’. Y porque si la regla general es la responsabilidad sin culpa (sin falla del servicio), además de que “cada uno de nosotros sería el asegurador del otro” se produciría un relajamiento inaceptable en el funcionamiento de la administración pública. (Navia, 2000, p. 213).

De tal modo, y teniendo en cuenta lo anterior, el daño se consolida como una lesión a un interés legítimo en el cual la víctima no tiene la obligación de soportar; es decir, no existe una justificación amparada por el derecho para asumir dicha carga. El régimen de responsabilidad basado en el daño antijurídico termina por constituirse en una forma de reconocimiento de

derechos, o una suerte de garantismo frente al actuar estatal. Para continuar, es vital entonces, analizar la imputación del daño, para delimitar aún más su estudio.

Como puede deducirse de lo anteriormente planteado, el daño es una concepción por fuera de lo jurídico, si se quiere preexistente, es un antecedente en el cual se basa el debate jurídico acerca de la responsabilidad estatal. El daño, palabras de Navia Arroyo (2000), es “[...] la mutación de un estado de cosas, el desmejoramiento o destrucción de una condición óptima o favorable, sea que provenga de un hecho natural o de un hecho humano” (p. 227). Por ello, y por su carácter previo, solo a través de la acreditación del daño podrán trasladarse sus efectos a una esfera jurídica ajena, es decir, imputarse a un tercero para que soporte las consecuencias con cargas indemnizatorias. De dicho modo, el proceso para acreditar el daño conlleva necesariamente un análisis de dos momentos: (i) un análisis respecto a las circunstancias físicas en que acaeció el daño y se generó el perjuicio, a saber, la imputación física o relación de causalidad; y (ii) un análisis acerca de la imputación moral, a saber, la culpabilidad dentro de la conducta que dio origen al daño.

Cabe señalar entonces que, de conformidad con el régimen introducido por la Constitución Política de 1991, es de vital importancia que el daño antijurídico sea imputable al Estado, bien sea por acción u omisión, sin embargo, no bastaría la imputabilidad material para consolidar un teoría subjetiva de la responsabilidad: “[...] La disposición constitucional no excluye la imputabilidad moral, es decir, que la atribución del daño al Estado dependa de que el servicio haya funcionado anormalmente, de que se haya incurrido en una falla del servicio”. (Navia, 2000, p. 230).

De tal modo, bastará no solo una correspondencia fáctica en el acaecimiento de los hechos dañosos, sino que el perjuicio sea calificado en cuanto a si existe una justificación jurídicamente relevante de su producción. Dicha causa de justificación consistirá entonces en un título jurídico que legitime e imponga al ciudadano el deber de soportar el perjuicio en su patrimonio, por lo tanto, cualquier perjuicio patrimonial, que se encuentre por fuera de los ámbitos normativos de justificación y sea imputable al Estado (tanto material como moralmente), será un perjuicio injusto. La justificación del perjuicio implica la ausencia de alguno de los títulos de imputación: ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; funcionamiento anormal del servicio (falla del servicio); riesgo creado por la administración; y enriquecimiento sin causa a favor de la administración. En el presente artículo se analiza la evolución jurisprudencial de la falla del servicio, específicamente en sector salud.

2. Análisis dinámico de jurisprudencia

La indagación respecto a uno de los factores más trascendentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como lo es el factor de imputación y en específico, la pesquisa acerca de la falla del servicio en la prestación del servicio de salud en Colombia, implica necesariamente la revisión de las decisiones judiciales precedentes, esto para determinar no solo su contenido obligacional sino para descifrar la orientación de las decisiones y determinar el marco jurídico en el cual los diversos operadores se desenvuelven.

Para ello, y con el objetivo de descifrar el desarrollo jurisprudencial en materia de la falla en la prestación del servicio médico en Colombia, se hace uso del referente metodológico diseñado por Diego Eduardo López Medina (2006) para la construcción de líneas jurisprudenciales: el *análisis dinámico de precedentes judiciales*, presente en su libro *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*.

Partiendo de lo planteado por López Medina (2006), el derecho de origen jurisprudencial logra su desarrollo de manera paulatina, esto es, con un avance progresivo, por lo que para lograr un análisis adecuado de una materia objeto de estudio, tal análisis deberá efectuarse de manera temporal y estructural, dado que su finalidad será la identificación de la *subregla vigente* al interrelacionar varias sentencias que se relacionan entre sí:

La lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar analista a una dispersión radical, con la consecuente incompreensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial. La determinación de la subregla jurisprudencial solo posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes (López Medina, 2006, p.139).

Una línea jurisprudencial pues, en términos de López Medina (2006), es una herramienta que puede ser clasificada como una idea abstracta que deberá ser graficada, y para ello deberá definirse de manera clara el problema jurídico al que se pretende dar respuesta: “[...] una línea de

jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas [...]” (p. 141). El proceso de graficación y con ello, la consecuente indicación de las posibles respuestas a la pregunta planteada implica el reconocimiento de las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema jurídico, lo que permite identificar si existe o no un *patrón de desarrollo decisonal*.

De tal modo, para evitar la dispersión radical y consecuentemente, el entendimiento erróneo del mensaje emanado judicialmente, se deberá construir una teoría jurídica integral (narrativa) a través de la cual podrá desenvolverse el estudio del tema correctamente interrelacionado. La construcción y definición de la *línea jurisprudencial* parte un problema jurídico frente al cual existen dos respuestas polares diametralmente opuestas, por ello, las respuestas en medio permitirán denotar el lugar relativo de la jurisprudencia y establecer una pauta para predecir nuevos pronunciamientos judiciales, o ser el punto de partida para el desarrollo de nuevos estudios en la materia.

Para la implementación de la metodología aducida, se limita orgánicamente la discusión a las decisiones proferidas por el Consejo de Estado como máxima autoridad judicial en materia contencioso administrativa, así y con dicha delimitación efectuada, se procede a construir la pregunta que orienta la línea jurisprudencial, con base en la cual se reconstruye un *universo genérico de sentencias* (En donde puede vislumbrarse la tensión objeto de estudio), clasificando las providencias en sentencias en relevantes, temáticas y fuera del tema, para pasar a ubicar la relación entre las sentencias en relación a los polos o respuestas polares diametralmente disyuntivas al problema planteado, representando las relaciones en un gráfico o esquema de línea jurisprudencial, que es la base de la narrativa jurisprudencial respecto a la evolución de la falla en el servicio en el servicio médico.

2.1 Delimitación del objeto de estudio en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para comenzar se procede a la construcción del objeto de estudio en la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de la tensión de dos posturas en relación al régimen de imputación subjetivo falla del servicio: por un lado, una que indica que en razón de la naturaleza de la prestación médica, debe establecerse una presunción de falla en el servicio asistencial (Régimen

falla presunta) y por el otro lado, un régimen se predica la necesidad de probar las circunstancias relativas a los eventos de falla en el servicio médico (Régimen de falla probada).

Con base en la tensión indicada, se evalúa las respuestas que se han emitido al problema jurídico planteado de siguiente manera: *¿Debe un accionante, ante una reclamación por falla en el servicio en la atención en una entidad hospitalaria-sanitaria estatal, asumir la carga de probar la falla en el servicio por una no atención, una atención inadecuada / tardía, o contraría a la lex artis para lograr su reparación y/o indemnización?* Esta pregunta se construye de tal manera, ya que tiene un nivel medio de abstracción y es compatible con el planteamiento o resolución a través de respuestas polares disyuntivas, adicionalmente la pregunta permite avanzar en el estudio del tema al abordar las principales figuras jurídicas involucradas. La reconstrucción de la línea jurisprudencial nos permite en términos de López Medina (2006) sopesar la mayor o menor solidez del desarrollo, pero para ello el análisis debe fundamentarse en “[...] la identificación de la ratio decidendi del fallo con fundamento en los hechos materiales de la sentencia” (Medina, 2006, p. 147), para así distanciarnos de los estudios esencialmente conceptualistas, y centrarse en una narrativa cronológica en cuanto al avance jurisprudencial en la temática objeto de estudio.

Así y para efectos de clasificar las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado y por establecer las relaciones entre las providencias relevantes, se plantean las dos respuestas: Por un lado, una respuesta negativa, y que se compagina con la *Teoría o Régimen de la Falla Presunta del servicio*, en donde se indica que de conformidad con la naturaleza de la atención médico asistencial, la actuación médica se presume como irregular, es decir, el actor o paciente reclamante es relevado de probar el funcionamiento anormal del servicio; y del otro lado, una postura que se conjuga con la *Teoría o Régimen de la Falla Probada del servicio*, en la cual es el actor o demandante el encargado de probar las circunstancias, la extensión y causa del daño, así como el vínculo causal con la atención médico asistencial, deberá probar el funcionamiento anormal del servicio.

2.2 Construcción del universo genérico de sentencias

El método de identificación de providencias propuesto por López Medina (2006) conlleva el uso de varias técnicas investigativas para construir el universo genérico de sentencias: en primer lugar, la selección de una providencia como punto arquimédico de apoyo y sus correspondientes

sentencias de apoyo para realizar el estudio citacional; en segundo lugar, la realización de un procedimiento de ingeniería reversa en el cual se consolida el estudio citacional por niveles; en tercer lugar, una vez se cuente con un panorama citacional lo bastante amplio y por ende, con un universo genérico de sentencias consolidado, se clasifican las sentencias en virtud de su contenido, seleccionando aquellas relevantes para el estudio del tema; en cuarto lugar, se procederá a graficar las interacciones entre las sentencias seleccionadas, para proceder a ubicarlas en un esquema final en donde se da respuesta al problema jurídico planteado en virtud de las dos respuestas disyuntivas propuestas.

2.2.1 Punto arquimédico de apoyo

La selección del punto arquimédico de apoyo, implica seleccionar una primera sentencia que servirá de guía para desentramar las relaciones estructurales entre varios pronunciamientos del Consejo de Estado. Para esto, y al cumplir los requisitos de tratarse de un pronunciamiento reciente y con un patrón factico cercano al caso de estudio, se selecciona la sentencia 73001-23-31-000-2005-02897-01 (42820) del 10 de febrero de 2021 de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero.

Además de la providencia seleccionada, se escogen dos sentencias adicionales que fungirán como puntos de apoyo para el estudio citacional y que a su vez cumplen con los requisitos propios para ser por sí mismas el punto arquimédico de apoyo: la sentencia 50001-23-31-000-2002-00375-01 (30102) del 05 de marzo de 2015 de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, consejero ponente Danilo Rojas Betancourth y la sentencia 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793) del 09 de febrero de 2011 de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez.

2.2.2 Ingeniería reversa

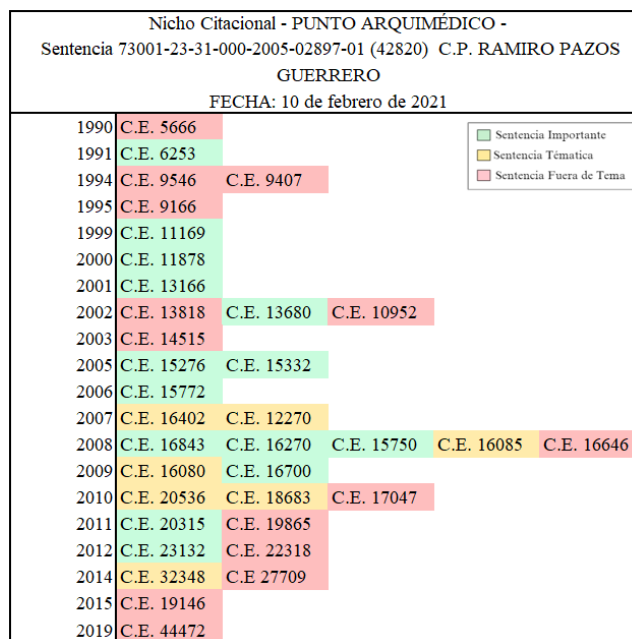
El proceso de ingeniería reversa supone el estudio de la estructura de citas de las sentencias seleccionadas, para ello, se debe realizar una lista de las citaciones jurisprudenciales evidenciadas en la sentencia arquimédica y las dos sentencias de apoyo seleccionadas, con el objetivo de obtener un nicho citacional de primer y segundo nivel, a través del cual se logre un universo genérico de sentencias lo suficientemente amplio como para dar cuenta de la evolución jurisprudencial del

problema jurídico planteado. La clasificación de providencias se realiza, de tal modo, a través de su contenido, para ello, se utilizará una división tripartita de sentencias: En primer lugar, sentencias importantes (para aquellas sentencias que permiten avanzar en el estudio del tema y por ende, en la construcción de la línea jurisprudencial); en segundo lugar, sentencias temáticas (clasificación para aquellas providencias que si bien cuentan con elementos para el estudio de jurisprudencia en materia de responsabilidad médica carecen del elemento específico de estudio para ser consideradas importantes); y en tercer lugar, sentencias fuera de tema (correspondiente a las sentencias que se alejan del tema objeto de estudio y por tanto no tienen utilidad en el proceso investigativo).

2.2.2.1 Nicho citacional de primer nivel – sentencia arquimédica y sentencias de apoyo.

De conformidad con lo indicado, la figura 1 muestra el nicho citacional de la sentencia arquimédica, la cual permitió la identificación de un total de treinta y cinco sentencias, de las cuales catorce fueron seleccionadas como importantes:

Figura 1. Sentencia arquimédica

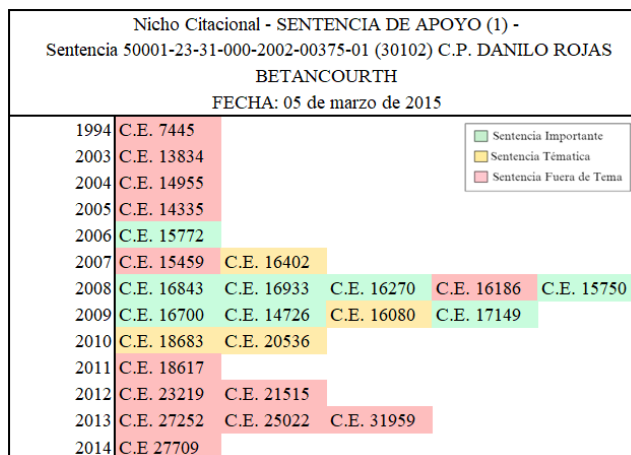


Fuente: Creación propia

Las figuras número 2 y 3 muestran el nicho citacional de las sentencias de apoyo seleccionadas, mediante las cuales se pudo identificar un total de cuarenta y cuatro sentencias, de

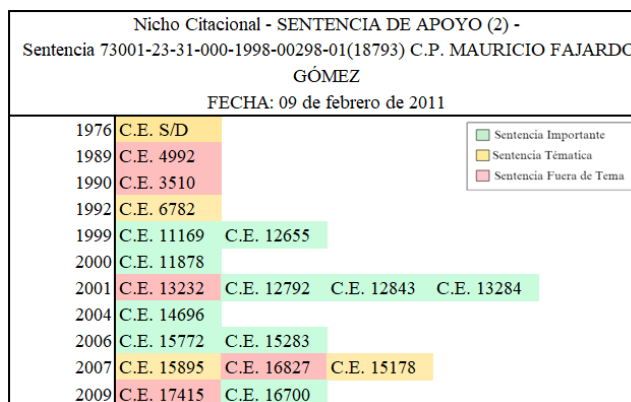
las cuales dieciocho de ellas fueron clasificadas como importantes, de conformidad con el estudio de cada una de las providencias:

Figura 2. Sentencia de apoyo (1)



Fuente: Creación propia

Figura 3. Sentencia de apoyo (2)

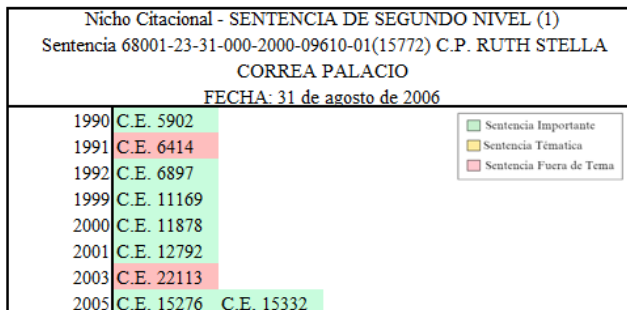


Fuente: Creación propia

2.2.2.2 Nicho citacional de segundo nivel – sentencias complementarias. De conformidad con el estudio de cada una de las sentencias de primer nivel, se identificaron tres sentencias relevantes para duplicar el procedimiento de análisis citacional: la sentencia 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772) del 31 de agosto de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, la sentencia 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700) del 28 de enero de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez y la sentencia 08001-23-31-000-1996-00921-01(23132) del 22 de marzo

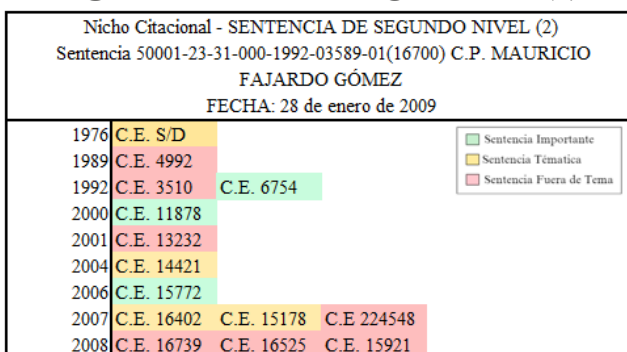
de 2012 de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. El mencionado estudio citacional arrojó los siguientes resultados:

Figura 4. Sentencia de segundo nivel (1)



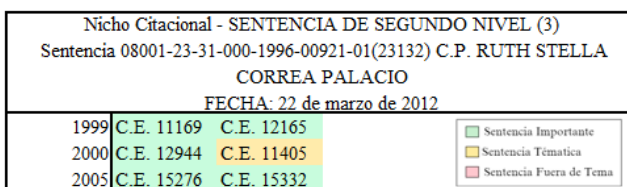
Fuente: Creación propia

Figura 5. Sentencia de segundo nivel (2)



Fuente: Creación propia

Figura 6. Sentencia de segundo nivel (3)



Fuente: Creación propia

Las figuras número 4, 5, 6 muestran el nicho citacional de las sentencias identificadas como relevantes en el primer nivel, estas sentencias fueron escogidas para el análisis de citas de segundo nivel, lo cual arrojó una clasificación de un conjunto de veintinueve providencias, destacándose quince de ellas como relevantes, de acuerdo al estudio y análisis de los fallos.

Del rastreo a través de nichos citacionales de los niveles uno y dos se tienen identificadas como importantes las siguientes treinta y una sentencias (universo genérico de sentencias) para resolver el objeto de estudio propuesto:

Cuadro 1. Sentencias relevantes

Sentencia Arquimédica, Sentencias de Apoyo y Sentencias Importantes Nichos Citacionales Nivel 1 y 2				
Año	Fecha Providencia	Sentencia	Consejero / Consejera Ponente	No. Citaciones 1 y 2 Nivel
1990	24 de octubre	C.E 5902	Gustavo de Grieff Restrepo	1
1991	13 de septiembre	C.E 6253	Carlos Betancur Jaramillo	1
1992	30 de julio	C.E 6897	Daniel Suárez Hernández	1
	24 de agosto	C.E 6754	Carlos Betancur Jaramillo	1
1999	03 de mayo	C.E 11169	Ricardo Hoyos Duque	4
	07 de octubre	C.E 12655	María Elena Giraldo Gómez	1
	11 de noviembre	C.E 12165	Jesús María Carrillo Ballesteros	1
2000	10 de febrero	C.E 11878	Alier Eduardo Hernández Enríquez	1
	10 de agosto	C.E 12944	María Elena Giraldo Gómez	1
2001	08 de febrero	C.E 12792	Jesús María Carrillo Ballesteros	2
	22 de marzo	C.E 12843	Ricardo Hoyos Duque	1
	22 de marzo	C.E 13166	Ricardo Hoyos Duque	1
	22 de marzo	C.E 13284	Ricardo Hoyos Duque	1
2002	25 de julio	C.E 13680	María Elena Giraldo Gómez	1
2004	01 de julio	C.E 14696	Alier Eduardo Hernández Enríquez	1
2005	14 de julio	C.E 15276	Ruth Stella Correa Palacio	3
	14 de julio	C.E 15332	Ruth Stella Correa Palacio	3
2006	31 de agosto	C.E 15283	Mauricio Fajardo Gómez	1
	31 de agosto	C.E 15772	Ruth Stella Correa Palacio	4
2008	23 de abril	C.E. 15750	Mauricio Fajardo Gómez	2
	01 de octubre	C.E 16843	Mauricio Fajardo Gómez	2
	01 de octubre	C.E 16933	Mauricio Fajardo Gómez	1
	15 de octubre	C.E 16270	Myriam Guerrero Escobar	2
2009	28 de enero	C.E 16700	Mauricio Fajardo Gómez	3
	11 de febrero	C.E 14726	Myriam Guerrero Escobar	1
	25 de febrero	C.E 17149	Ruth Stella Correa Palacio	1
2011	09 de febrero	C.E. 18793	Mauricio Fajardo Gómez	Sentencia de Apoyo
	27 de abril	C.E 20315	Danilo Rojas Betancourth	1
2012	22 de marzo	C.E 23132	Ruth Stella Correa Palacio	1
2015	05 de marzo	C.E. 30102	Danilo Rojas Betancourth	Sentencia de Apoyo

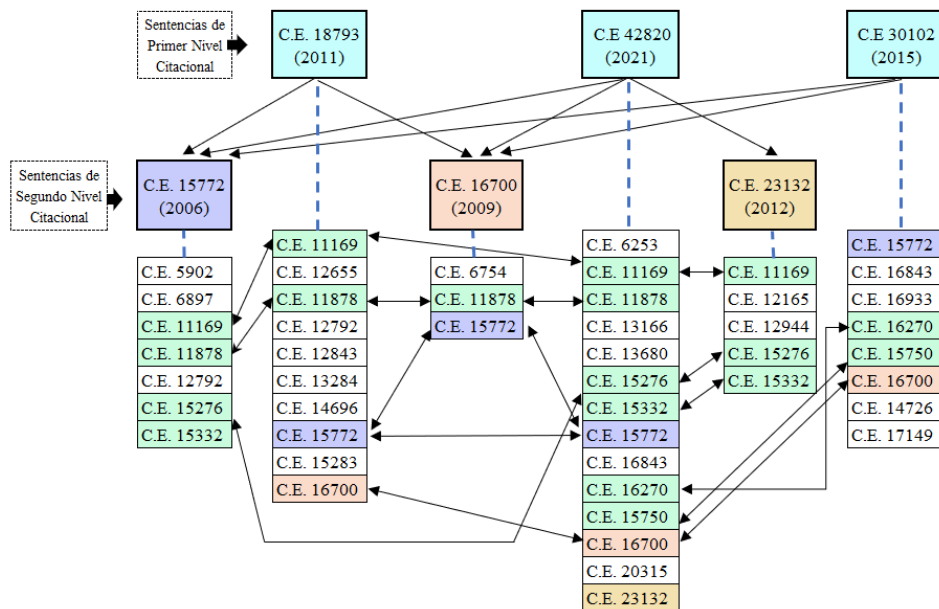
2021	10 de febrero	C.E 42820	Ramiro Pazos Guerrero	Sentencia Arquimédica
------	---------------	-----------	-----------------------	-----------------------

Fuente: Creación propia

2.2.2.3 La telaraña citacional y los puntos nodales de jurisprudencia. Partiendo de la base del proceso de ingeniería reversa que fue realizado hasta el segundo nivel citacional y el análisis de las providencias que conforman cada uno de sus nichos, se pueden evidenciar las interacciones entre las providencias seleccionadas, situación que “[...] termina subrayando la existencia (mediante su continua citación en las sentencias investigadas) de unos ‘puntos nodales’ dentro del nicho citacional” (Medina, 2006, p. 177), tales relaciones entre sentencias se graficaron de la siguiente manera:

Figura 7. Telaraña de la sentencia arquimédica y sentencias de apoyo

Telaraña Sentencia arquimédica C.E 42820 (2021) + Sentencias de apoyo
C.E 30102 (2015) - C.E 18793 (2011); y puntos nodales



Fuente: Creación propia

2.3 Esquema de línea jurisprudencial

De conformidad con el cuadro y las figuras antes indicadas, se pudieron estudiar un total de noventa y cinco sentencias, de las cuales se clasificaron treinta y una de ellas como sentencias relevantes (análisis citacional de primer y segundo nivel). De tal modo, y a través de un estudio

detallado de cada una de las providencias seleccionadas como relevantes, se construye el siguiente esquema de línea jurisprudencial y que nos permite observar la evolución jurisprudencial del objeto de estudio propuesto y en consecuencia, se nos pone de presente con claridad la construcción del precedente judicial adoptado por la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto al régimen de imputación jurídica en materia de falla del servicio médico asistencial en Colombia:

Figura 8. *Esquema de línea jurisprudencial*

¿Debe un accionante, ante una reclamación por falla en el servicio en la atención en una entidad hospitalaria-sanitaria estatal, asumir la carga de probar la falla en el servicio por una no atención, una atención inadecuada / tardía, o contraria a la lex artis para lograr su reparación y/o indemnización?					
	Negativa (Régimen de Falla Presunta del Servicio)	Tendencialmente Negativa (Presunción Matizada)	Tendencialmente Positiva (Probada con Carga Dinámica)	Positiva (Régimen de Falla Probada del Servicio)	
Respuesta negativa - Teoría o Régimen de la Falla Presunta del servicio: De conformidad con la naturaleza de la atención médico asistencial, la actuación médica se presume como irregular, es decir, el actor o paciente reclamante es relevado de probar el funcionamiento o anormal del servicio.	<ul style="list-style-type: none"> ● 1992: C.E. 6897 ● 1992: C.E. 6754 ● 1999: C.E. 11169 	<ul style="list-style-type: none"> ● 1999: C.E. 12165 ● 2001: C.E. 12972 ● 2001: C.E. 12843 ● 2001: C.E. 13166 ● 2001: C.E. 13284 	<ul style="list-style-type: none"> ● 1999: C.E. 12655 ● 2000: C.E. 11878 ● 2004: C.E. 14696 ● 2005: C.E. 15276 ● 2005: C.E. 15332 ● 2006: C.E. 15283 	<ul style="list-style-type: none"> ● 1990: C.E. 5902 ● 1991: C.E. 6253 	Respuesta positiva - Teoría o Régimen de la Falla Probada del servicio: es el actor o demandante el encargado de probar las circunstancias, la extensión y causa del daño, así como el vínculo causal con la atención médico asistencial, deberá probar el funcionamiento o anormal del servicio.
	<ul style="list-style-type: none"> ● 2000: C.E. 12944 ● 2002: C.E. 13680 		<ul style="list-style-type: none"> ● 2006: C.E. 15772 ● 2008: C.E. 15750 ● 2008: C.E. 16843 ● 2008: C.E. 16933 ● 2008: C.E. 16270 ● 2009: C.E. 16700 ● 2009: C.E. 14726 ● 2009: C.E. 17149 ● 2011: C.E. 18793 ● 2011: C.E. 20315 ● 2012: C.E. 23132 ● 2015: C.E. 30102 ● 2021: C.E. 42820 		

Fuente: *Creación propia*

2. Narrativa Jurisprudencial: Evolución y consolidación del régimen de Falla Probada en materia de Responsabilidad Médica Extracontractual del Estado.

La consolidación de las reglas que rigen la falla del servicio y, por ende, la responsabilidad médica del Estado en materia extracontractual, es uno de los puntos más problemáticos y que ha tenido mayores variaciones en la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país:

En 1990, en la Sentencia C.E 5902, el Consejo de Estado indicó que el problema fundamental de la responsabilidad del Estado por falla del servicio se traduce en la prueba del elemento culpa, dado que tal elemento se constituye como una de las bases o elementos axiológicos de la responsabilidad. La falla del servicio, de acuerdo al alto tribunal, se refiere entonces a una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un deber prestacional a cargo del Estado, bien por disposición legal o reglamentaria, y que no es efectivamente prestado o se presta de manera irregular en el tiempo o espacio.

La carga probatoria le corresponderá a la persona que se ve afectada por una falla en el servicio, por tanto, el demandante tendrá el deber de probar, dado que incumbe probar la obligación indemnizatoria a quien la alega, esto bajo el entendido de que la expresión *carga de la prueba* no cuenta con un significado asociado a quien debe probar cada hecho particularizado ni en el “[...] sentido de que si ese quién no cumplió con el deber sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo quien tiene interés jurídico en que resulte demostrado un determinado hecho”. (Consejo de Estado, 1990, Rad. 5.902, p. 15).

La extensión del deber probatorio estará determinada de conformidad con la naturaleza misma de cada hecho a demostrarse, lo anterior supone una aproximación tímida a diversificar los deberes probatorios y entregar al demandado la carga de demostrar que su conducta fue diligente o cuidadosa, pues es la entidad accionada la primera interesada en probar que su servicio se prestó en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos, toda vez que “[...] si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración”. (Consejo de Estado, 1990, Rad. 5.902, p. 16).

Sin embargo, este primer acercamiento a la matización de los deberes probatorios no comportó la trasmutación del régimen de falla probada, toda vez que el deber genérico de prueba de la administración se limita a demostrar el cumplimiento de sus deberes para con los administrados, esto es, la protección de los bienes jurídicos vida y honra en la atención hospitalaria, siendo necesaria la acreditación de la forma irregular, el retardo o la no prestación del servicio con su correspondiente nexos con el daño y demostrar su relación de causalidad:

En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño. (Consejo de Estado, 1990, Rad. 5.902, p. 38).

Cabe señalar, dentro de la sentencia previamente mencionada, la aclaración de voto efectuada por el consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla, en donde se aparta de la tesis relacionada a la culpa y la carga probatoria, al indicar que la argumentación relacionada con el deber probatorio del demandante no puede aplicarse integralmente en los eventos en que se debate la responsabilidad administrativa de las entidades públicas. La responsabilidad estatal parte de valores divergentes a los que regulan las relaciones privadas entre particulares, que se rigen por la igualdad y la voluntad interpartes:

[...] la responsabilidad estatal o administrativa parte de supuestos sustancialmente diferentes como son, precisamente, la desigualdad entre las partes y la existencia de responsabilidades, de origen constitucional, de una hacia la otra. Así, mientras la razón de ser del servicio es el cumplimiento, a favor de la comunidad, de una serie de obligaciones que constituyen su razón de ser y el motivo de su existencia, las relaciones entre particulares suponen precisamente lo contrario, cual es la identidad de derechos - y obligaciones entre las partes y de ellos frente a la colectividad. (Consejo de Estado, 1990, Aclaración de Voto, Rad. 5.902, p. 50).

La garantía del interés general sobre el particular y las prerrogativas otorgadas al Estado para dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones sociales, conlleva para el consejero Arrieta Padilla, una búsqueda constante de mejoramiento material de las entidades médico asistenciales en

protección de los derechos civiles, hecho que debe conllevar a una necesaria modificación en el entendimiento vigente para la época hacía el régimen de falla presunta:

[...] el interesado deberá demostrar el acaecimiento de un hecho causal, representado por un acto, un hecho o una omisión de la administración que ha causado un daño, y en relación con un servicio a su cargo, o que ella de hecho haya asumido; y será la administración la responsable de demostrar que dicho hecho causal o no ocurrió, o si lo hizo fue por circunstancias ajenas a su voluntad o control. En consecuencia, al demandante no tiene porque exigiársela comprobar o no la culpa de la administración, pues ante el hecho causal y su relación con el servicio, ésta se presumirá, y corresponderá al Estado demostrar las causales exonerativas de responsabilidad. (Consejo de Estado, 1990, Aclaración de Voto, Rad. 5.902, p. 52).

Pese a la posición dilucidada en la aclaración de voto anterior, la tesis de la falla probada continuó predicándose en posteriores providencias, entre ellas, en la sentencia C.E. 6253 del 13 de septiembre de 1991, hasta que en 1992 la Sección Tercera del Consejo de Estado, da un viraje hacia la aplicación de la falla presunta en la sentencia C.E. 6897, admitiéndose tal institución jurídica en los eventos de falla en el servicio o la actividad médico hospitalaria.

La posición jurisprudencial se replantea hacia la presunción generalizada de falla en el servicio, toda vez que:

Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. (Consejo de Estado, 1992, Rad. 6.897, p. 8).

La anterior lógica probatoria, indica el consejero ponente Daniel Suárez Hernández, resulta inclusive más beneficiosa para la administración de justicia en general, ya que, al resolver los conflictos suscitados con ocasión a fallas del servicio médico hospitalario, las entidades y su

personal, se encuentran en mejores condiciones de “[...] conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional” (Consejo de Estado, 1992, Rad. 6.897, p. 9), hecho que facilita al juzgador la resolución de las inquietudes y cuestionamientos a los procedimientos practicados, al conocer de primera mano las causas, técnicas y motivos por los cuales un profesional determinado tomó una u otra decisión en la praxis médica. Esto, resulta mucho más adecuado que someter al paciente o sus familiares a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas aplicadas. La exoneración de responsabilidad de las entidades asistenciales se logrará mediante la comprobación de su actuar prudente, idóneo y eficiente, prueba de la cual tienen mayor acceso, para su demostración, las mismas entidades demandadas.

Posteriormente, esta posición fue reiterada en la sentencia C.E. 6754 del 24 de agosto de 1992, en donde se indica que en un principio la jurisprudencia se inclinó a la aplicación de la falla probada del servicio, en virtud del patrón establecido del servicio médico como obligaciones de medio, por lo que la parte actora debía probar tanto que el servicio no funcionó o su funcionamiento se dio de forma irregular o tardía, que no hizo uso de todas las condiciones técnicas y materiales que contaba la organización en cuanto a personal (médico y paramédico) y equipos, sino también que la conducta causó al paciente o usuario un daño que compromete la responsabilidad civil de la entidad estatal demandada a cuyo cargo estaba el servicio, siendo necesario además, probar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la atención no adecuada. Sin embargo, tal carga probatoria se matiza en cuanto es el médico tratante y no el enfermo quien conoce, desde el primer momento de atención, los procedimientos y terapias más adecuadas para actuar de acuerdo con su diagnóstico – y a los medios técnicos presentes –, por lo que podrá dar cuenta de las dificultades presentadas durante la intervención y las causas que conllevaron al resultado obtenido.

En tales casos de falla presunta, tal presunción es vencible, pues sigue estructurándose la responsabilidad en el concepto de falla en el servicio:

[...] En los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de

que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume. (Consejo de Estado, 1992, Rad. 6.754, p. 14)

De tal modo, continúa explicando el Consejo de Estado, la exoneración en la carga de la prueba que implica la falla presunta es relativa, dado que el actor debe continuar probando la prestación del servicio médico y el daño que pretende indemnizar, así al probarse el escenario fáctico que permite la operancia de la presunción: “[...] el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente”. (Consejo de Estado, 1992, Rad. 6.754, p. 14)

La presunción de la falla del servicio, es nuevamente reiterada en la sentencia C.E. 11169 del 03 de mayo de 1999, en donde se puntualiza que la presunción consolidada por la Sección Tercera del Consejo de Estado no es ni mucho menos excepcional, ya que se compagina con las directrices adoptadas en diversos instrumentos jurídicos de ordenamientos internacionales, entre ellos, el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas el 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios, en donde se parte de la idea de que el prestador de servicios profesionales en el campo de la medicina cuenta con el conocimiento, la información y los documentos necesarios que le permiten probar su ausencia de culpa más fácilmente. Adicionalmente, se precisa que en los eventos en que la falla del servicio se encuentre acreditada, “[...] no es necesario acudir a dicha presunción, pues la misma no tiene objeto distinto al de aliviar la carga de la prueba de la parte que se considera en menores condiciones de aportarla”. (Consejo de Estado, 1999, Rad. 11.169, p. 15)

En el mismo año de 1999, en la Sentencia C.E 12655, el Consejo de Estado parece retornar a una posición más cercana a la falla probada del servicio, al sostener que los profesionales de la salud sólo están obligados a prestar una conducta diligente, sin que se exija un deber de resultado como parte del alcance del débito prestacional. De modo que, la aplicación de la teoría de la carga dinámica probatoria, conlleva a que el operador judicial pueda deducir presunciones de la conducta procesal y probatoria de cualquiera de las partes, incluida de los médicos y entidades hospitalarios, por lo que el correcto entendimiento de la teoría implica que “[...] sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa” (Consejo de Estado, 1999, Rad. 12.655, p. 23), no es posible, en materia médica, tenerse por demostradas las condiciones de causalidad de la reclamación, toda

vez que “[...] en línea de principio, la carga probatoria de dicho elemento de responsabilidad corresponde a la víctima” (Consejo de Estado, 1999, Rad. 12.655, p. 23). El ámbito en donde deberá centrarse el análisis de los casos de responsabilidad, como presupuesto de la demostración del daño, es el elemento causal, elemento que no puede tenerse como probado mediante la sola presunción de la culpa.

Mediante la sentencia C.E. 12165 del 11 de noviembre de 1999, nuevamente parece hacerse uso de la falla presunta como régimen aplicable, pero con ciertas matizaciones consistentes en que no todos los hechos serán objeto de beneficio de la presunción de falla:

[...] Existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad. (Consejo de Estado, 1999, Rad. 12.165, p. 5).

Las reclamaciones tendientes a asuntos administrativos, aún en el área de la atención médico asistencial, deberán exceptuarse del régimen de falla presunta, dado que su naturaleza implica el deber de probarse y su carga corresponde al demandante, ya que son elementos ajenos, al menos de acuerdo a la precitada jurisprudencia, al acto médico propiamente dicho.

En el año 2000, la sentencia C.E. 11878, comienza a cuestionar el fundamento de la falla presunta como definitivo, planteando como más factible la correcta aplicación de presunciones matizadas a través de la teoría de cargas dinámicas, dado que una aplicación desmedida del concepto de carga dinámica termina por desconocer su propia utilidad:

[...] si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relievan el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado

debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad. (Consejo de Estado, 2000, Rad. 11.878, p. 25).

Por tanto, no todos los hechos o circunstancias para establecer los presupuestos de actuación de las entidades y la existencia de irregularidades en la atención, acarrear asuntos de naturaleza científica o técnica, existen situaciones en las que el paciente será quien se encuentre en una mejor posición para demostrar ciertos hechos, pues el fundamento mismo de las cargas dinámicas probatorias se hace imposible ante la inversión permanente y obligatoria que supone la falla presunta del servicio, por lo que la tarea del juzgado será: “[...] establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión”. (Consejo de Estado, 2000, Rad. 11.878, p. 25).

En la sentencia C.E. 12944 del 10 de agosto del año 2000, el Consejo de Estado nuevamente indica que el régimen aplicable es el de la falla presunta, sin embargo, desestima las pretensiones de la parte demandante al confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, al indicar que, en el régimen de imputación fáctica de falla presunta del servicio, la prueba de la diligencia y cuidado comporta la exoneración de la parte demandada, lo que ocurrió en el caso mencionado.

Para 2001, el Consejo de Estado mediante la sentencia C.E 12792, aplicando el régimen de la falla presunta, de nuevo recuerda que tal marco de imputación fáctica no presume todos los elementos que deben determinarse para acreditar la responsabilidad en materia de atención hospitalaria, será deber del demandante acreditar la existencia de la relación causal entre el daño y la conducta de la administración, y por tanto, la ausencia de nexo causal impide la aplicación de la presunción, ya que si bien el Estado tiene el deber de responder por los daños antijurídicos que se le imputen por acción u omisión de sus agentes, solo actuara cuando su conexión con el daño se encuentre debidamente comprobada:

[...] una cosa es presumir la culpa para determinar la responsabilidad y otra presumir la causa al punto de constituir esta tesis la regla general, cuando lo propio sería la excepción y atendiendo las circunstancias especiales de cada caso. De lo contrario se llegaría a concluir que la entidad pública en todos los casos se viera abocada a responder muy seguramente por un daño que no tiene origen

en su actuación o cuando la causa del aquel se desconoce. (Consejo de Estado, 2001, Rad. 12.792, p. 12).

Mediante las sentencias C.E 12843, C.E 13166 y C.E 13284 del 22 de marzo de 2001, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, el Consejo de Estado, recordó que la aplicación de la inversión probatoria resultante de la interpretación de las cargas probatorias en el régimen de falla presunta del servicio no es absoluta, toda vez que la prueba de vínculo causal y el daño producto del servicio médico prestado deberán probarse necesariamente:

Si la prueba del vínculo causal entre la presunta falla del servicio y el daño aducido por el demandante no está probado, no hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada. Ni aún en el evento de que se hubiera probado una falla del servicio habría lugar a declarar la responsabilidad del Estado mientras el vínculo causal no hubiera sido establecido, al menos como probable. (Consejo de Estado, 2001, Rad. 12.843, p. 20).

La relevación de la carga probatoria se fundamenta, reitera la Corte, en los eventos de gran dificultad para acreditar el contenido factico de la reclamación:

[...] puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. (Consejo de Estado, 2001, Rad. 13.166, p. 17).

Así mismo, la certeza absoluta sobre la relación causal no será un presupuesto para la declaratoria de responsabilidad, dado que inclusive este punto puede matizarse, lo que no significa que se invierta totalmente su carga:

De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia. (Consejo de Estado, 2001, Rad. 13.284, p. 15).

En el 2004, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia C.E 14696, retorna a una posición con tendencia a la aplicación de la falla probada, indicando la posibilidad de invertir el deber probatorio solo en aquellos eventos en los que dicha carga se torne extraordinariamente difícil:

[...] la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil - que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial (Consejo de Estado, 2004, Rad. 14.696, p. 11).

De conformidad con la providencia en cita, el análisis de causalidad debe preceder inclusive al análisis relacionado a la existencia de la falla en el servicio, pues cuando la falla sea un presupuesto para estructurar la responsabilidad extracontractual del Estado solo tendrán relevancia los eventos irregulares a los que se pueda atribuir un daño antijurídico; el estudio en un orden inverso no solo resulta improcedente sino inadecuado, dado que una falla debidamente acreditada puede tener la virtualidad de resultar inocua, demostrándose elementos innecesarios:

[...] la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos. (Consejo de Estado, 2004, Rad. 14.696, p. 14).

Por lo tanto, la aplicación de la teoría de la carga dinámica en materia de responsabilidad médica, implica para el Consejo de Estado, siguiendo la sentencia C.E. 15276 del 14 de julio de 2005, la confluencia de cinco criterios: en primer lugar, será el demandado quien debe probar la falla en el servicio, lo cual se matizará solo en aquellos eventos en que se presente una excesiva

dificultad o imposibilidad de asumir tal deber; en segundo lugar, el demandante, de igual manera, deberá aportar prueba de la relación de causalidad, elemento que será posible acreditar mediante indicios, siempre y cuando la dificultad de su determinación impida que se aporten pruebas directas de ello; en tercer lugar, cuando se valoren los indicios, la conducta de la parte demandada será relevante pero sin que tal valoración implique la exigencia de que la parte pasiva demuestre la causa real del daño que se le atribuye; en cuarto lugar, la valoración de la prueba indiciaria deberá realizarse de manera cautelosa, dado que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en la salud, hecho determinante en los eventuales resultados – dado que no existe una sola respuesta fisiológica a los tratamientos –; en quinto y último lugar, el análisis de la relación causal debe ser previo al de la falla del servicio.

La anterior posición es reiterada por el Consejo de Estado, en la sentencia C.E. 15332, al dictar que la parte demandante no queda relevada de su obligación jurídica de probar la falla del servicio, dado que no se trata de un régimen objetivo de responsabilidad, sino uno subjetivo en el cual puede moderarse la carga probatoria:

[...] las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a éste último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, 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, “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 probabilidad’, que permita tenerlo por establecido. (Consejo de Estado, 2005, Rad. 15.332, p. 10).

De tal modo, la presunción generalizada de falla es inconveniente, pues la carga dinámica de la prueba implica que en cada caso particular el juzgador puede establecer cuál de las partes tiene la mejor condición probatoria para acreditar la falla o la ausencia de la misma, siendo posible inclusive la aplicación de la pérdida de la oportunidad en aquellos eventos en los que las circunstancias del caso apunten a que un mejor tratamiento hubiera obtenido resultados diferentes o evitado la producción del daño:

Para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. (Consejo de Estado, 2005, Rad. 15.332, p. 11).

Con la sentencia C.E. 15283 nuevamente se refuerza la anterior posición y se indica que la causalidad es un elemento que deberá probarse, ya que el aligeramiento de la carga probatoria no conlleva de por sí a una presunción de causalidad, esta no opera en la responsabilidad médica, ya que al “[...] demandante le incumbe probar la existencia de dicha relación, el juez puede hallar certidumbre sobre ésta si hay un ‘alto grado de probabilidad’ de que el acto médico –causa-, sea la razón determinante de la enfermedad, secuela o muerte –efecto-.” (Consejo de Estado, 2006, Rad. 15.238, p. 11).

En agosto de 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado da un cambio fundamental en el balanceo de providencias entre una y otro régimen de imputación, mediante la sentencia C.E. 15772, la Sección Tercera vuelca definitivamente su interpretación hacia el entendimiento de la falla probada como el instituto aplicable en casos en que se reclame la responsabilidad médico asistencial. Para la sala, la evolución, en cuanto al cuestionamiento de la aplicación generalizada de la falla presunta del servicio hacía el establecimiento de cargas dinámicas de acuerdo al juicio del juez, trajo consigo más problemas que soluciones:

Se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias (...) en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente. (Consejo de Estado, 2006, Rad. 15.772, p. 20).

No se hace necesario, para el Consejo de Estado, modificar las reglas probatorias establecidas para que salvaguardar los intereses jurídicos de las partes, la presunción de la falla traslada la carga

probatoria al Estado sin tener en cuenta factores cruciales como el alea de la atención médica, la masificación de la prestación asistencial o el mismo paso del tiempo desde el servicio médico al paciente y la reclamación de perjuicios, elementos que hacen que cada una de las circunstancias involucradas se tornen difíciles de probar en contrario. La presunción general impide la deducción de indicios de la conducta procesal de las partes, como, por ejemplo, la renuencia a suministrar documentos o datos relevantes de la prestación por parte del demandado, o la negativa del accionante a practicarse exámenes para determinar su estado actual de afectación o secuelas, o el ocultamiento de antecedentes congénitos que influyeron en el resultado dañoso, y que, en principio, aparentemente encontraba su causa en la intervención médica:

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. (Consejo de Estado, 2006, Rad. 15.772, p. 21)

De tal modo, las dificultades asociadas a la prueba de la falla y la desigualdad en cuanto a la falta de conocimientos técnicos y científicos de paciente y sus familiares, o inclusive las dificultades de acceso a la prueba o a la práctica de dictámenes que apoyen las reclamaciones por motivos económicos, encuentran solución en materia de responsabilidad en la adecuada valoración probatoria por parte del juez y la utilización prueba indiciaria como medio sumamente relevante para definir las circunstancias fácticas de cada caso concreto:

El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, 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, “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 probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. (Consejo de Estado, 2006, Rad. 15.772, p. 22)

En últimas, indica el Consejo de Estado en la providencia referencia, la constatación de la intervención causal de la entidad, no es el fundamento mismo de la responsabilidad, para ello tal actuación debe ser la causa eficiente de la producción de la falla del servicio, toda vez que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, fundamenta el derecho a la reparación en la antijuricidad del daño sufrido por la acción u omisión del Estado. No basta con la simple verificación de que la víctima no se encontraba sometida al deber jurídico de soportar el daño, y que este sea imputable a la administración por la vinculación causal adecuada y eficiente en su producción.

La aplicación del régimen de falla probada es posteriormente replicada, como factor de imputación vigente, en las sentencias C.E. 15750 del 23 de abril de 2008, C.E. 16843 del 01 de octubre de 2008, C.E. 16933 del 01 de octubre de 2008 y C.E. 16270 del 15 de octubre de 2008, siendo particularmente esta última, la que introduce apreciaciones novedosas a nuestro análisis.

En la sentencia C.E. 16270, el Consejo de Estado, indicó que dado que el fundamento de la responsabilidad son los elementos acreditados durante el proceso judicial, todos los elementos deberán ser adecuadamente probados, esto es, deberá existir una prueba suficiente del daño, del hecho dañoso o la falla en el servicio por parte de la entidad accionada y del nexo causal entre ambos, por lo que la “[...] prueba de tales supuestos, por su misma naturaleza, permite lograr el propósito buscado, acudiendo a la aportación de la prueba indiciara que apreciada en su conjunto conduzca a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad”. (Consejo de Estado, 2008, Rad. 16.270, p. 25)

Bajo tal entendido, la responsabilidad estatal se fundará exclusivamente en los medios probatorios traídos al proceso durante las diversas etapas probatorias y en la valoración que de ellas haga el juzgador, como conducentes y eficaces para probar que el daño antijurídico que sufrió el paciente se dio con ocasión de una falla en el servicio médico.

La sentencia C.E. 16700 del 28 de enero de 2009, continua en la línea establecida desde 2006, al indicar que “[...] la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias”, (Consejo de Estado, 2008, Rad. 16.700, p. 11), y, por tanto, la responsabilidad del Estado solamente estará comprometida “[...] como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo” (Consejo de Estado, 2008, Rad. 16.700, p. 12), aquí estará el fundamento del título jurídico subjetivo de imputación.

La prueba de la falla del servicio se basa en el presupuesto de que el servicio médico debe prestarse diligentemente y en concurso con todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, logísticos y científicos disponibles, ya que el Estado deberá promover el acceso a los servicios de protección y recuperación de la salud, por tanto, todos los ciudadanos podrán exigir el cumplimiento efectivo de tales presupuestos, de acuerdo con las condiciones geográficas, económicas y técnicas, de acuerdo con las determinaciones efectuadas por el médico tratante:

La enfermedad misma coloca al paciente en una situación tal de dependencia y sumisión, que no le deja elegir ni exigir, y simplemente debe confiar en las decisiones que respecto de él tomen los médicos y las instituciones encargadas de su atención médica (Consejo de Estado, 2009, Rad. 14.726, p. 8).

Sin embargo, se reafirma que la complejidad del acto médico, que abarca tanto el diagnóstico como las atenciones necesarias de acuerdo a los padecimientos y requerimientos del paciente, no pueden ser óbice que conlleve a la exención en los deberes probatorios:

Aunque no se desconoce que en materia de responsabilidad médica, la prueba del nexo causal en muchas oportunidades debe ser de carácter técnico o científico, y que la parte demandante se halla también en muchos eventos en seria dificultad para aportar elementos de juicio directos, diferentes

a las afirmaciones que haga el cuerpo médico y paramédico que intervino en el acto, en particular, en casos como las intervenciones quirúrgicas, a las cuales no tiene acceso la familia del paciente, dichas dificultades no pueden ser óbice para eximir de la prueba de los elementos de la responsabilidad; esas dificultades exigen al juez ser muy cuidadosos a la hora de construir y valorar las pruebas indirectas, como la indiciaria (Consejo de Estado, 2009, Rad. 17.149, p. 16).

Conforme a tal entendimiento, la Sentencia C.E. 18793 del 09 de febrero de 2011, consolida el entendimiento de la falla probada del servicio como el régimen aplicable en materia de responsabilidad extracontractual médica, esto bajo el presupuesto de que la exigencia de prueba en cuanto a la relación causal, no desconoce la dificultad de que los medios probatorios conlleven a acceder a niveles de certeza absoluta sobre tal asunto. La plena prueba es un estándar de difícil mantenimiento en los eventos de responsabilidad médica, por ello, se ha pasado de una noción determinista a través de la cual a cierto efecto le corresponde infaliblemente un resultado fijo, a una concepción más moderna de valoración probatoria, en la que se:

[...] ha cedido el paso a la idea de que el conocimiento empírico no permite establecer con absoluta certeza si un hecho, como acontecimiento causal, es o no verdadero y que lo máximo que el saber científico posibilita es hallar el grado de probabilidad de la correspondiente cuestión fáctica con base en los elementos de juicio disponibles y en determinadas pautas de racionalidad. (Consejo de Estado, 2011, Rad. 18.793, p. 22).

De conformidad con lo anterior, el régimen de falla probada admite la utilización de la noción de causalidad probabilística, en virtud de la cual, partiendo del reconocimiento de la limitación innegable del conocimiento probatorio para determinar con toda certeza las causas de un determinado acontecimiento, se permite al operador judicial dar por válidamente demostrada la relación de causalidad sin la necesidad de exigir una plena prueba de su ocurrencia, de modo que “[...] puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante, baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, precisamente, frente a eventos de responsabilidad médica”. (Consejo de Estado, 2011, Rad. 18.793, p. 23).

El avance de la falla probada, como el régimen aplicable a los eventos de responsabilidad por la prestación del servicio médico en Colombia, se reitera una vez más en la sentencia C.E. 20315 del 27 de abril de 2011, indicando que su única moderación se corresponde con la admisión de la

prueba indiciaria y la acreditación probabilística de la causa, matizaciones que no implican la alteración del equilibrio probatorio entre las partes, sino la ponderación de las reglas de valoración de las pruebas por parte del juez que conoce del caso.

La tendencia jurisprudencial se mantiene en las sentencias del 22 de marzo de 2012 (C.E. 23132) y del 05 de marzo de 2015 (C.E. 30102), indicándose en esta última que:

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. (Consejo de Estado, 2015, Rad. 30.102, p. 19).

Por último, la sentencia C.E. 42820 del 10 de febrero de 2021, sentencia arquimédica y que sirvió de cimiento para todo el análisis dinámico realizado, mantiene el fundamento de la falla probada del servicio médico como título de imputación subjetivo bajo el cual puede configurarse la responsabilidad estatal. El demandado, bajo el régimen vigente, deberá acreditar tanto la falla propiamente dicha como el nexo causal existente entre aquella y el daño. El entendimiento vigente del título de imputación admite la valoración de pruebas indirectas constituidas por indicios.

El régimen de imputación debe partir del entendimiento de la medicina como una ciencia probabilística basada en hipótesis, presupuesto que implica que su ejercicio este tangencialmente atravesado por factores aleatorios en sus resultados. Por ello, el elemento esencial de la responsabilidad en materia de atención medico hospitalaria es el deber funcional que rige la praxis médica:

[...] a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico o tratamiento adecuado, por lo que la falla en el servicio, objeto de censura, no es el hecho de que el personal médico no acierte en la ruta terapéutica en orden a mitigar o superar la patología, sino el que por su negligencia e impericia no agote todas las previsiones que la *lex artis* sugiere a efectos de atemperar los males sufridos por los pacientes. (Consejo de Estado, 2021, Rad. 42.820, p. 38).

4. Conclusiones

El análisis dinámico de jurisprudencia realizado permite determinar la sombra decisional de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la materia. El estudio de más de noventa y cinco providencias identificadas en el análisis por niveles, permitió la clasificación de treinta y un sentencias como relevantes (universo genérico de sentencias), las cuales tras un proceso de graficación, pusieron en evidencia una tendencia decisional a partir de 2006 y que se consolidó completamente en 2011, erigiendo el régimen de falla probada como el título de imputación subjetivo bajo el cual puede configurarse la responsabilidad estatal en materia de la prestación de servicios médicos en Colombia. La consolidación del régimen de imputación finalmente da una definición al proceso de balanceo jurisprudencial, consistente tanto reorientaciones radicales de la línea en momentos concretos (periodo comprendido entre 1990 y 1992), como en periodos caóticos en el cual la divergencia entre las posiciones de los consejeros quedaba reflejada en sentencias con avances y retrocesos en uno y otro sentido (periodo comprendido entre 1999 y 2001), para finalmente arribar a una reorientación radical lograda mediante una tendencia sucesiva (periodo entre 2001 y 2006) y la consolidación definitiva (periodo comprendido entre 2006 y 2011) del régimen de falla probada, tendencia decisional que se mantiene hasta la actualidad.

5. Referencias bibliográficas.

Acosta-Madiedo, C. D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba.

Aguilar Fleitas, B. (2015). Los fines de la medicina. *Revista Uruguaya de Cardiología*, 30(1), 8-12.

- Arroyo, F. N. (2000). Responsabilidad Extracontractual del Estado a la Luz del Artículo 90 de la Constitución Política, *La. Rev. Derecho Privado*, 6, 211.
- Camargo, V. G. (2019). Análisis de la evolución legal del ejercicio médico en Colombia. *DIXI*, 21(30), 1-34.
- Castellano Medina, C. D. (2001). *Formación, asistencia y responsabilidad médica: evolución y estado de la cuestión*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
- Castrillón Medina, N. C. (2023). La responsabilidad médica desde la teoría de la imputación objetiva.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de octubre de 1990). Sentencia 5902 [C.P. Gustavo de Grieff Restrepo].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (13 de septiembre de 1991). Sentencia 6253 [C.P. Carlos Betancur Jaramillo].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (30 de julio de 1992). Sentencia 6897 [C.P. Daniel Suárez Hernández].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de agosto de 1992). Sentencia 6754 [C.P. Carlos Betancur Jaramillo].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (03 de mayo de 1999). Sentencia 11169 [C.P. Ricardo Hoyos Duque].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (07 de octubre de 1999). Sentencia 12655 [C.P. María Elena Giraldo Gómez].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (11 de noviembre de 1999). Sentencia 12165 [C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de febrero de 2000). Sentencia 11878 [C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de agosto de 2000). Sentencia 12944 [C.P. María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (08 de febrero de 2001). Sentencia 12792 [C.P. María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de agosto de 2000). Sentencia 12944 [C.P. María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (08 de febrero de 2001). Sentencia 12792 [C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de marzo de 2001). Sentencia 12843 [C.P. Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de marzo de 2001). Sentencia 13166 [C.P. Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de marzo de 2001). Sentencia 13284 [C.P. Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de julio de 2002). Sentencia 13680 [C.P. María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (01 de julio de 2004). Sentencia 14696 [C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (14 de julio de 2005). Sentencia 15276 [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (14 de julio de 2005). Sentencia 15332 [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (31 de agosto de 2006). Sentencia 15283 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (31 de agosto de 2006). Sentencia 15772 [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (23 de abril de 2008). Sentencia 15750 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (01 de octubre de 2008). Sentencia 16843 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (01 de octubre de 2008). Sentencia 16933 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (15 de octubre de 2008). Sentencia 16270 [C.P. Myriam Guerrero Escobar].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de enero de 2009). Sentencia 16700 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (11 de febrero de 2009). Sentencia 14726 [C.P. Myriam Guerrero Escobar].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de febrero de 2009). Sentencia 17149 [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (09 de febrero de 2011). Sentencia 18793 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (27 de abril de 2011). Sentencia 20315 [C.P. Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de marzo de 2012). Sentencia 23132 [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (05 de marzo de 2015). Sentencia 30102 [C.P. Danilo Rojas Betancourth].

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de febrero de 2021). Sentencia 42820 [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (22 de noviembre de 1991). Sentencia 6784 [C.P. Julio Cesar Uribe Acosta].
- Corte Constitucional, República de Colombia, (31 de agosto de 2011). Sentencia C-644 de 2011(Expediente D-8422) [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].
- De Enterría, E. G., y Rodríguez, T. R. F. (1993). Curso de derecho administrativo Tomo II. Cuarta Edición. Editorial *Civitas* (Madrid).
- España, K. N. E. (2019). Línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre los títulos de imputación para atribuir responsabilidad médica. *Derectum*, 4(1), 7-34.
- Lacouture-Cabas, C. A. (2022). Los regímenes de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actividad médico-sanitaria a través de un estudio jurisprudencial del Consejo de Estado, periodo 2010 a 2020 en Colombia.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (2.ª ed.). Legis Editores S.A.
- Manrique, J. I. (2000). Aspectos característicos de la responsabilidad médico legal. *Médico-legal*, 6(3), 22-24.
- Medina, C. N. G. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Prolegómenos*, 15(29), 95-109.
- Méndez Rondón, L. F., y Sánchez González, S. C. (2020). Dialéctica de la carga dinámica en segunda instancia en la responsabilidad médica por el principio de congruencia.
- Mendoza, H. A. A. (2020). ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. *Vniversitas*, 69, 1-17.

- Moncayo, Y. (2013). *Línea jurisprudencial la carga de la prueba, en la responsabilidad extracontractual del estado por falla en el servicio médico asistencial* (Doctoral dissertation, Universidad De Nariño).
- Muñoz, M. L. F. (2009). La falla “probada” del servicio médico-asistencial: ¿vislumbre del retroceso del Consejo de Estado?. *Revista Iusta*, 1(30), 73-92.
- Muñoz, M. L. F. (2009). La falla “probada” del servicio médico-asistencial: ¿vislumbre del retroceso del Consejo de Estado?. *Revista Iusta*, 1(30), 73-92.
- Murcia Leal, A. C. (2022). La carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica.
- Murcia Leal, A. C. (2022). La carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica.
- Orfale, R. F. N. (2012). Evolución Jurídica De La Responsabilidad Extracontractual Del Estado En Colombia. *Advocatus*, (15).
- Restrepo, J. P. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica-decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios de derecho*, 68(152), 201-225.
- Solórzano Quintero, J. F. (2020). La responsabilidad médica y sus títulos de imputación a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado: un análisis de 1991 a 2017. *Derecho y salud: debates contemporáneos*, 104-119.
- Solórzano Quintero, J. F. (2020). La responsabilidad médica y sus títulos de imputación a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado: un análisis de 1991 a 2017. *Derecho y salud: debates contemporáneos*, 104-119.