

RESPONSABILIDAD EXTRAPATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla en el servicio de salud / ENTIDAD ESTATAL - Falla en el servicio de salud / FALLA EN EL SERVICIO DE SALUD - Régimen aplicable / REGIMEN APLICABLE - Carga de la prueba / REGIMEN APLICABLE A LA FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Antecedentes jurisprudenciales / FALLA DEL SERVICIO PROBADA - Régimen aplicable / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Régimen excepcional

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha evidenciado algunas modulaciones en cuanto tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicable a supuestos como el que en este proceso se examina, en especial por cuanto tiene que ver con el reparto de la carga de la prueba entre las partes; de la anotada evolución ha dado cuenta la propia Sala en los siguientes términos: “En relación con el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios de salud, la Sala otrora manifestó que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada, pues las obligaciones asumidas por el prestador del servicio eran de medio y no de resultado. Esta tesis fue modificada en sentencia del 30 de julio de 1992, en la cual la Sala expresó: “Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifica el cargo 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. Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. (...)” En sentencia del 10 de febrero de 2000, esta Sala re-estudió la anterior posición y precisó: “En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, 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 relevan 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. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante

el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe 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. (...)” En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala ha considerado 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 respectivo caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”

NOTA DE RELATORIA: Sobre los diferentes regímenes aplicables en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación defectuosa del servicio de salud, ver, sentencias del Consejo de Estado, Exp. 6782, del 30 de julio de 1992. M.P.: Daniel Suárez Hernández; Exp. 11878, del 10 de febrero de 2000 M.P.: Alier Hernández Enríquez; Exp. 14696, del 1 de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez; Exp.: 11169, del 3 de mayo de 1999, M.P.: Ricardo Hoyos Duque; Exp.: 15772, del 31 de agosto de 2006, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio; Así mismo, pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional, C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

CAUSALIDAD PROBABILISTICA - Noción

[...] Actualmente se impone la aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte 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 [...]

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la aplicación de la causalidad probabilística en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ver sentencias del 3 de mayo de 1999, M.P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp.: 11169; del 31 de agosto de 2006, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.: 15772.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Título jurídico de imputación subjetiva / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Elementos

Finalmente, en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflinge a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u

omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía.

FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Falla relacionada en grado de probabilidad suficiente con la muerte cerebral de la paciente y su posterior defunción / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Inexistencia de documento en el que conste valoración preanestésica de la paciente / HISTORIA CLINICA - Anotaciones / HISTORIA CLINICA - Deficiente diligenciamiento / COMPLICACIONES ANESTESICAS - Muerte cerebral por dieciocho meses y posterior defunción de la paciente

En criterio de la Sala los presupuestos fácticos del asunto sub judice, derivados del acervo probatorio al cual se ha hecho alusión en anterior apartado dentro de este pronunciamiento, conducen a determinar que en el presente caso se encuentra demostrada una falla en la prestación del servicio de salud a cargo de la entidad demandada y que esa falla está causalmente relacionada –al menos en grado de probabilidad suficiente, según se ha explicado– con la muerte cerebral y posterior fallecimiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, por manera que al Instituto de Seguros Sociales resulta imputable la responsabilidad de resarcir los perjuicios originados en los daños cuya reparación reclaman los accionantes en el sub lite. Para la Sala la falla en el servicio se encuentra acreditada a partir de la valoración conjunta de los siguientes elementos probatorios: (i) la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara, en la cual no aparece documento o anotación alguna que dé cuenta de la valoración preanestésica que resultaba de rigor practicarle con antelación a la realización de la cirugía; no se olvide que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en exigir las máximas atención y cuidado a los profesionales de la salud en el diligenciamiento de las historias clínicas, al punto de sostener que tales documentos dan fe de que las actividades no reflejadas con claridad y precisión en ellas han de reputarse no realizadas; así lo expresó la Sala en anterior ocasión en la cual también se echaron en falta las anotaciones que en la historia clínica dieran cuenta de la realización de la obligatoria valoración preanestésica del paciente, falencia que dio lugar a que se entendiera configurada una falla del servicio que sirvió de sustento para declarar la responsabilidad de la entidad entonces accionada. [...] (ii) El dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses reafirma que el perito tampoco tuvo acceso a los documentos que permitieren concluir que la aludida valoración preanestésica sí fue realizada, al punto que el auxiliar de la Justicia debió contentarse con “presumir” que dicha labor sí fue llevada a cabo por el anesthesiólogo y que los documentos que así lo acreditan deben reposar en otros archivos –del anesthesiólogo mismo o de la E.S.E.–; sin embargo, los argumentos antes traídos a colación resultan suficientes para explicar la importancia de que los resultados de la valoración preanestésica consten en la historia clínica y por qué la ausencia de los mismos en dicho documento constituye una falla en el servicio; el propio dictamen pericial en comentario resulta claro al señalar que la actuación médica en examen es difícilmente defendible desde el punto de vista jurídico si no se demuestra la realización de los procedimientos pre o pos anestésicos; (iii) Desde el punto de vista indiciario –y no se olvide la trascendencia que en este tipo de juicios reviste el referido mecanismo probatorio indirecto, por las razones precedentemente anotadas–, dos elementos adicionales apuntan a corroborar la

existencia de la descrita falla en el servicio: (a) El testimonio que rindió el anesthesiólogo que intervino en el asunto sub judice, en el cual se refieren más irregularidades –incluso posibles falsedades– en el diligenciamiento de la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara y (b) la negativa de la entidad accionada a entregar a los demandantes copia de la historia clínica de la paciente, a pesar del estado de muerte cerebral de la misma, de lo cual se da cuenta en el relato fáctico realizado en la demanda y se desprende, asimismo, del contenido de las comunicaciones dirigidas en ese sentido por el ISS a los actores. Finalmente, la relación causal entre la mencionada falla y los daños ocasionados a los demandantes como consecuencia de la convalecencia y posterior muerte de la señora Ortiz de Ducuara puede tenerse por demostrada, en criterio de la Sala, con base en el dictamen pericial obrante en el plenario, en el cual se efectúa ingente alusión a que la más probable causa de las dificultades post-operatorias y del deceso de la señora Teresa Ortiz fueron “complicaciones anestésicas”, esto es, reacciones de la paciente a la anestesia que muy difícilmente pudieron ser gestionadas de manera adecuada por el personal médico interviniente con base en una historia clínica deficientemente diligenciada, como se encuentra probado que ocurrió con la historia clínica de la señora Teresa Ortiz de Ducuara.

PERJUICIO MORAL - Noción / PERJUICIO MORAL - Naturaleza compensatoria / DAÑOS INMATERIALES - Acreditación del parentesco / ACREDITACION DEL PARENTESCO - Registro civil de nacimiento / DAÑO MORAL DE MAYOR INTENSIDAD - Cien salarios mínimos legales mensuales vigentes

Tal como reiteradamente lo ha puesto de presente la Sala, resulta común, esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras aflicciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas o, con mayor razón aún, cuando ven segada la vida de sus seres más próximos, de aquellos quienes integran su más cercano núcleo familiar; empero, resulta claro que la tasación de este perjuicio de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, razón por la cual corresponde al juzgador, con fundamento en su prudente juicio, establecer en la situación concreta el valor indemnizatorio que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de las lesiones sufridas y/o la intensidad e índole de las relaciones existentes entre la persona fallecida y quienes reclaman la reparación del daño derivado del dolor y del padecimiento que el deceso les ha producido, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso. En este caso, tal como se acreditó en el expediente, la señora Teresa Ortiz de Ducuara permaneció en estado vegetativo como consecuencia del hecho dañoso por un período aproximado de 18 meses, a cuyo vencimiento le sobrevino su fallecimiento, todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que debe serles indemnizada; en efecto, resulta comprensible que el núcleo familiar más cercano a la persona que pierde la vida en circunstancias como las descritas se sienta moralmente afectado. En relación con los daños inmateriales causados por la muerte de una persona, tratándose de su entorno familiar más cercano bastará con la acreditación del parentesco entre los afectados y el individuo fallecido, pues tal relación se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio, siempre que no obren en el expediente elementos acreditativos que indiquen lo contrario; por consiguiente, con la simple demostración de la relación de parentesco a través de los correspondientes registros civiles de nacimiento se presume o, lo que es lo mismo, resulta posible inferir que tanto los ascendientes y descendientes como los hermanos del occiso sufrieron un perjuicio de orden moral, de modo que la sola constatación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales

reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, teniendo en cuenta el contenido del artículo 42 de la Carta Política y las máximas de la experiencia, permiten inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio solicitado, en la medida en que es usual que los seres humanos sientan congoja y aflicción como consecuencia del fallecimiento de sus seres queridos. [...] en el asunto sub judice puede sostenerse que el daño moral sufrido por los accionantes revistió la mayor intensidad –se trata de la muerte de la madre y esposa de los actores–, la cual da lugar al reconocimiento de una indemnización equivalente al valor máximo que por este tipo de daños ha venido concediendo la jurisprudencia y que se ha sugerido corresponda al monto equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes; por tal razón, se dispondrá la indemnización de los perjuicios morales en favor de Nancy Ducuara y Eudoro Ducuara, en cuantía equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente / DAÑO EMERGENTE - Reconocimiento de servicios de transporte

Junto con el libelo introductorio del proceso fueron acompañadas una serie de facturas y de recibos expedidos por distintos establecimientos de comercio con fundamento en diversos conceptos (fls. 16-25, c. 1); sin embargo, ninguno de los referidos documentos permite establecer que dan cuenta de la adquisición de elementos que hubieren sido requeridos para atender al tratamiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, comoquiera que, por vía de ejemplo, no se encuentran acompañados de las correspondientes fórmulas, recetas u órdenes impartidas por el respectivo médico tratante, razón por la cual no puede accederse a ordenar el reembolso de sumas de dinero cuya erogación no hubiere quedado suficientemente demostrado que estuviere conectada con la lamentable situación de salud a la cual tuvo que hacer frente la señora Teresa Ortiz antes de su fallecimiento. Cosa distinta ocurre tratándose del documento obrante a folio 25 del cuaderno 1, mediante el cual el señor Alexander Gómez Lozada hace constar que prestó en su vehículo taxi servicios de transporte al señor Eudoro Ducuara Capera, desde el municipio de Natagaima (Tolima), en el cual ambos residían, con un costo de doscientos mil pesos (\$200.000) mensuales, (...) Con fundamento en lo expresado en el aludido documento, la Sala reconocerá a título de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, en favor del señor Eudoro Ducuara, el monto de las sumas de dinero que éste tuvo que desembolsar con el propósito de desplazarse desde el lugar de su domicilio –ubicado en el municipio de Natagaima (Tolima)– hacia el sitio en el cual permaneció hospitalizada su esposa hasta el momento de su fallecimiento, para asistirle y acompañarla durante tan complicado trance; en el anterior orden de ideas, habrá de ordenarse el pago al mencionado accionante del valor resultante de multiplicar \$200.000 –gastos mensuales por concepto de transporte– por el número de meses a lo largo de los cuales se prolongó la convalecencia de la señora Teresa Ortiz hasta su deceso –19 meses, comprendidos entre enero de 1997 y septiembre de 1998–, suma que deberá ser actualizada a la fecha de la presente sentencia, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor (...).

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA SUBSECCION A
Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., febrero nueve (09) de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793)

Actor: NANCY DUCUARA Y OTRO

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: APELACION SENTENCIA. REPARACION DIRECTA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

- “1. Niéganse las pretensiones de la demanda.
2. Condénase en costas a la parte actora” (fls. 82-87, c. 6).

1. ANTECEDENTES.

1.1 Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el 18 de septiembre de 1.998 ante el Tribunal Administrativo del Tolima (fls. 29-33, c. 1), a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, los ciudadanos Nancy Ducuara y Eudoro Ducuara instauraron demanda encaminada a que se declarara al Instituto de Seguros Sociales responsable de los perjuicios ocasionados a los accionantes como consecuencia del fallecimiento de la señora Teresa Ortiz Ducuara, ocurrido el día 2 de septiembre de 1998, tras haber permanecido en estado de muerte cerebral hasta ese momento y desde que le fue practicada una cirugía de vesícula el día 15 de enero de 1997 en el Hospital San Rafael del municipio de El Espinal (Tolima).

A título de indemnización se reclama, por concepto de perjuicios morales, el pago del equivalente en pesos, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que dirima el presente litigio, de dos mil (2.000) gramos de oro para el señor Eudoro Ducuara (esposo de la occisa) y de mil (1.000) gramos del mismo metal para Nancy Ducuara Ortiz (hija de la fallecida); y en lo atinente al rubro de daños materiales, se expresa en la demanda que *“de acuerdo con las facturas que con el presente escrito se anexan los perjuicios materiales se estiman en la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS (\$3'852.146,00)”*.

1.2 Los hechos.

Se narra en la demanda que el día 15 de enero de 1997 los doctores Ricardo Arce –cirujano– y Pedro Emilio Chacón –anestesiólogo– practicaron una cirugía de vesícula a la señora Teresa Ortiz de Ducuara en el Hospital San Rafael del municipio de El Espinal (Tolima), al cual la paciente fue remitida en su condición de afiliada por el Instituto de Seguros Sociales; la señora Ortiz de Ducuara ingresó a la cirugía en buenas condiciones psico-físicas, de acuerdo con los exámenes que le fueron practicados previamente durante el mes de noviembre de 1996, pero después de la intervención quirúrgica no volvió a despertar y por ello se dispuso su ingreso en la unidad de cuidados intensivos, sin que a sus familiares –según se indica en el libelo demandatorio– se les explicara nada al respecto.

Prosigue el relato efectuado por la parte actora reseñando que la señora Ortiz de Ducuara fue conducida a cuidados intensivos sin movimiento de ninguna clase y sin respiración, circunstancias que llevaron a que se le practicara traqueostomía, electroencefalograma y escanografía, exámenes tras cuyo recaudo le fue diagnosticada muerte cerebral; su esposo e hija quisieron indagar por las causas que la condujeron a la situación descrita y para ello solicitaron al Hospital copia de la respectiva historia clínica, pero el acceso a la misma les fue denegado por el Hospital, el cual adujo que, con fundamento en lo normado por la Ley 23 de 1991, dicho documento está sometido a reserva y sólo podría ser consultado por terceros previa autorización de la paciente, a pesar de que la referida paciente se encontraba en estado vegetativo.

La señora Ortiz de Ducuara permaneció en la situación descrita hasta el 2 de septiembre de 1998, fecha en la cual falleció como consecuencia de la que en la demanda se califica como una falla en el servicio atribuible a la entidad accionada, toda vez que la paciente ingresó en buenas condiciones de salud a la cirugía, luego resulta claro –en criterio de los demandantes– que su prolongada postración y posterior deceso ocurrieron como consecuencia de la intervención quirúrgica que

le fue practicada; todos los acontecimientos descritos sumieron al esposo y a la hija de la señora Ortiz de Ducuara en una profunda depresión y demandaron del señor Ducuara el incurrir en múltiples gastos para desplazarse continuamente desde el municipio de Natagaima (Tolima) hasta El Espinal, para estar pendiente de su esposa a lo largo de su agonía (fl. 30, c.1).

1.3 Contestación de la demanda y trámite en primera instancia.

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales al contestar la demanda manifestó su oposición a las pretensiones por considerar que el Instituto demandado puso a disposición de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara todos los medios humanos y científicos de los cuales disponía para atenderla, pero que las obligaciones asumidas por los profesionales médicos son de medios y no de resultados y que no pueden ser desconocidos *“los factores naturales que se viven al momento de una actuación médica”*, de suerte que *“[T]oda intervención quirúrgica tiene un nivel de probabilidad o riesgo, el cual puede presentarse independientemente de la pericia, experiencia y nivel de conocimiento técnico, científico de quien o quienes realicen la intervención quirúrgica o el procedimiento”* (fls. 53-57, c. 1).

Mediante auto calendado el 18 de marzo de 1999 (fls. 64-65, c.1) se abrió a pruebas el proceso; vencido el período probatorio, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la primera instancia; en esta etapa procesal se pronunció solamente la parte demandada, para insistir en su petición consistente en que las pretensiones de la demanda sean denegadas, toda vez que —en criterio de la accionada— el concepto rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Tolima estableció que el procedimiento quirúrgico practicado a la señora Teresa Ortiz de Ducuara fue normal y se desarrolló de acuerdo con los parámetros establecidos para ese tipo de casos, pero en fase post-operatoria se presentaron contingencias descritas por la literatura médica, imprevisibles y no atribuibles a fallas en la atención sino a las respuestas de los pacientes al tratamiento.

Además, señaló el apoderado de la entidad accionada que durante el post-operatorio también se proporcionó a la paciente el tratamiento requerido habida consideración de las complicaciones que evidenció y por ello se le remitió a un centro de tercer nivel para ser atendida en la unidad de cuidados intensivos y se le practicaron todos los exámenes requeridos para procurar su total recuperación; el

paro cardio-respiratorio sufrido por la paciente fue –de acuerdo con lo expuesto por el apoderado de la entidad demandada– adecuadamente controlado y se practicaron las correspondientes maniobras de reanimación, pero lamentablemente la señora Ortiz Ducuara presentó anoxia cerebral y ello fue suficiente para que entrara en coma vigil y posteriormente falleciera por trombo embolismo pulmonar, todo lo cual se presentó “*por circunstancias naturales y propias a la condición física de la paciente*” (fls. 80-81, c. 1).

1.4 La sentencia apelada.

Tras efectuar un recuento de los hechos narrados en la demanda, del material probatorio allegado al expediente y con fundamento en el análisis del mismo, el *a quo* declaró imprósperas las pretensiones de los accionantes; para arribar a dicha conclusión, el Tribunal Administrativo del Tolima señaló que en el dictamen de Medicina Legal se expresa la ausencia de certeza respecto de la causa del estado vegetativo de la señora Teresa Ortiz, aunque dicha experticia sí es clara en señalar que la muerte cerebral y el posterior deceso de la paciente no fueron consecuencia directa de la cirugía que le fue practicada, pues tanto el cirujano como el anesthesiólogo que intervinieron en la misma explicaron que ella discurrió sin complicaciones y que sólo después de haber sido entregada la paciente al personal de recuperación se presentó el inconveniente que desencadenaría la muerte de la señora Teresa Ortiz.

En ese orden de ideas, toda vez que el dictamen deja abierta la posibilidad de que pudieren haber sido múltiples las causas del paro cardio- respiratorio sufrido por la señora Ortiz de Ducuara, para el Tribunal *a quo* ello evidencia que los daños cuya reparación se reclama no son atribuibles al Instituto de Seguros Sociales –ISS– o a su personal y que no se encuentra probada la causa de dicho daño (fls. 82-87, c. 6).

1.5 El recurso de apelación.

Inconforme con el pronunciamiento referido en el acápite anterior, la parte actora interpuso, sin sustentarlo aún, el recurso de apelación (fl. 90, c. 6); el trámite de la referida impugnación fue concedido mediante providencia calendada el 12 de junio de 2000 (fl. 91, c. 6).

1.6 Trámite de la segunda instancia.

Mediante providencia de fecha 1 de septiembre de 2000 el *ad quem* corrió traslado a la parte actora para sustentar el recurso de apelación, oportunidad que fue empleada por la recurrente para fundamentar su impugnación; a tal efecto expuso que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en el sentido de sostener que en eventos como el del *sub iudice* al actor le basta con demostrar el daño y la relación de causalidad, *“mientras que al demandado le corresponde acreditar cualquiera de las eximentes de responsabilidad, dentro de lo que se ha denominado por la doctrina como “teoría de la falla presunta”*”; en ese orden de ideas, señala la apelante que en el plenario se encuentra demostrado que la señora Teresa Ortiz de Ducuara se encontraba en buenas condiciones de salud antes de serle practicada una intervención quirúrgica en el Hospital San Rafael del municipio de El Espinal y que después de dicha operación sufrió un daño cerebral como consecuencia del cual falleció el día 2 de septiembre de 1998.

Por consiguiente –prosigue la exposición de la parte actora–, los demandantes demostraron en el *sub lite* *“el daño y el nexo de causalidad, no es de nuestra incumbencia probar la causa probable de la muerte y sí, por el contrario, corresponde al demandado desvirtuar la presunción de la falla del servicio que admite como única prueba en contrario para ser eximido de responsabilidad que se obró por parte de la entidad prestadora de salud con tal cuidado y diligencia que en circunstancias iguales hubiese ocurrido lo mismo”*; sin embargo, en criterio de los accionantes el ISS no satisfizo dicho *onus probandi* y, por el contrario, el dictamen practicado por Medicina Legal permite vislumbrar como causa del fallecimiento la ocurrencia de complicaciones anestésicas no tenidas en cuenta por el personal de la sala de recuperación encargado de atender a la señora Teresa Ortiz de Ducuara, de modo que *“la presunción de falla no tiene prueba en contrario o que nos lleve a una conclusión diferente, a pesar de la duda que deja el dictamen pericial”*, razones suficientes para que –a juicio de los accionantes– se revoque la sentencia impugnada y se acceda a las súplicas de la demanda (fls. 97-99, c. 1).

El recurso de apelación fue admitido a través de auto de fecha 22 de septiembre de 2000 (fl. 101, c. 6); corrido el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia

mediante proveído fechado el 13 de octubre de de 2000 (fl. 103, *idem*), todos los sujetos procesales guardaron silencio.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

2.1 Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del recurso de apelación impetrado contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del presente proceso, previa relación del material probatorio acopiado en el mismo con el fin de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el acaecimiento de los hechos que lo originan, resulta imperativo despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Precisar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, en el cual se reclama la reparación de los daños causados a los accionantes como consecuencia del fallecimiento de la señora Teresa Ortiz Ducuara, ocurrido el día 2 de septiembre de 1998, tras haber permanecido en estado de muerte cerebral hasta ese momento y desde que le fue practicada una cirugía de vesícula el día 15 de enero de 1997 en el Hospital San Rafael del municipio de El Espinal (Tolima).

(ii) Establecer si el material probatorio recaudado en el *sub lite* permite concluir que concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por los daños irrogados a los accionantes como consecuencia del referido deceso de la señora Teresa Ortiz de Ducuara o si, por el contrario, debido a la ausencia de tales elementos, deben ser desestimadas las súplicas de la demanda.

2.2 El caudal probatorio obrante en el expediente.

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de

dilucidar si procede declarar al Instituto de Seguros Sociales patrimonialmente responsable de indemnizar los perjuicios causados a los accionantes como consecuencia del fallecimiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara:

a. Registro de defunción de quien en vida respondía al nombre de Teresa Ortiz de Ducuara, en el cual figura como causa del deceso "*muerte natural*" y como fecha del mismo el 2 de septiembre de 1998 (fl. 28, c. 1).

b. Dictamen rendido dentro del presente proceso por un médico patólogo forense vinculado con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, con fecha 14 de febrero de 2000, en el cual se consignó la siguiente información:

"En respuesta al oficio de la referencia donde se requiere que "con base en la historia clínica de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, practique dictamen médico legal por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de establecer la causa de su estado vegetal y posterior muerte", me permito manifestarme en los siguientes términos:

1. RECUENTO DE LOS HECHOS.

Se trata de una mujer adulta (46 años) quien es sometida a procedimiento quirúrgico programado de colecistectomía, en un hospital de nivel II bajo la Guía de una EPS, según lo normado en la Ley 100 de 1993; la paciente no presenta ningún riesgo que pueda comprometer su vida en el procedimiento, según la valoración preanestésica comentada por el médico anestesiólogo que asistió la cirugía; el procedimiento quirúrgico cursa dentro de las márgenes establecidas, pero en el post-operatorio, más exactamente en la fase que se conoce como "de recuperación" y ya extubada la paciente, presenta un paro cardio-respiratorio el cual responde favorablemente a las maniobras de reanimación por cuanto se restablece la función cardio-vascular y pulmonar, pero el tiempo de anoxia cerebral es suficiente para deteriorar la función cerebral en muchos aspectos, entrando la paciente en lo que se conoce como un coma vigil durante varios meses después de los cuales fallece en estado de postración por un trombo embolismo pulmonar.

2. MARCO TEÓRICO Y DISCUSIÓN.

Establecer la causa directa del estado vegetativo en este paciente que fallece muchos meses después se perfila casi imposible; sin embargo la forma como se presenta el evento durante el post operatorio favorecen fuertemente una complicación anestésica; las cuales se presentan aún en los sitios de mayor nivel de complejidad, sin eximir esto que la institución que ofrece servicios de nivel II debe cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Ministerio de Salud en cuanto a características locativas, tecnológicas y de personal idóneo para los fines contratados. Respecto a estas complicaciones anestésicas la literatura apunta que las complicaciones respiratorias son las más frecuentes y la más común es la obstrucción de la vía aérea por oclusión faríngea; El cierre espasmódico de la laringe, una de las más frecuentes complicaciones de la vía aérea; las causas más frecuentes de laringoespasma son las secreciones, la sangre, los anestésicos irritantes, las sondas de succión y el contenido gástrico.

Después de los problemas de la vía aérea, las complicaciones hemodinámicas son las más frecuentemente asociadas con la anestesia y son esencialmente relacionadas a sus efectos sobre el corazón; entre éstas están la hipotensión, la hipertensión y las alteraciones del ritmo cardíaco; en cuanto a estas últimas se considera que entre el 15 y el 30% de los pacientes que reciben anestesia presentan arritmias cardíacas intra operatorias.

Hay otro tipo de complicaciones anestésicas más raras como son: complicaciones posturales y de la vía venosa, reacciones alérgicas, complicaciones neurológicas, hierptemia (sic), entre otras.

Cualquiera de las anteriores que hubiese sido, desencadenó un paro cardio-respiratorio a la señora Teresa Ortiz de Ducuara con compromiso severo de la perfusión cerebral entrando posteriormente a un coma vigil y falleciendo meses después por un trombo-embolismo pulmonar, complicación ésta de la coagulación inherente a las patologías que cursan con estados de postración prolongado y el tromboembolismo pulmonar (TEP) se considera la primera causa de muerte intrahospitalaria del mundo occidental” (fls. 18-19, c. 3; subraya la Sala).

El perito acompañó como anexo al transcrito dictamen una comunicación que el mismo auxiliar de la Justicia dirigió a la Procuraduría Departamental del Tolima y en la cual puede leerse lo siguiente:

“He revisado totalmente el expediente de la referencia, respecto a la paciente Teresa Ortiz de Ducuara y me permito dar respuesta en el mismo orden, a los interrogantes planteados por el doctor (...), abogado asesor adscrito a esta procuraduría así:

1. Si la atención que se le prestó en ese hospital a la señora Teresa Ortiz de Ducuara, afiliada al ISS, antes, durante y después del día 15 de enero de 1997, se ajustó a las pautas o parámetros indicados por la medicina, para el caso que ella presentaba.

Revisada la historia clínica de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, no encontramos desacato a las normas de atención para con la misma, posterior al posible accidente anestésico ocurrido en el post-operatorio de colecistectomía el día 15 de enero de 1.997. A la paciente se le ofrecieron todos los recursos disponibles y de una manera adecuada para el manejo de un estado comatoso.

(...)

Respecto al cumplimiento de las normas de atención antes del 15 de enero de 1997 se presume una adecuada valoración del riesgo prequirúrgico para con la paciente Teresa Ortiz de Ducuara por parte del médico anesthesiólogo doctor Pedro Emilio Cita, como quedó escrito en exposición libre y espontánea vista en el folio 93. Esta valoración preanestésica debe reposar en los archivos de historia clínica, del doctor Cita o de la Institución donde se realizó.

3. Determinar si con antelación a dicha intervención se evaluó la paciente para observar si era hipertensa o sufría de insuficiencia respiratoria, si la cirugía se programó con antelación o fue una urgencia, quién la practicó, quién suministró la anestesia, si se trató de personal médico, paramédico calificado y, en fin, verificar las causas de su actual estado.

El acto anestésico consta de tres partes: la valoración preanestésica, la administración misma del anestésico y la visita post-anestésica. Si alguna de ellas no se realiza, el acto anestésico es incompleto y la actuación médica se hace menos defendible desde el punto de vista médico legal. Se ha instituido ya en la mayoría de hospitales y clínicas la valoración preoperatoria de los pacientes, por parte del anesthesiólogo, en la consulta externa, unos días antes de la cirugía,

ésta se considera obligatoria para los pacientes de alto riesgo y la tendencia actual es que todos los pacientes programados para la cirugía asistan a ella.

El doctor Cita, médico anesthesiólogo en exposición libre¹ dice lo siguiente: “A dicha paciente se le realizó su consulta preanestésica, el consultorio de la cooperativa y de allí salió programada para una colecistectomía”. Por lo anterior podemos establecer que no se trató de una urgencia” (fls. 15-16, c. 3; subraya la Sala).

c. Declaración rendida dentro del presente proceso por el médico Ricardo Arce Cartagena, quien preguntado por los hechos en los cuales se origina el presente litigio, expuso lo siguiente:

“Yo fui médico tratante de la paciente TERESA ORTIZ, desde la consulta prequirúrgica y estuvo (sic) en el acto quirúrgico en el cual le practiqué una colecistectomía simple sin ninguna complicación en el acto operatorio ni posterior al mismo enerente (sic) a la cirugía (...) PREGUTADO: Recuerda en qué estado de condiciones sicofísicas ingresó la señora TERESA ORTIZ DE DUCUARA a la mencionada cirugía? CONTESTO: En buenas condiciones, con una clasificación anestésica ASA-I-II. Quiere decir esto que la paciente no tenía ninguna enfermedad importante. PREGUNTADO: Quién fue el anesthesiólogo de TERESA ORTIZ DE DUCUARA para la referida cirugía? CONTESTO: El Dr. PEDRO EMILIO CITA CHACÓN (...) PREGUNTADO: Es cierto que la muerte de la señora TERESA ORTIZ DE DUCUARA ocurrió con ocasión de la intervención quirúrgica en que (sic) fue sometida? CONTESTO: Es claro que como consecuencia directa del acto operatorio denominado colecistectomía simple que se le practicó a la paciente no desencadenó la muerte” (fls. 5-8, c. 3; subraya la Sala).

d. Testimonio rendido en el *sub judice* por el anesthesiólogo Pedro Emilio Cita Chacón, quien en relación con los hechos que han dado lugar a la instauración del presente proceso manifestó lo siguiente:

“... hacia las 5 y 30 se inició la cirugía la cual realizó (sic) sin ningún contratiempo terminándose hacia las 6 y 20 a 6 y 25 con la circulante de la sala de cirugía YENNY CARO BARRIOS se inició el proceso de extubación encontrándose ventilando la paciente y con buenos signos vitales, llevamos hacia las 6 y 35 a la

¹ Nota de la Sala: La referencia a la versión libre realizada por el médico anesthesiólogo en mención es efectuada exclusivamente en el dictamen pericial aludido dentro del presente pronunciamiento.

paciente a la sala de recuperación donde fue recibida por la enfermera ANGÉLICA ENAO (sic) y ANGELA VARGAS, se hizo entrega de la paciente explicándole el procedimiento realizado y que no había tenido complicaciones en el transoperatorio, tanto la auxiliar de enfermería quien hizo una nota de entrega de la paciente como yo nos retiramos habiendo dejado esta paciente con monitoría defunción (sic) arterial y visoscopio (sic) con cánula de gueden y oxígeno por máscara, hacia las 7 y 15 de la noche recibo una llamada por cedula (sic) en que me manifiestan que la paciente había tenido un paro cardiorespiratorio en sala de recuperación a lo cual me hice presente (...) el día 20 de noviembre de 1998 en una declaración ante el tribunal de ética médica y revisando la historia clínica de esa paciente encuentro un tachón como cuando uno tacha varios renglones y después la nota de una de las enfermeras de recuperación, por este motivo hice averiguación con la otra auxiliar que había en recuperación ANGELA VARGAS y le pregunté que por qué estaba tachada o por qué había tachones en la historia clínica de la paciente y me manifiesta que ella estaba haciendo las anotaciones de entrega de turno cuando se dieron cuenta que la paciente estaba cianótica, ante lo cual la enfermera ANGÉLICA ENAO (sic) le tachó la nota que ella estaba realizando y escribe que la paciente (...) había sido entregada en malas condiciones, por este motivo considero que la enfermera ANGÉLICA ENAO realizó una falsedad en documento privado y lo cual se debe investigar penalmente... (...) PREGUNTADO: Explique qué significa estado cianótico. CONTESTO: El estado cianótico es un signo de mala oxigenación de los tejidos (...) PREGUNTADO: Cuál fue su función en la cirugía que se le practicó a TERESA ORTIZ DE DUCUARA en la fecha que usted ha señalado? CONTESTO: A mí me correspondió como anestesiólogo realizar la consulta preanestésica a la cual había sido enviada por la Cooperativa Laboremus, además me correspondió administrarle la anestesia general para el procedimiento señalado de la paciente y dejarla en el servicio de recuperación una vez aceptada por el personal de este servicio para su posoperatorio inmediato” (fls. 8-11, c. 3; subraya la Sala).

e. Historia clínica distinguida con el número 89607, del Hospital San Rafael de El Espinal- Tolima E.S.E., correspondiente de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara, remitida en copia auténtica el presente proceso mediante comunicación fechada el 14 de julio de 1999, suscrita por la subdirectora científica de la mencionada E.S.E. (fl. 13, c. 3; la copia de la historia obra a cuadernos 4 y 5 del expediente).

2.3 La responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios de salud prestados por entidades estatales.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha evidenciado algunas modulaciones en cuanto tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicable a supuestos como el que en este proceso se examina, en especial por cuanto tiene que ver con el reparto de la carga de la prueba entre las partes; de la anotada evolución ha dado cuenta la propia Sala en los siguientes términos:

“En relación con el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios de salud, la Sala otrora manifestó que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada, pues las obligaciones asumidas por el prestador del servicio eran de medio y no de resultado. Esta tesis fue modificada en sentencia del 30 de julio de 1992², en la cual la Sala expresó:

“Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargo 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.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la

² Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 6782. Sentencia del 30 de julio de 1992. M.P.: Daniel Suárez Hernández.

respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. (...)”

En sentencia del 10 de febrero de 2000, esta Sala re-estudió la anterior posición y precisó:

“En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, 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 relieván 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.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe 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. (...)”³

³ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 11878. Sentencia del 10 de febrero de 2000. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala⁴ ha considerado 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 respectivo caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial⁵ (énfasis añadido)⁶.

La justificación de la conveniencia de retornar a la postura en virtud de la cual la responsabilidad del Estado en asuntos como el *sub examine* debe juzgarse en aplicación de un régimen de falla en el servicio probada ha sido expuesta por la Sala en los siguientes términos:

“Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

“..no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del

⁴ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696. Sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enriquez

⁵ Nota original de la sentencia citada: Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Expediente número: 15.283. En el mismo sentido, puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007; Radicación: 080012331000199603797 01; Expediente: 15.895.

servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁷.

Sin embargo, 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, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, 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.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el

⁷ Nota original de la sentencia citada: Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp: 12.792.

negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de 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.

(...)

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las

entidades oficiales que no representan costos para las partes.”⁸ (subrayas fuera del texto original).

Todo lo dicho no quiere significar, en manera alguna, que la Sala desconozca que la exigencia probatoria respecto de la relación de causalidad, en no pocos eventos, difícilmente podrá comportar el acceso a niveles de certeza absoluta o de plena prueba, comoquiera que se admite sin titubeos que si bien en principio del ligamen causal existente entre un hecho y un resultado puede predicarse su carácter de inmutable en cuanto dicha relación pende de las leyes de la naturaleza, mal podría desconocerse que la fe del pensamiento de la Ilustración en los avances científicos, en el paradigma mecanicista newtoniano y en el conocimiento empírico como herramientas aptas para proporcionar certezas incuestionables —al amparo de la idea de que el mundo natural está regido por leyes causales del tipo “*si X, entonces siempre Y*”—, dicha fe 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.

En ese orden de ideas, el mundo físico no está regido por leyes causales sino probabilísticas del tipo “*si X, entonces Y en un porcentaje Z*”⁹; a este respecto, en ocasión anterior la Sala expresó:

“Sin que se escape a la Sala, como con acierto lo pone de presente Goldenberg —quien refleja de muy ilustrativa manera la altamente compleja idea de la *relatividad* desarrollada, entre otros, por Albert Einstein—, que “*la física moderna ha reformulado el concepto de causalidad a partir del cuestionamiento del postulado tradicional de “uniformidad de la naturaleza” de acuerdo al cual dado un antecedente el resultado opera inexorablemente de la misma manera. Actualmente no es aceptable ya un determinismo causal rígido, en virtud de la comprobación que la energía se libera en saltos discontinuos e irregulares cuyo origen y dirección no son aún conocidos.*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

⁹ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 80-81.

*El riguroso mecanicismo es reemplazado por el concepto de **probabilidad** como medida del azar: junto al mundo de la causalidad está también lo fortuito, la física cuántica ha combinado las ideas de causación y azar; lo que anteriormente se consideraban leyes comprobadas ahora se reputan verdades aproximadas, simples posibilidades, lo que conduce a un concepto **flexibilizado** de causa” (énfasis en el texto original). GOLDENGERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 7¹⁰.*

Así pues, actualmente se impone la aceptación de una noción de *causalidad probabilística* —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una *probabilidad preponderante o probabilidad determinante*¹¹, baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, precisamente, frente a eventos de responsabilidad médica¹², por vía de ejemplo, en los siguientes términos:

“II. Acerca de la causalidad bajo el régimen de responsabilidad extracontractual del estado por la prestación de servicios de salud.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009; Radicación No.: 050012326000-1995-01203-01; Expediente No. 17145.

¹¹ El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos:

*“En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (subraya la Sala). Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-79.*

¹² A este respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

Esta Corporación nunca ha dejado de reconocer la dificultad que los demandantes enfrentan al asumir el deber de probar la relación de causalidad:

“Ahora bien, observaciones (...) que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor”¹³.

No obstante, a propósito de la responsabilidad médica, debe quedar claro que los alivios dispuestos en ese régimen para la carga probatoria de la falla en el servicio no pueden también operar en lo que tiene que ver con la prueba de la relación de causalidad.

La consecuencia directa del cuestionamiento permanente a propósito de la causalidad ha sido la de ver como posible una modulación que no sólo se ha mostrado necesaria en nuestro medio, sino en casi todos los regímenes jurídicos modernos. Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política.

Sin embargo, el aligeramiento de la carga probatoria del demandante en estos casos no conlleva, per se, una presunción de causalidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante la carga probatoria en cuestión.

La Sala, a propósito de ese aligeramiento de la carga probatoria de la falla médica en casos de muy difícil esclarecimiento, ha sostenido:

“Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el

¹³ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de julio de 2004, expediente 14696.

de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado— los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquellos”¹⁴.

Al respecto Ricardo de Angel Yagüez ha explicado lo siguiente¹⁵:

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

Es decir, la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.

Siempre se ha dicho que para que pueda ser declarada la responsabilidad patrimonial se requiere tener certeza sobre la existencia del nexo causal. Aun cuando en lógica formal la idea de probabilidad parezca oponerse a la idea de certeza, resulta oportuno destacar que ello no es así en el derecho de daños, porque la causalidad de que se trata es la adecuada y, por lo mismo, la probable, de manera que si la probabilidad es alta, lleva a la certeza acerca del nexo causal y, por consiguiente, abre paso a la condena, siempre que además haya prueba de la falla y del daño¹⁶. Lo anterior, es el modo en que la llamada causalidad adecuada llega hasta sus más lejanas fronteras, en todo caso, sin invadir el mundo de la especulación:

¹⁴ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696, sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

¹⁵ Nota original de la sentencia citada: Cfr: “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)”. Ed. Cvitas S.A., Madrid, 1995, pág. 77.

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 12655. Sentencia del 7 de octubre de 1999. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. “Se trata tanto de una regla de valoración y de razonamiento para el juzgador ante la falta de prueba de la falla, aunque no de los otros extremos (el daño y la relación causal adecuada), como de una regla dirigida a regular la conducta procesal de las partes”.

“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”¹⁷.

Ello no significa que esta Corporación haya dado cabida a la presunción de causalidad en la responsabilidad derivada de la prestación de servicios médico asistenciales, porque esta será siempre improcedente. En efecto, aceptar esta tesis 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 objetivo¹⁸.

Así que no es cierto que en la responsabilidad médica opere una presunción de causalidad sino que, aun cuando 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-.

Por consiguiente, debe la Sala reiterar lo que sobre este particular ha sostenido¹⁹:

“(…) de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser probada siempre por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.

Ahora bien, la diferencia entre “*presunción de causalidad*” - que no se aplica en estos casos - y “*regla de prueba*” - que sí se aplica -, no resulta inane toda vez que la primera, como presunción que es, puede ser desvirtuada por la parte contra la cual pesa, mientras que bajo la noción de regla de prueba se tiene que una vez

¹⁷ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 12843. Sentencia del 22 de marzo de 2001. M.P.:

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696, sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 13284. Sentencia del 22 de marzo de 2001 M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

verificado “*el suficiente grado de probabilidad*”, queda establecido y plenamente probado el nexo causal²⁰.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —*subjetivo*— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflinge a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligatorio que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía. Así, por ejemplo, se ha sostenido:

«Observa la Sala que las acusaciones realizadas en la demanda versan sobre la existencia de unos supuestos perjuicios ocasionados por presuntas conductas culposas, negligentes e irregulares cometidas por las entidades demandadas en el proceso de liquidación de la sociedad intervenida, es decir, que el título de imputación elegido por el grupo actor corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación Estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración.

Así las cosas, no debe perderse de vista que para la prosperidad de la acción de grupo y, por ende, para que el sentenciador pueda ordenar la reparación pretendida, deben estar acreditados con las pruebas que obran en el proceso los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual por falla del servicio, a saber: i) la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado, que afecta de forma individual a una

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Expediente número: 15.283.

pluralidad de sujetos; *ii*) la conducta activa u omisiva de la autoridad que lo infiere; y *iii*) la relación de causalidad entre ésta y aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.²¹

Por lo demás, como criterio de identificación para la determinación de la falla del servicio, en forma constante la jurisprudencia ha dicho que, por regla general, “... *las obligaciones a cargo de la administración (...) deben ser determinadas, especificadas, por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo haya de ejecutar...*”²²»²³ (cursivas en el texto original).

Por consiguiente, se impone establecer si en el *sub lite* concurren, o no, los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en la configuración de una falla en el servicio.

2.4 El caso concreto. Valoración probatoria y examen de la responsabilidad del Estado a la luz del principio de proporcionalidad.

En criterio de la Sala los presupuestos fácticos del asunto *sub judice*, derivados del acervo probatorio al cual se ha hecho alusión en anterior apartado dentro de este pronunciamiento, conducen a determinar que en el presente caso se encuentra demostrada una falla en la prestación del servicio de salud a cargo de la entidad demandada y que esa falla está causalmente relacionada –al menos en grado de probabilidad suficiente, según se ha explicado– con la muerte cerebral y

²¹ Nota original de la sentencia citada: La responsabilidad patrimonial por falla del servicio, como se ha manifestado por la Corporación de tiempo atrás, se configura por los siguientes elementos: “a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración; “b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano; “c) Un daño que, implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.; “d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango.

²² Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de junio de 1990, Exp. 3510, C.P. Antonio J. Irisarri Restrepo. En igual sentido, Sentencia de 27 de abril de 1989, Exp. 4992.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciséis de abril (16) de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG); En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2.007; Radicación N°: 50422-23-31-000-916715-01; Expediente No. 16.827.

posterior fallecimiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, por manera que al Instituto de Seguros Sociales resulta imputable la responsabilidad de resarcir los perjuicios originados en los daños cuya reparación reclaman los accionantes en el *sub lite*.

Para la Sala la falla en el servicio se encuentra acreditada a partir de la valoración conjunta de los siguientes elementos probatorios:

(i) la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara, en la cual no aparece documento o anotación alguna que dé cuenta de la valoración preanestésica que resultaba de rigor practicarle con antelación a la realización de la cirugía; no se olvide que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en exigir las máximas atención y cuidado a los profesionales de la salud en el diligenciamiento de las historias clínicas, al punto de sostener que tales documentos dan fe de que las actividades no reflejadas con claridad y precisión en ellas han de reputarse no realizadas; así lo expresó la Sala en anterior ocasión en la cual también se echaron en falta las anotaciones que en la historia clínica dieran cuenta de la realización de la obligatoria valoración preanestésica del paciente, falencia que dio lugar a que se entendiera configurada una falla del servicio que sirvió de sustento para declarar la responsabilidad de la entidad entonces accionada:

“Así mismo y en segundo lugar, el hecho al cual los demandantes atribuyen la producción de los daños cuya reparación reclaman, esto es, la omisión del deber a cargo del I.S.S. consistente en llevar a cabo íntegramente los procedimientos de rigor previos a la realización de intervenciones quirúrgicas, surge de la evidencia consistente en que, en el caudal acreditativo recaudado en el plenario, no obra prueba idónea que permita demostrar que la entidad demandada hubiere practicado los exámenes pre-anestésicos requeridos antes de la realización de una intervención quirúrgica como la practicada a Deiny Gissel Riveros, como tampoco existe prueba de que dicha entidad hubiese elaborado la valoración médica de imperativa observancia con anterioridad al inicio de la cirugía, teniendo en cuenta el riesgo que la misma entrañaba, conclusión que se desprende de la inexistencia del correspondiente registro relativo a la realización de los aludidos exámenes en la historia clínica, así como también de la anotación efectuada en el acta del Comité de Auditoria Clínica del Instituto del Seguro Social - Seccional Meta, arriba citado —según la cual el anestesiólogo no consignó los exámenes pre-quirúrgicos— y del concepto rendido por el Instituto Nacional de Medicina

Legal y Ciencias Forenses, el cual, a propósito de los exámenes pre-anestésicos en cuestión, sostuvo:

“Estos interrogantes no pueden ser respondidos con la información disponible por cuanto no disponemos de una Historia Clínica completa sino de una transcripción fragmentada y en desorden, en la cual se mezclan las notas de enfermería con las evoluciones médicas y estas con hojas de remisión. Por ejemplo, en un mismo folio figura información sucesiva de

-5 Dic. /88

-1° Feb./90

-21 Nov./89

-7 Jun./90

22 Agos./90

Se carece de un registro anestésico en el cual figuren las drogas utilizadas, la técnica empleada, la valoración prequirúrgica, el comportamiento de las constantes vitales intraoperatorial y el manejo de líquidos endovenosos.

No hay una secuencia cronológica coherente que permita someter las anotaciones a un estudio guiado por las pautas de manejo convencional” (fls. 344 y 345, c. 1; énfasis añadido).

Y, en tercer término, el nexo causal existente entre los dos elementos referidos, vale decir, entre el hecho dañoso y el daño causado, se encuentra igualmente probado por las razones que la Sala procederá a explicar a continuación:

a. No existe unanimidad de conceptos en los dictámenes emitidos por los técnicos consultados dentro del proceso, en torno a las causas que pudieron haber desencadenado las lesiones que afectaron la salud de la menor Deiny Gissel Riveros, disparidad de criterios que, en considerable medida, tiene por causa no sólo la dificultad técnica que reviste la materia sino, especialmente, la insuficiencia de la información relativa a las condiciones personales de la paciente —en particular en lo relacionado con el análisis de las mismas frente al tratamiento anestésico a dispensar— cuestión que se refleja en la respectiva historia clínica, en la cual obra una información escueta que lejos de ofrecer elementos de juicio suficientes para clarificar lo sucedido, sin duda alguna obstaculiza la comprensión

de todo cuanto hubiere podido ocurrir a lo largo del procedimiento practicado a la víctima. Y si tales dificultades se hacen evidentes aún tratándose del análisis de los hechos del caso con la relativa tranquilidad que supone el transcurso del tiempo con posterioridad a la realización de la intervención quirúrgica de marras, no resulta necesario efectuar mayores lucubraciones en orden a advertir lo intrincado de los problemas que tan inadecuado manejo de la historia clínica ha debido originar a los galenos mientras practicaban la cirugía a Deiny Gissel Rivero y ante la premura ocasionada por la necesidad de tomar decisiones en el momento preciso y con la celeridad requerida.

La jurisprudencia de esta Sección se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos:

“Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía. Es por este aspecto que se hace evidente que el daño de la arteria poplítea se detectó casualmente a través de procedimiento quirúrgico realizado pero para solucionar la “ruptura cruzado posterior” de la rodilla izquierda, y no para solucionar el daño de la arteria; está bien claro que no se practicó la arteriografía prueba que habría evidenciado otro daño pero grave y habría dado lugar a un procedimiento quirúrgico inmediato y para realizar la anastomosis. Tal aserto se corrobora con la declaración del médico cirujano general, doctor Salustiano Duarte, quien precisó que fue llamado a atender la urgencia que se descubrió cuando se intervenía al paciente -intraoperatorio-; dijo textualmente “fue un hallazgo operatorio” (subraya la Sala)²⁴.

A su vez, esta Sala se ha pronunciado respecto de —y ahora reafirma— la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales

²⁴ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2007, Expediente No. 15178, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo. En la anotada dirección se ha aseverado lo siguiente:

“No debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes”²⁵ (subraya la Sala).

En la misma dirección anotada, en otro pronunciamiento en el cual se abordó idéntico extremo, la Sala manifestó:

²⁵ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, Expediente No. 15772, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

“Como se anotó al analizar la situación probatoria, no existe constancia en la historia clínica de que el paciente hubiera sido tratado por médicos especialistas. Y aunque obran en el proceso varios testimonios que podrían llevarnos a una conclusión diferente, resulta sorprendente que ningún registro se dejara en la historia. En relación con este punto, es necesario tener en cuenta que, como se anotó anteriormente, en los cuadros de diagnóstico clínico, como lo es el de apendicitis, el seguimiento de la evolución del paciente es fundamental, para lo cual es imprescindible contar con una historia clínica clara y completa, sobre todo si, como ocurrió en este caso, el paciente es siempre valorado por un médico diferente al que lo examinó anteriormente. Se observa, además, que varios apartes de la historia del hospital resultan prácticamente ilegibles. Se ha dicho al respecto que, en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa”²⁶ (subraya la Sala)”²⁷.

Los razonamientos que se acaba de transcribir resultan trasladables, *mutatis mutandi*, al presente caso y constituyen argumentos suficientes para reafirmar que la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara aportada al proceso constituye prueba de que a la mencionada señora no le fue practicada la valoración preanestésica requerida antes de la realización de la cirugía a la cual fue sometida;

(ii) El dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses reafirma que el perito tampoco tuvo acceso a los documentos que permitieren concluir que la aludida valoración preanestésica sí fue realizada, al punto que el auxiliar de la Justicia debió contentarse con “presumir” que dicha labor sí fue llevada a cabo por el anesthesiólogo y que los documentos que así lo acreditan deben reposar en otros archivos –del anesthesiólogo mismo o de la E.S.E.–; sin embargo, los argumentos antes traídos a colación resultan suficientes para explicar la importancia de que los resultados de la valoración preanestésica consten en la historia clínica y por qué la ausencia de los mismos en dicho documento constituye una falla en el servicio; el propio dictamen pericial en comento resulta claro al señalar que la actuación médica en examen es

²⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente No. 11878, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2009, Radicación No.: 500012331000199203589-01; Expediente No. 16.700.

difícilmente defendible desde el punto de vista jurídico si no se demuestra la realización de los procedimientos pre o pos anestésicos;

(iii) Desde el punto de vista indiciario –y no se olvide la trascendencia que en este tipo de juicios reviste el referido mecanismo probatorio indirecto, por las razones precedentemente anotadas–, dos elementos adicionales apuntan a corroborar la existencia de la descrita falla en el servicio: (a) El testimonio que rindió el anesthesiólogo que intervino en el asunto *sub judice*, en el cual se refieren más irregularidades –incluso posibles falsedades– en el diligenciamiento de la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara y (b) la negativa de la entidad accionada a entregar a los demandantes copia de la historia clínica de la paciente, a pesar del estado de muerte cerebral de la misma, de lo cual se da cuenta en el relato fáctico realizado en la demanda y se desprende, asimismo, del contenido de las comunicaciones dirigidas en ese sentido por el ISS a los actores (fls. 14-15, c. 1).

Finalmente, la relación causal entre la mencionada falla y los daños ocasionados a los demandantes como consecuencia de la convalecencia y posterior muerte de la señora Ortiz de Ducuara puede tenerse por demostrada, en criterio de la Sala, con base en el dictamen pericial obrante en el plenario, en el cual se efectúa ingente alusión a que la más probable causa de las dificultades post-operatorias y del deceso de la señora Teresa Ortiz fueron “*complicaciones anestésicas*”, esto es, reacciones de la paciente a la anestesia que muy difícilmente pudieron ser gestionadas de manera adecuada por el personal médico interviniente con base en una historia clínica deficientemente diligenciada, como se encuentra probado que ocurrió con la historia clínica de la señora Teresa Ortiz de Ducuara.

La falla en el servicio, entonces, tuvo incidencia en grado de probabilidad determinante –suficiente– en la producción del resultado lesivo y, por tal razón, ha de imputarse a la entidad demandada la responsabilidad de reparar los daños causados a los demandantes, por manera que la Sala dispondrá la revocatoria del fallo de primera instancia y accederá a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio de la litis, en los términos que se detallan a continuación.

2.5. Liquidación de perjuicios.

2.5.1 Perjuicios morales.

Tal como reiteradamente lo ha puesto de presente la Sala, resulta común, esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras aflicciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas o, con mayor razón aún, cuando ven segada la vida de sus seres más próximos, de aquellos quienes integran su más cercano núcleo familiar; empero, resulta claro que la tasación de este perjuicio de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, razón por la cual corresponde al juzgador, con fundamento en su prudente juicio, establecer en la situación concreta el valor indemnizatorio que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de las lesiones sufridas y/o la intensidad e índole de las relaciones existentes entre la persona fallecida y quienes reclaman la reparación del daño derivado del dolor y del padecimiento que el deceso les ha producido, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

En este caso, tal como se acreditó en el expediente, la señora Teresa Ortiz de Ducuara permaneció en estado vegetativo como consecuencia del hecho dañoso por un período aproximado de 18 meses, a cuyo vencimiento le sobrevino su fallecimiento, todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que debe serles indemnizada; en efecto, resulta comprensible que el núcleo familiar más cercano a la persona que pierde la vida en circunstancias como las descritas se sienta moralmente afectado.

En relación con los daños inmateriales causados por la muerte de una persona, tratándose de su entorno familiar más cercano bastará con la acreditación del parentesco entre los afectados y el individuo fallecido, pues tal relación se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio, siempre que no obren en el expediente elementos acreditativos que indiquen lo contrario; por consiguiente, con la simple demostración de la relación de parentesco a través de los correspondientes registros civiles de nacimiento se presume o, lo que es lo mismo, resulta posible inferir que tanto los ascendientes y descendientes como los hermanos del occiso sufrieron un perjuicio de orden moral, de modo que la sola constatación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, teniendo en cuenta el contenido del artículo 42 de la Carta Política²⁸ y las máximas de la experiencia,

²⁸ Precepto del siguiente tenor: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer*

permiten inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio solicitado, en la medida en que es usual que los seres humanos sientan congoja y aflicción como consecuencia del fallecimiento de sus seres queridos.

Dentro del acervo probatorio recaudado en el proceso obran el registro civil de nacimiento de la demandante Nancy Ducuara Ortiz y el registro del matrimonio contraído entre el otro accionante, señor Eudoro Ducuara Capera y la señora Teresa Ortiz Lozano (fls. 3-5, c. 1); de dichos documentos se desprende que los actores son la hija y el esposo de la señora Ortiz Lozano y, por tanto, se encuentra acreditado el parentesco existente entre la occisa y los integrantes del extremo activo de la litis.

De otra parte, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer —en gramos oro— el valor de la condena por concepto de perjuicio moral y se ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, de suerte que se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en los cuales aquél se presente en su mayor grado de intensidad y proporcionalmente en consideración a la entidad del daño padecido²⁹.

Atendiendo a lo hasta hora expuesto, en el asunto *sub judice* puede sostenerse que el daño moral sufrido por los accionantes revistió la mayor intensidad —se trata de la muerte de la madre y esposa de los actores—, la cual da lugar al reconocimiento de una indemnización equivalente al valor máximo que por este tipo de daños ha venido concediendo la jurisprudencia y que se ha sugerido corresponda al monto equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes; por tal razón, se dispondrá la indemnización de los perjuicios morales en favor de Nancy Ducuara y Eudoro Ducuara, en cuantía equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes acumulados 13.232-15.646.

2.5.2 Perjuicios materiales.

En relación con este rubro, se expresó en la demanda que *“de acuerdo con las facturas que con el presente escrito se anexan los perjuicios materiales se estiman en la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS (\$3'852.146,00)”*.

Junto con el libelo introductorio del proceso fueron acompañadas una serie de facturas y de recibos expedidos por distintos establecimientos de comercio con fundamento en diversos conceptos (fls. 16-25, c. 1); sin embargo, ninguno de los referidos documentos permite establecer que dan cuenta de la adquisición de elementos que hubieren sido requeridos para atender al tratamiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, comoquiera que, por vía de ejemplo, no se encuentran acompañados de las correspondientes fórmulas, recetas u órdenes impartidas por el respectivo médico tratante, razón por la cual no puede accederse a ordenar el reembolso de sumas de dinero cuya erogación no hubiere quedado suficientemente demostrado que estuviere conectada con la lamentable situación de salud a la cual tuvo que hacer frente la señora Teresa Ortiz antes de su fallecimiento.

Cosa distinta ocurre tratándose del documento obrante a folio 25 del cuaderno 1, mediante el cual el señor Alexander Gómez Lozada hace constar que prestó en su vehículo taxi servicios de transporte al señor Eudoro Ducuara Capera, desde el municipio de Natagaima (Tolima), en el cual ambos residían, con un costo de doscientos mil pesos (\$200.000) mensuales,

“... con el fin de prestarle atención a su señora esposa TERESA ORTIZ DE DUCUARA, con CC 28'851.224 de Natagaima (Tolima), quien fue recluida en la fecha del 15 de enero de 1997, en el Hospital San Rafael de El Espinal, estando en ese Centro por un lapso de 18 meses en forma permanente y mes y medio en los SEGUROS SOCIALES de Ibagué (...) el servicio de transporte al señor Eudoro Ducuara era permanente por la novedad de su esposa...”

Con fundamento en lo expresado en el aludido documento, la Sala reconocerá a título de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, en favor del señor Eudoro Ducuara, el monto de las sumas de dinero que éste tuvo que desembolsar con el propósito de desplazarse desde el lugar de

su domicilio –ubicado en el municipio de Natagaima (Tolima)– hacia el sitio en el cual permaneció hospitalizada su esposa hasta el momento de su fallecimiento, para asistirle y acompañarla durante tan complicado trance; en el anterior orden de ideas, habrá de ordenarse el pago al mencionado accionante del valor resultante de multiplicar \$200.000 –gastos mensuales por concepto de transporte– por el número de meses a lo largo de los cuales se prolongó la convalecencia de la señora Teresa Ortiz hasta su deceso –19 meses, comprendidos entre enero de 1997 y septiembre de 1998–, suma que deberá ser actualizada a la fecha de la presente sentencia, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor:

Total gastos por concepto de transporte= \$200.000 x 19 = 3'800.000.

Actualización:

Valor histórico =3'800.000.

$$\begin{array}{r} \text{Ind. final (junio 2010)} \\ \text{RA} = \text{VH} \quad \frac{\text{-----}}{\text{Ind inicial (septiembre 1998)}} \\ \\ 104.52 \\ \text{RA} = 3'800.000 \quad \frac{\text{-----}}{51.44} \end{array}$$

RA = \$7'721.151,00.

Total indemnización por daño emergente = \$7'721.151,00.

Total perjuicios materiales: Siete millones setecientos veintiún mil ciento cincuenta y un pesos moneda corriente (\$7'721.151.00).

2.6 Costas.

Habida cuenta de que para el momento en el cual se profiere este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes ha actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a

imponerlas; en consideración a lo anterior, se dispondrá la revocatoria del numeral segundo del fallo apelado.

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia apelada, esto es la proferida el 18 de mayo de 2000 por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, **dispónese** lo siguiente:

Declárase al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable del fallecimiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, con base en los argumentos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

Condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar a Nancy Ducuara y Eudoro Ducuara el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, para cada uno de ellos.

Condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar al señor Eudoro Ducuara la suma de siete millones setecientos veintiún mil ciento cincuenta y un pesos moneda corriente (\$7'721.151.00), por concepto de perjuicios materiales.

SEGUNDO: Ordénase que el Instituto de Seguros Sociales dé cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y pague los intereses previstos en el inciso final del artículo 177 *ibídem*.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CUARTO: Todas las comunicaciones que se ordena efectuar en esta sentencia serán libradas por el *a quo*.

Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

HERNAN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ