

DA0040  
2015  
Ej. 1

1323918

**VISION DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO CON  
RESPECTO A LA FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO  
ASISTENCIAL**

**PRESENTADO POR:  
JUAN PABLO MEZA FERRER**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
CORTE 32**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BARRANQUILLA FEBRERO 5 DE 2015**

## INTRODUCCIÓN

### LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO

#### 1.- Noción

En el presente trabajo nos ocuparemos de analizar la responsabilidad administrativa y patrimonial, siendo la primera una responsabilidad esencialmente de las entidades públicas y sus agentes (como lo serían los funcionarios o empleados públicos); y la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto al componente económico o de reparación económica que lleva implícita.

El concepto de responsabilidad en términos amplios refiere a la obligación de soportar las consecuencias de los propios actos y, dentro de ellos, de los actos dañosos o que hayan causado un perjuicio a otro. Las normas jurídicas, en cuanto organizadoras de las relaciones sociales humanas, establecen el principio general según el cual el que causa un daño a otro ha de repararlo o compensarlo (salvo excepciones contadas en las que ese daño tiene excusa justificativa), es decir: la responsabilidad en términos jurídicos obliga a responder por nuestros actos.

La jurisprudencia contencioso administrativa ha dejado claro que a raíz de la “constitucionalización” de la responsabilidad estatal en el artículo 90 de la carta política, la responsabilidad del Estado viene a erigirse como una garantía de los derechos e intereses de los administrados sin distinguir su condición, situación e interés; es decir, como bien lo sostiene el tratadista MIR PUIGPELAT, “La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”.

## **DERECHO A LA SALUD, EL ACTO MÉDICO Y LA LEX ARTIS**

### **1. El derecho a la salud en nuestro ordenamiento positivo y su prestación por parte del Estado.**

En nuestro sistema normativo la salud es un servicio público a cargo del Estado y, lo que es más importante, es un derecho de raigambre constitucional y fundamental autónomo, esto por cuanto “la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’. Lo anterior supone que “el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas.”

En este orden de ideas, “ la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas –al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas– tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública.”

Al respecto, la sentencia del Consejo de Estado de 18 de Febrero de 20105 nos recuerda las características intrínsecas que informan el derecho a la salud en nuestro país de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“-Debe ser integral:

“ la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal

o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”

“De conformidad con lo anterior cabe afirmar que el señor Cano Arango tenía derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizado, que se le hubieran practicado alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieran suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del ISS, porque, se reitera, se omitieron las valoraciones y procedimientos que fueron recomendados por profesionales de la misma entidad; a la vez que se dilató, sin justa causa probada, la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr la mengua de sus dolores y su recuperación.

Respecto de este elemento del derecho a la salud, dijo la Corte Constitucional:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”

-Debe ser oportuno:

“La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el

derecho a la salud de ésta.<sup>9</sup> Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.”

“Con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”, la Corte Constitucional precisó que “se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.

En el caso concretó está claramente demostrado que el ISS se tomó casi un mes para remitir la historia clínica del paciente a su Staff de Cardiología, con el objeto de que éste analizara el caso, hiciera un diagnóstico y formulara un tratamiento. Luego del esperado concepto del Staff, el ISS se tomó un mes más para oficiar a la entidad que habría de realizar el procedimiento dispuesto, sin justificación alguna para tanta dilación. Todos estos trámites se surtieron lentamente, mientras el paciente soportaba los dolores propios de su enfermedad y el aislamiento derivado de su hospitalización.

Siendo entonces la salud un derecho fundamental autónomo a la vez que un servicio cuya titularidad y deber de prestación recae primariamente en el Estado, se prevé que en algunas ocasiones el servicio se preste de manera incorrecta, o lo preste tardíamente o sencillamente no lo preste. Ante estas eventualidades se hace preciso proceder a estudiar los títulos de imputación que nuestra jurisprudencia contenciosa administrativa ha decantado para atribuir jurídicamente los perjuicios causados a los particulares por daños antijurídicos ocasionados en ejercicio o con ocasión de sus funciones estatales.

A continuación procederemos a conceptualizar los términos que informan la actividad médica y que delimitan tanto la actuación médica como la responsabilidad del galeno para

luego entrar en el análisis de las distintas formas de imputar responsabilidad médica al Estado (títulos de imputación) los cuales permiten endilgar a la administración el deber resarcitorio por los daños antijurídicos ocasionados en ejercicio o con ocasión de la prestación de un servicio de salud.

## **2. El Acto Médico**

### **2.1. Concepto**

En la legislación positiva colombiana no existe una definición formal de acto médico como sí lo hace, por ejemplo, la legislación peruana más concretamente el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú el cual trae la siguiente definición de acto médico:

“Artículo 12. El acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico, en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico.”

Ante la escasa o nula conceptualización normativa del acto médico en nuestro ordenamiento jurídico es menester acudir a la doctrina especializada en el asunto que nos ocupa para entender más ampliamente su significado y dimensión. De esta manera, para definir el acto médico nos apoyaremos en lo declarado por el comité de expertos en problemas legales del Consejo de Europa según la cual bajo la expresión acto médico se comprende todo tipo de “tratamiento, intervención o exámenes con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad”<sup>13</sup>. Esta definición de acto médico fue posteriormente revisada por la Unión Europea de Médicos Especialistas quienes propusieron una nueva definición más concisa y del siguiente tenor: “conjunto de pasos efectuados, en todos los campos de la salud, exclusivamente por un doctor en medicina, con vistas a formular un diagnóstico, seguido, si es necesario, de la aplicación de acciones médicas terapéuticas o preventivas.”

En Colombia, el profesor GUZMÁN MORA nos enseña que el acto médico es “una forma especial de relación entre personas; donde una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente”.

El tratadista español DE LAS HERAS GARCÍA aporta su definición de acto médico diciendo que “por tal podemos entender, también en términos generales cualesquiera actividad que lleve a cabo un facultativo u otro profesional sanitario bajo la inmediata dirección y vigilancia de aquél, que ha de ser propia de la profesión médica y dirigida a la emisión de un diagnóstico, pronóstico o a la prescripción de un tratamiento respecto de un paciente con la finalidad de intentar mejorar el estado de salud de este último, lo que permite constatar que, en todo caso, supone una (SIC) acto o, mejor, una sucesión de actuaciones o proceso complejo integrado por, el menos, dos etapas principales que, curiosamente, coinciden con los estadios que configuran el consentimiento del paciente que hemos adelantado: una diagnóstica o preliminar, de carácter cognoscitivo, fundada en el descubrimiento o revelación de datos sintomatológicos y, en segundo término, otra terapéutica y subsiguiente de actuación derivada y determinada por la inicial”.

De los conceptos transcritos, es claro que el acto médico refiere a relación interpersonal entre dos extremos concretos: paciente-médico. Por supuesto en el caso de que el paciente sea menor de edad y en virtud del deber de consentimiento sustituto, los padres del paciente menor suplirían la voluntad de este. Además el acto médico supone etapas claramente diferenciadas y técnicas que inicia con la valoración primaria del estado de salud general del paciente con el fin de determinar la patología que lo aqueja (diagnóstico). Y por último, el acto médico conlleva un fin intrínseco cual es propender por la mejoría del paciente, llevando a cabo los procedimientos médico-quirúrgicos o terapéuticos indicados por la ciencia y la *lex artis ad hoc*, respetando siempre la autonomía y derecho del paciente a decidir sobre su propio cuerpo.

### **3. La Lex Artis.**

#### **3.1. Noción**

El término Lex Artis proviene del latín que significa Ley del Arte, o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate. Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta y si se ajusta o no a lo que debe hacerse.

En lo que respecta al caso específico de la medicina, la doctrina española<sup>26</sup> define la Lex Artis como la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido. Importante resaltar que no cabe la aplicación de la Lex Artis a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la lex artis es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones.

Según la Sociedad Colombiana de Anestesia y Reanimación –SCARE- la Lex Artis en el ejercicio de la medicina consiste en un estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica, siendo ésta la que nos permita averiguar si en determinada actuación un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad.

El tratadista MONTAÑO GÓMEZ nos da su apreciación de la lex artis de la siguiente manera: “Determinadas las profesiones calificadas por su especialización y preparación técnica, cuentan para su ejercicio con unas reglas que en consonancia con el estado del saber de esa misma ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales.

“Es lo que se denomina la LEX ARTIS y según ello, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de estas reglas y procedimientos y cuáles de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente, cuya salud les ha sido encomendada”

En este orden de ideas, el profesional de la salud “para actuar dentro de la Lex Artis, deberá dominar las materias estudiadas en su carrera, es decir, tener los conocimientos necesarios y exigibles para ejercer la medicina sin temeridad”<sup>29</sup>, lo contrario supondría, a mi parecer, generar un riesgo injustificado (generador de responsabilidad) que pueda materializarse con un agravamiento de la enfermedad o dolencia del paciente, o con la muerte del mismo.

La Lex Artis implica también, según lo expone VALENCIA PINZÓN, un deber de “renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios diagnósticos a su alcance que crean adecuados, sabiéndolos utilizar e interpretar en beneficio del paciente, utilizando el tratamiento indicado y nunca el contraindicado, con conocimiento de los efectos del mismo y vigilando al enfermo en su aplicación.

Deberán seguir criterios suficientemente experimentados, internacionalizados y propios en el ejercicio médico, sin dejar de lado su criterio personal como mejor conocedor de la enfermedad y del enfermo, es decir de su arte”. Esto por cuanto las prácticas y usos médicos o lex artis surgen progresivamente y se modifican constantemente en función de observaciones, de investigaciones, de experimentaciones, de una constante interrogación y de la aparición de medicamentos y de técnicas nuevas, que hacen que el método terapéutico o diagnóstico corrientemente admitido y enseñado en una época determinada, sea cuestionado posteriormente.

Ahora bien, para determinar cuáles son esas reglas y criterios que deben regir la actividad de un buen profesional, en nuestro caso de un buen médico, habrá que estar ante todo y en primer lugar, conforme a la definición de lex artis antedicha, a lo que dispongan aquellas normas que disciplinan su actuación, de manera que la infracción a las mismas será considerada como un actuar negligente.

## **La culpa o negligencia médica.**

Ya lo decían los hermanos Mazeaud cuando definían el concepto de culpa como un “error de conducta en el que no hubiera incurrido un hombre prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas de tiempo, modo y lugar en que se halló el autor del daño”. La culpa viene a ser entonces una conducta contraria a la que debiera haberse observado en consideración a las circunstancias particulares de cada caso y a las calidades del profesional que despliega la conducta valorada; es una conducta desviada bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante.

Por su parte la culpa médica en particular viene a ser un error por descuido, imprevisión, negligencia o mera desatención de los postulados que rigen la profesión médica (lex artis) y que le son exigibles al médico en las situaciones médico clínicas que enfrente en el ejercicio de su profesión.

Es importante resaltar al respecto del error profesional, y conforme lo argumenta MARIANO IZQUIERDO que no todo error profesional es causa de responsabilidad, sino sólo aquél que es efecto de la imprudencia o patente ignorancia<sup>45</sup>, es decir para que el error genere responsabilidad civil se debe encontrar en su composición el elemento subjetivo conductual y constitutivo de culpa. De esta definición se desprende que la imputación de responsabilidad en general y por supuesto en el ámbito médico tiene un componente comparativo y de contraposición de conductas con el fin de determinar si la actuación del agente al que se le pretende imputar responsabilidad se ajustó o no a una conducta que le era exigible en razón de sus conocimientos, profesión u oficio, y en atención al contexto y situación particular en la cual se desplegó dicha conducta generadora de un daño. El patrón ideal de conducta viene dado, en términos generales, por la de un buen padre de familia, establecido en nuestro derecho positivo en el artículo 63 Del Código Civil.

Pero es evidente que el estándar exigible a un profesional no puede ser el mismo que el que se exige a quien no lo es, por lo que al médico no le basta con observar la diligencia normal sino que le es exigible una diligencia profesional de su categoría y arte, esto es, que

conozca y cumpla las reglas de actuar propias de su profesión más conocidas como la *lex artis*.

Es así como la importancia de la culpa como elemento estructurante de la responsabilidad patrimonial del Estado bien lo describe el ex consejero de estado, GUSTAVO DE GREIFF cuando dice que el “Problema fundamental en materia de responsabilidad civil o de responsabilidad del Estado o de la Nación por falla del servicio ha sido el de la prueba de elemento culpa, pues ni tratadistas ni jurisprudencia dejan de mencionarlo como uno de los elementos axiológicos de dicha responsabilidad; las diferencias que se presentan hacen relación a su prueba y a la parte a quien corresponde aportarla.”

Como se verá, la falla del servicio como factor de atribución subjetivo supone el estudio de la conducta de la administración en la prestación del servicio que por imperatividad legal o asunción voluntaria debía prestar en óptimas condiciones. Desde luego, la administración actúa por intermedio de sus agentes u órganos quienes son en últimas los encargados de ejecutar materialmente el servicio de que se trate; la culpa del agente u órgano del estado viene a ser la culpa de éste según lo indican los postulados de la responsabilidad extracontractual directa del Estado que es la que rige actualmente en nuestro sistema jurídico. En el área de la sanidad pública son los hospitales y las entidades de salud de carácter público, adscritos o vinculados quienes fungen como agentes del estado en la prestación del servicio de salud a cargo de éste; a su vez, los médicos y demás profesionales de la salud vinculados con dichas instituciones son los que mediante su intervención ejecutan materialmente el acto médico que eventualmente puede derivar en un daño para el paciente. Es por esto que es preciso estudiar la manera como estos agentes pueden con su conducta descuidada, negligente, tardía u omisiva, comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado.

La teoría clásica de la responsabilidad en asuntos médicos se basa, como bien se sabe, en que las obligaciones del profesional de la medicina son generalmente de medios y excepcionalmente de resultado (cirugía estética), lo que implica que la eventual responsabilidad de los galenos se basa en la necesidad de demostrar por parte de la víctima

demandante, en todo caso, que el médico ha sido el causante del daño que se le imputa por una actuación descuidada o negligente. Esta culpa o negligencia se basa en la idea de que el médico o cualquier otro profesional sanitario despliegan en su actividad una obligación de medio, de manera que no garantizan la obtención de ningún resultado (que para el caso que nos ocupa significa que el médico no está obligado a curar efectivamente al paciente, sencillamente porque muchas veces ese resultado no depende de él o sólo de él), aunque esa sea la finalidad del tratamiento, sino que tiene el deber de actuar de manera diligente, de acuerdo con sus conocimientos científicos para procurar la sanación o mejora en la salud del paciente.

## **LA FALLA DEL SERVICIO**

### **1. Falla del Servicio como título de imputación subjetivo en la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto médico defectuoso de sus agentes. Noción y Evolución jurisprudencial en el Consejo de Estado.**

#### **1.1. Noción clásica de falla del servicio como título de imputación**

Según el tratadista español DE FUENTES BARDAJÍ la falla del servicio o *faute du service* decantada por el Consejo de Estado Francés, viene a corresponder con el tercer estadio de la evolución de la responsabilidad del Estado y en virtud de la cual se entra a reconocer la responsabilidad de la administración pero sólo por daños originados por acciones ilícitas y culpables de sus autoridades o funcionarios. Por su parte ZANOBINI dice que es la ilegalidad del acto dañoso la base de la responsabilidad administrativa, esto es, se responde porque ha habido ejercicio ilegal del poder. Otros autores como ALESSI enseñarán que la administración sólo responderá cuando se acredite la existencia de culpa del funcionario y la razón es la culpa in eligendo o in vigilando en relación con ese funcionario<sup>67</sup>. En todo caso, la administración responderá por el no funcionamiento, el mal funcionamiento, o el funcionamiento tardío.

También encontramos pertinente traer a colación la reflexión que sobre la falla del servicio hace JEAN RIVERO de la siguiente manera:

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

“De ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo.”

De este concepto podemos ver un componente intrínseco de la falla del servicio como título de imputación, cual es el de la relatividad de la conducta desplegada, y en virtud de la cual se debe analizar, para cada caso en concreto, las circunstancias de tiempo, modo, lugar, medios, personal e infraestructura del servicio prestado por la entidad pública de salud.

Las precitadas reflexiones vienen a constituir las bases doctrinales sobre las cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado erige su noción tradicional de falla del servicio, indicando que esta es la falla anónima, orgánica, funcional de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. Así en sentencia de 28 de Abril de 1967 se dijo:

“Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su ‘no funcionamiento’ o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, ser repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del

Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común”.

Luego, en sentencia de 30 de Marzo de 1990, el Consejo de Estado complementa la noción clásica de falla del servicio en el entendido de que, aunque esta sigue siendo una falla anónima, orgánica y funcional de los entes públicos, la responsabilidad derivará de “la violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya que sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución política.”

Posteriormente en igual sentido, y a manera de complemento, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de Octubre de 1990 dijo:

“Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo”.

De lo expuesto se puede deducir que la falla del servicio se configuraba cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incumple sus contenidos obligacionales establecidos en el orden jurídico, ya en la constitución, ya en la ley o en los reglamentos y además en todos aquellos eventos en que de hecho asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad desarrollada está implícita en la función que el Estado debe cumplir. Nótese, además, que la falla del servicio refiere a una culpa orgánica que conlleva de suyo la anonimidad del agente que realmente causó el daño, lo que significa que los procesos de responsabilidad del estado en donde la falla del servicio sea el título de imputación no se requiere establecer quién fue el autor material del daño que se pretende su resarcimiento, sin perjuicio de que en ocasiones dicho agente pueda ser plenamente individualizado y ser

sujeto de responsabilidad por la vía de la repetición cuando haya generado el hecho dañoso incurriendo en falta o culpa grave en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

De lo dicho hasta ahora, vemos que la falla del servicio en su concepción clásica si bien implica una conducta de la administración plasmada en un servicio que o bien funcionó mal, que no funcionó o lo hizo tardíamente, esto no supone “que el elemento culpa esté ausente de la responsabilidad por falla del servicio. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer.” De esta manera podemos ver que la concepción clásica de la falla del servicio como título de imputación y a la vez fundamento de la responsabilidad del estado abrigaba una valoración subjetiva de la conducta de la administración que corresponde a una concepción de responsabilidad fundamentada en la antijuricidad de la conducta de la administración: el estado sólo respondía por su actuación en cuanto esta fuera ilícita o culposa.

## **1.2. Evolución jurisprudencial de la Falla del Servicio como título de imputación subjetivo de la responsabilidad médica del Estado.**

### **1.2.1. Falla del servicio probada**

En los primeros tiempos de decantación jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa y acogiendo el devenir jurisprudencial que venía desarrollando la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de responsabilidad médica, se abrigó la tesis de que el paciente damnificado por un eventual error médico debía probar la falla del servicio, esto es, la negligencia del Estado en su actuar (culpa) representada en la actuación desplegada por el galeno o la entidad de salud pública correspondiente, bajo el entendido de que las obligaciones que comprenden los actos médicos son de medio y no de resultado de manera que de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio. Esta postura inicial no fue más que un allanamiento por parte del

Consejo de Estado a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, la cual en decisiones puramente de derecho privado centra el punto crucial en la determinación de obligaciones de medio y de resultado como ya lo hemos recalcado. Y es que tradicionalmente en el derecho civil se ha reconocido que la obligación del médico es de medio en cuanto “el médico no se obliga a sanar al enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir ese resultado. El haber puesto esos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de este tipo de obligaciones”.

En este sentido, “la obligación profesional del médico no es, por regla general de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o la no curación de éste”.

Tratadistas como JAVIER TAMAYO JARAMILLO han encontrado en esta postura inicial su caballito de batalla y el más acabado e inamovible argumento en cuanto a la conveniencia de establecer como regla axiológica la culpa probada para efectos de imputar falla del servicio por acto médico defectuoso de las entidades de salud públicas.

Dice el nombrado tratadista, lo siguiente:

“Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que tanto en la responsabilidad civil como en la del Estado, la culpa o falla debe ser probada en caso de demandas por los daños derivados de la prestación de un servicio de salud. Se dice generalmente, que la obligación del médico es de medios, poco importa que el acto médico sea en sí mismo peligroso o riesgoso. Se dice que el álea de la intervención médica impide imponerle al médico una obligación de resultado”.

Esta es, pues, la primera etapa de generación jurisprudencial contencioso administrativa en temas de responsabilidad médica basada en la concepción clásica de la carga de la prueba y en virtud de la cual si el demandante no probaba la negligencia configurante de la falla del

servicio en el entendido de que el servicio no funcionó, que la conducta mal cumplida u omitida le causó daño y que entre aquella y éste existía vínculo de causalidad no podían prosperar sus pretensiones.

### **1.2.2. Falla del Servicio Presunta.**

El que el paciente damnificado tuviese que cargar con el peso de probar una falla de la administración en el ámbito de la ciencia médica, específicamente por daños ocasionados en intervenciones quirúrgicas, fue considerado por el Consejo de Estado como una carga exorbitante que reñía con el ideal de la realización de la justicia. Es por esto que a principios de la década de los 90, y particularmente con la sentencia del Honorable Consejero Daniel Suárez Hernández se empezaron a introducir criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio a cargo del paciente víctima por la vía de la presunción, pero siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico. De esta manera, en sentencia de Octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que en sentencias posteriores, como se verá, fue acogida de manera explícita y sistemática por la Sección Tercera del máximo tribunal contencioso administrativo. Es así como en la precitada sentencia de 24 de Octubre de 1990 se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

Posteriormente, la falla de servicio presunta fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 689781, pero con un fundamento jurídico diferente, haciendo esta vez referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

En este nuevo esquema de responsabilidad se distribuye la carga de la prueba de la siguiente forma: de presentarse un evento de responsabilidad por falla del servicio médico oficial, se presume dicha falla, lo que significa que de la prueba de este elemento queda relevado el actor (paciente perjudicado), quien debe acreditar los otros dos elementos constitutivos de responsabilidad, que son el daño sufrido y la relación de causalidad de éste con la falla de la administración. De esta manera, el demandante no tiene que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume; sólo debe probar los dos supuestos a su cargo: que la administración le prestó un servicio y que sufrió un daño. Así las cosas, recaería sobre el galeno el deber de probar su exculpación bien sea aduciendo que actuó diligentemente, con los cuidados y la oportunidad que la situación requería, o bien que a pesar de que evidentemente se incurrió en un error de procedimiento o en una falta a la *lex artis* de la medicina ad-hoc, dicha falla no era determinante para causar el daño que se le imputa a la conducta del galeno, o dicho de otra manera, el resultado adverso obedeció a una evolución endógena de la enfermedad o a los riesgos propios del tratamiento.

Sobre el asunto que nos ocupa y en lo atinente a actos quirúrgicos el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque el actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permitan la operancia de la presunción.

Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende. En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y elucido (SIC) que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le

incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero, en otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado. Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o casa peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina, en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, si puede representar un riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”.

En posterior sentencia el Consejo de Estado reafirmó su posición con la siguiente disertación:

“Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre las cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos y 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, o técnicas científicas, prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieron directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus

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

### **1.2.3. Carga dinámica de la prueba.**

Después de bailar en los extremos, los puntos medios siempre estarán presentes para efectos de lograr un balance que no se lograba con posturas que pecaban ora por exceso, o ya por defecto a la hora de generar soluciones a una problemática tan compleja como lo es atribuir responsabilidad a la administración por daños antijurídicos ocasionados en circunstancias, la mayor de las veces, rodeadas de extrema complejidad técnica y científica. Es así como el Consejo de Estado luego de iniciar carrera en el tema de la responsabilidad médica prohiendo en sus providencias el criterio clásico de la falla probada, para pasar luego por una temporada de sentencias enseñando las bondades de la falla del servicio presunta, impulsó el establecimiento de la teoría de la carga dinámica de las pruebas como solución más equitativa y más consecuente con el ideal de justicia que debe informar el procedimiento judicial en estos temas donde la infinidad de variables que inciden en el resultado dañoso es recurrente.

Desde luego, esta teoría, que no tiene asidero legal, ha sido decantada por la jurisprudencia contenciosa atendiendo nociones y principios superiores constitucionales de equidad, igualdad y justicia procesal que permiten inaplicar el régimen probatorio instituido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Y es en el ámbito de los casos de responsabilidad médica de las entidades sanitarias del Estado donde cobra relevancia esta teoría medianera, en razón de que no en todos los casos es el médico el que se encuentra en mejor posición de probar la real situación del suceso que se litiga (el médico particularmente dirige su esfuerzo procesal en probar su diligencia y cuidado) toda vez que, no todos los litigios concernientes a la responsabilidad médica estatal son contentivos de

aspectos técnicos y científicos. Sobre esta teoría el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“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 el que 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 del deber probatorio.

Así las cosas la tarea del juzgador se torna 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 carga dinámica de la prueba le impone al juez determinar en cada caso concreto cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Sin embargo, las bondades equitativas en cuanto a la distribución del deber probatorio de esta teoría pronto empezarían a flaquear, toda vez que su aplicación práctica traía más problemas que soluciones, “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.”<sup>90</sup>

No obstante el fin noble que persigue esta teoría, me uno a la crítica que al respecto hace el tratadista JORGE SUESCUN MELO en el sentido de que la presunción de falla equivalente a presunción de culpa deviene en inocua por cuanto la misma Teoría de la Carga dinámica de la Prueba impide, o al menos no es suficiente, para generar presunciones de causalidad, que es el elemento de más difícil acreditación en el ámbito asistencial médico. Dice al respecto el referido tratadista:

“Para superar los aludidos problemas probatorios, la Justicia Contencioso Administrativa ha dado aplicación a la Teoría de la Carga Dinámica Probatoria, la que permite al juez deducir presunciones de hombre, mediante las cuales impone al personal médico ciertos deberes demostrativos cuando éste está en mejores condiciones de acreditar un hecho con el propósito de probar diligencia o cuidado o la inexistencia de error de conducta. Esto equivale al establecimiento de presunciones de culpa. Sin embargo la misma jurisprudencia señala que la Teoría de la Carga Dinámica Probatoria no es suficiente para crear presunciones de causalidad, de manera que la víctima deberá acreditar este elemento, con lo cual se le arrebatada toda utilidad práctica a la presunción de culpa”

Por su parte el tratadista español DOMÍNGUEZ LUELMO pone reparos a la aplicación de la carga dinámica de la prueba en consonancia con la jurisprudencia contenciosa colombiana diciendo que: “el problema que puede plantear esta teoría es que se puede hacer preciso esperar a la sentencia para saber cuál de las partes debía provocar cada extremo, pues es en la resolución judicial (en su argumentación y fundamentación) donde se efectúa este pronunciamiento.” No obstante lo dicho, el citado autor se permite aclarar que “las partes tienen que ser conscientes de que si no se realiza un esfuerzo probatorio adecuado a tal regla dinámica, si no desarrollan una actitud probatoria diligente, serán sancionados con un fallo desfavorable.” De otro lado, y como bien se afirma en la sentencia del 31 de Agosto de 2006<sup>94</sup>, “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.”

#### **1.2.4. Nueva posición jurisprudencial. ¿Regreso a la falla probada?.**

El 31 de Agosto de 2006 la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Honorable Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, profiere una providencia que da inicio a una nueva temporada de sentencias que abogan por el especial deber probatorio que le incumbe al demandante tendiente a acreditar los elementos estructurantes de la responsabilidad patrimonial del estado. Hasta aquí todo parece indicar que se volvía a la noción clásica de la carga de la prueba de la primera etapa ya comentada y en virtud de la cual es el demandante quien tiene el deber jurídico de acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, esta nueva concepción también hace especial esfuerzo en aplicar las teorías novedosas que permiten aligerar la prueba de los elementos estructurantes de responsabilidad, en particular el nexo causal cuando no exista prueba directa del mismo o sea muy difícil su obtención.

Pues bien, la sentencia en comento demerita las bondades de la presunción de falla y pregona por el regreso de la falla probada sin que por ello, al sentir del Consejo de Estado, se perjudique la posición del demandante toda vez que, así como se le exige que aporte la prueba de la falla también se está exhortando al fallador mayor acuciosidad en el juicio de valoración de las pruebas, dándole mayor campo de acción a las reglas de la experiencia, a la prueba circunstancial y a las deducciones de hombre que permitan acreditar los elementos axiológicos de la responsabilidad patrimonial, especialmente en lo referente a la relación de causalidad.

Sea lo primero ver la argumentación del Consejo de Estado para dar por superada la teoría de la falla presunta, lo cual se hizo de la siguiente manera:

“La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como

omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

“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.”

Veamos ahora las soluciones aportadas por la providencia de marras a la eventual asimetría o desventaja probatoria en que se encontraría el demandante. Dice la precitada sentencia:

“La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento 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.

“En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente, daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica”.

Como era de esperarse la sentencia también hace referencia a la prueba del vínculo causal, prohiendo la teoría de la probabilidad preponderante de la siguiente manera:

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a “un grado suficiente de probabilidad”, que permita tenerlo por establecido.

“De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.

Teóricamente el “regreso” a la falla probada implicaría generar una responsabilidad basado en el aporte de una prueba acabada y fehaciente de la culpa estatal por parte del paciente demandante, pero dado la multiplicidad de teorías presuntivas que la jurisprudencia en comento da margen de acción, no es atrevido afirmar que en realidad lo que viene a cuento no es tanto que el demandante pruebe, sino que quede acreditado en el proceso, bien como ya lo dijimos, mediante el aporte de una prueba directa por parte del demandante, o bien por vía circunstancial derivada del razonamiento integral y lógico que conforme a las reglas de la experiencia deberá hacer el juez en su momento.

## CONCLUSIONES

Como conclusión general podemos decir que la responsabilidad médica del Estado dada sus especialísimas características hace necesario que se gobierne por un régimen subjetivo de responsabilidad que, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, corresponde al título de imputación de falla del servicio cuya prueba, conforme a la más reciente jurisprudencia en la materia, le incumbe al demandante quien para el efecto puede echar mano de todos los medios probatorios a su alcance (Art. 175 C.P.C.) y beneficiarse de las teorías modernas que ha acogido el Consejo de Estado para dispensar alivio en ese esfuerzo probatorio especialmente en lo atinente a la prueba de la causalidad y la defectuosidad del acto médico (falla del servicio). En efecto, tratándose de prueba del nexo causal cobran especial relevancia la prueba indiciaria y la imputación por probabilidad suficiente o preponderante. En lo atinente a la falla del servicio, las teorías de la culpa virtual y la *res ipsa loquitur* hacen lo propio.

En lo que respecta a la aplicación de la denominada “cláusula de responsabilidad estatal” contenida en el artículo 90 superior en los casos de responsabilidad médica estatal es necesario promover más claridad conceptual en lo atinente a la imputación por daño antijurídico, pues de lo analizado en este trabajo es claro que la jurisprudencia contenciosa no ha sido coherente en el desarrollo conceptual del daño antijurídico al momento de aplicarlo a casos de responsabilidad médica del Estado. En efecto, la jurisprudencia contenciosa analizada se explaya en las características y bondades del novedoso sistema de imputación por daño antijurídico, recordando que desde la Constitución del 91 ya no se mira la antijuridicidad de la conducta de la administración sino que la nueva responsabilidad se fundamenta en la antijuridicidad del daño. No obstante, no deja de llamar la atención que a pesar de la clara dimensión de responsabilidad objetiva que comporta la imputación por daño antijurídico en su concepción clásica, la “antijuridicidad” del daño en los eventos de responsabilidad médica del Estado analizados viene a derivarse de la constatación de la defectuosidad del acto médico ocasionante del perjuicio, esto es, de la culpa de la administración. Así el daño será antijurídico si fue ocasionado en virtud de

una actuación negligente, imperita o imprudente del galeno representada en que el acto médico en cuestión no atendió a los postulados de la *lex artis ad hoc* que le eran exigibles conforme a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y disposición de recursos en que se desarrolló la actuación médica. Es decir, estamos frente a un daño antijurídico novedoso, que se fundamenta en la culpa administrativa y no en una causal legal o jurisprudencial justificante que imponga al administrado el deber jurídico de soportarlo. Desde luego, no está de más precisar que los daños ocasionados en el ejercicio médico nunca (o al menos no se ve de qué manera) tendrán una justificación legal que impongan al administrado la carga de soportarlo, es decir, dichos daños nunca serán antijurídicos en el estricto sentido de la concepción clásica con que la jurisprudencia contencioso administrativa denota la antijuridicidad. De esta manera hacemos un llamado para avanzar en la claridad de los conceptos, dejar de lado el juego de palabras y propender por un consenso conceptual que den uniformidad y seguridad jurídica tanto a la administración como a los particulares en este complejo tema donde los derechos indemnizatorios de la víctima y el real deber indemnizatorio de la administración deben equilibrarse propendiendo, en todo caso, hacerle honor al ideal de justicia que debe regir con especial énfasis estos particulares eventos de responsabilidad estatal.