

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO
DEMANDADO: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL CESAR
RADICADO: 20-001-33-31-006-2008-00296-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de fecha veinte (20) de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Valledupar, por medio de la cual se inhibió de pronunciarse sobre el fondo del asunto por caducidad de la acción.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Narró el apoderado de la parte actora, que el señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, nació el día 29 de diciembre de 1988, con labio leporino y paladar hendido, por lo que fue sometido a varios procedimientos quirúrgicos, tales como Osteotomía de Lefor II, con fijación interna, y Osteotomía de Lefor II con colocación de distractor óseo, las cuales fueron ordenadas por el Instituto de Seguros Sociales al cual se encontraba afiliado.

Adujo, que el señor Fernández Bravo tuvo un diagnóstico de Retrognatismo de maxilar superior, razón por la que el gerente del ISS- Seccional Cesar ordenó a la gerencia de la Clínica del Cesar, la prestación del servicio denominado "AVANCE DE MAXILAR SUPERIOR. SEPTORRINO PLASTIA Y RETIRO DE DISTRACTORES OSTEOGÉNICOS", la cual debería ser realizada por un cirujano plástico y un cirujano maxilofacial.

Manifestó, que contrario a lo anterior, la cirugía fue practicada el día 29 de junio de 2006, únicamente por un cirujano maxilofacial, siendo dado de alta el 5 de julio de 2006, y manifestándosele a los familiares, que la intervención había sido un éxito, pero que se debía esperar de 6 meses a 1 año para notar los resultados.

Indicó, que luego de pasado 1 año de la cirugía, se dieron cuenta que ésta había empeorado la situación médica del joven, pues luego de ello, no puede ingerir alimentos de la misma manera en que antes lo hacía, pues éstos se le salen de su boca, sin que el ISS o el médico cirujano den explicaciones al respecto.

Arguyó, que previo a la intervención quirúrgica ni el paciente ni los familiares fueron informados sobre los riesgos de la cirugía, además tampoco les solicitaron el consentimiento informado, por lo que el paciente no tuvo la oportunidad de escoger lo que voluntariamente y con suficiente ilustración le pareciera correcto.

En virtud de lo anterior, adujo que tanto el señor Fernando Enrique Fernández Bravo como su familia, se han visto en una depresión, más el directamente afectado, pues vio cómo su defecto físico aumentó, lo que le ha generado congoja, sufrimiento, ausentismo, por lo que solicitan que la entidad demandada responda por el daño que les fue ocasionado.

2.2.- PRETENSIONES.-

Se solicita en la demanda que se declare al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Cesar, administrativamente responsable del daño corporal causado a FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, por la deficiente prestación del servicio de salud del que fue víctima.

Que como consecuencia de lo anterior, se le condene a pagar a los demandantes, los perjuicios de orden moral, materiales, fisiológicos y daño a la vida de relación que les fueron causados.

Finalmente solicitan, que la condena sea actualizada conforme al artículo 178 del CCA, se reconozcan intereses de mora, que la sentencia se cumpla en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del CCA y que se condene en costas y agencias en derecho.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La apoderada del Instituto de Seguros Sociales contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto no estaba legitimado en la causa por pasiva, pues de los hechos narrados se desprendía que quien practicó la cirugía fue la Clínica del Cesar, limitándose el ISS a prestar los servicios requeridos por el usuario.

Propuso como excepciones: *"Falta de causa para pedir, ausencia de culpa, caducidad de la acción."*

Finalmente, llamó en garantía a la Clínica del Cesar.

3.2.- CONTESTACIÓN DE LA LLAMADA EN GARANTÍA.-

El apoderado de la Clínica del Cesar se opuso a las pretensiones invocadas en la demanda y al llamamiento en garantía formulado como quiera que esa entidad no era contractual ni extracontractualmente responsable, por lo tanto no causó ningún perjuicio a los actores, siendo realizada la cirugía de acuerdo a la *lex artis* vigente al momento de los hechos.

Propuso como excepciones: *"caducidad de la acción, diligencia y cuidado en la atención del paciente por parte del centro hospitalario como ausencia de culpa en"*

la producción y supuesto de inexistencia del nexo causal entre el resultado y la actividad médica, inexistencia de los elementos hecho, daño, culpa y nexo causal en el acto médico desplegado."

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Valledupar, luego de efectuar un análisis jurisprudencial y probatorio del asunto, determinó que en el proceso había operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, como quiera que la ocurrencia de los hechos se remontó al día 29 de junio de 2006, por lo que los dos años fenecían el 30 de junio de 2008, pero la demanda fue presentada el 28 de julio de 2008, sin que para la época de presentación de la misma hubiese entrado en vigencia la Ley 1395 de 2010, por lo que no era requisito presentar previamente la conciliación extrajudicial.

V.- RECURSO DE APELACIÓN.-

El apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación persiguiendo que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

Indica, que el Consejo de Estado ha abordado el tema de la caducidad de la acción cuando se demanda la responsabilidad producto del acto médico, posición que no ha sido pacífica al interior de ese máximo Tribunal, pero en casos como el presente, en donde la actuación causante del daño no se agota con la prestación del servicio médico hospitalario, ni se sabe a ciencia cierta cuál es el daño que se le generó al paciente, esta Corporación ha indicado que ese daño no es instantáneo debiendo contarse la caducidad desde que el daño es efectivamente advertido.

Trae a colación diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, para fundamentar lo anterior.

En relación con el caso concreto agrega, de acuerdo al testimonio del médico que intervino al actor, que el avance en la recuperación del mismo depende de varias cirugías, que progresivamente van a ir remediando la patología inicial, por lo que los efectos o resultados de tales procedimientos no pueden ofrecer certeza del éxito o fracaso de los mismos al instante, sino que el resultado final bien sea adecuado o dañoso se prolonga en el tiempo, que para el caso se señaló podía ser de 6 meses a 1 año, por lo que la caducidad debía contabilizarse a partir de allí.

Concluyó, que la demanda fue presentada de manera oportuna, por cuanto sólo se supo si el procedimiento había sido un éxito o fracaso luego de 6 meses y concretamente los daños que pudieron generársele fueron certificados por el maxilofacial particular en el mes de mayo de 2009.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Sólo presentó sus alegaciones finales el apoderado de la parte actora para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 47 Judicial Para Asuntos Administrativos, no se pronunció al respecto.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Consiste en determinar en primer lugar, si en el presente asunto se encuentra o no configurado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, para ello, es menester analizar lo que tiene decantado el Consejo de Estado cuando la acción de reparación directa tiene fundamento en lesiones o daños derivados de la actuación médica.

En caso de no encontrarse configurado dicho fenómeno, se entrará a analizar el fondo del asunto, esto es, si el extinto Instituto de Seguros Sociales y la Clínica del Cesar, pueden ser declarados responsables por la supuesta falla en el servicio médico derivada de la cirugía denominada "AVANCE DE MAXILAR SUPERIOR, SEPTORRINO PLASTIA Y RETIRO DE DESTRUCTOROS OSTEOGÉNICOS", que le fue practicada al señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO el día 29 de junio de 2006, la cual supuestamente fue la causante de las actuales secuelas que éste presenta y que agravó aparentemente su aspecto físico funcional producto de la patología de labio leporino y paladar hendido con la que nació.

8.3- CUESTIÓN PREVIA.-

Tal como se indicó, previo a analizar el fondo del asunto, este Tribunal considera necesario estudiar el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción de reparación directa instaurada.

Así las cosas, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados – decía la norma en la época de presentación de la demanda- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

Ahora bien, en la sentencia de primera instancia, el a quo declaró probada la excepción de caducidad de la acción al considerar que el supuesto hecho dañino acaeció el 29 de junio de 2006, fecha en la cual se le practicó al demandante la intervención quirúrgica que supuestamente agravó su aspecto físico y funcional derivado de su patología de labio leporino y paladar hendido, por lo que el término para accionar fenecía el 30 de junio de 2008 y que como la demanda se presentó el 28 de julio de 2008, ya habían transcurrido los dos (2) años previstos en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, para incoar la acción de reparación directa.

Por su parte, el apelante considera que, si bien es cierto, la cirugía fue practicada el día 29 de junio de 2006, a partir de esa fecha no se tuvo conocimiento y certeza

del daño sufrido, debiéndose empezar a contar el término de caducidad luego de transcurridos los 6 meses a 1 año que el galeno señaló como límite para ver los resultados de la intervención.

Así las cosas, a fin de adoptar la decisión correspondiente, estima la Sala necesario reiterar los criterios fijados para hacer el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa, cuando tiene fundamento en lesiones o daños derivados de la actuación médica.

En efecto, el Consejo de Estado ha destacado la relación existente entre el conteo del término de caducidad, la naturaleza del daño y el momento en que el mismo se configura, a partir de lo cual ha señalado¹:

"3.1. El término de caducidad que se contabiliza a partir de la ocurrencia del daño ("fecha en que se causó el daño") La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.

En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce..." (Sic para lo transcrito)

Corolario con lo anterior, el máximo Tribunal también ha indicado, que el conteo del término de caducidad en la acción de reparación directa debe hacerse en consideración a si el hecho generador del daño produce efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables o, por el contrario, dichos efectos son mediatos, prolongados en el tiempo², así precisó:

"En ese entendido, el argumento expuesto por el a quo para rechazar la demanda no fue acertado, pues la interpretación del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo no puede hacerse en la forma exegética como se hizo, pues cuando se trata de establecer la caducidad de la acción de reparación directa tomando como referencia el acaecimiento de un hecho, hay circunstancias que flexibilizan el sentido de la norma. En efecto, hay casos en que ésta puede tener una aplicación literal absoluta, como cuando del hecho por el que se reclama indemnización de perjuicios se derivan efectos inmediatos e inmodificables - V. gr. que en el instante mismo en que se produce el hecho determinado, muera una persona -. En este caso es incuestionable que el término de la acción de reparación directa debe tomarse en consideración a la fecha en que se produjo la muerte, es decir, la misma del hecho. Pero hay casos en que la situación varía, como en el de la referencia, en que si bien se tiene un referente en cuanto a la fecha en que se produjo el hecho, es lo cierto que sólo el transcurso del tiempo y

¹ Sentencia de 18 de octubre de 2007. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sección Tercera. Radicación No: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG).

² Sentencia de 19 de julio de 2006, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación N° 44001-23-31-000-2004-00415-01(28836).

otras circunstancias particulares, como el prolongado tratamiento médico a que fue sometido el demandante, muestran con certeza la magnitud o consecuencia del hecho y, por ende, los perjuicios por los que la parte interesada reclama la indemnización". (Sic, subrayas fuera del texto)

Posición que recientemente ha sido ratificada, en el siguiente sentido:

"Ahora bien, en tratándose del cómputo de caducidad del término de acción de reparación directa, la jurisprudencia de la Sección ha establecido que, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios solo surge a partir de cuando estos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria.

Así pues, en estos eventos se ha establecido que el término de dos años previsto en la ley no podrá empezar a contabilizarse a partir del "acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa", sino a partir del momento en que el daño adquiere notoriedad -cuando esta última no coincide con la causación de aquel, es decir, cuando a pesar de haberse producido, la víctima se encuentra en la imposibilidad de conocerlo -, o cuando aquel se entiende consolidado -en los eventos en que el daño se prolonga en el tiempo -, circunstancias que se analizan teniendo en cuenta las particularidades de cada caso."³ (Sic para lo transcrito)
(Subrayas fuera del texto)

Descendiendo al caso materia de estudio, encuentra la Sala que los demandantes el día en que le fue practicada la cirugía al señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, no pudieron conocer cuáles serían los resultados de la misma, pues como ellos señalaron en la demanda, fue luego de transcurridos 6 meses, tiempo estimado por el galeno en que se podrían notar los resultados, entonces, a partir de allí fue que se dieron cuenta que la intervención aparentemente no había arrojado los resultados esperados y que al parecer le generó un problema mayor al que tenía antes de la operación, hecho al cual le atribuyen el daño ocasionado.

En ese orden de ideas, atendiendo el precedente jurisprudencial en cita, considera la Sala que el término de la caducidad no puede contabilizarse a partir del día 29 de junio de 2006, fecha en la cual se le practicó la cirugía, sino luego de transcurrido 6 meses adicionales, es decir, a partir del 29 de diciembre de 2006, pues en esa fecha aproximada tuvieron conocimiento cierto de que los resultados, según ella, no fueron los esperados.

Así las cosas, al contabilizar el término de los 2 años para incoar la demanda de reparación directa, tenemos que éste vencería el día 30 de diciembre de 2008, no obstante la demanda fue impetrada el día 28 de julio de 2008⁴, es decir que no se configuró el fenómeno de la caducidad de la acción.

En consecuencia, ha de concluir la Sala que por haberse interpuesto la demanda el 28 de julio de 2008, la misma se presentó dentro de los dos años que establece la ley para ese efecto, razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada, procediéndose a analizar el fondo del asunto.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

³ Sección Tercera, Consejo de Estado, radicado: 660012331000200800153 01 (54.781), de fecha treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017), M.P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

⁴ Ver acta individual de reparto folio 41.

Ahora bien, en primer lugar, resulta pertinente establecer el régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales, razón por la cual, es necesario traer a colación lo expuesto sobre el tema por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal medio de control, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir, que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.

De lo anterior, se observa entonces que no importa si el actuar de la administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.

Al respecto, el principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual ésta surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: El daño antijurídico sufrido por el interesado, la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Ahora bien, visto lo anterior, es pertinente establecer que sobre el tema de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, se observa que el mismo ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años, puesto que inicialmente, se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios médicos asistenciales, como el causado por actos médicos propiamente dichos, hasta que en 1992 la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos.

Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma, cuando se trata de establecer una responsabilidad médica, en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento falla del servicio, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio.

Acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de demostrar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo

falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero⁵; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta.

Posteriormente, en sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878, el Consejo de Estado consideró que la aplicación en términos de las cargas probatorias, tal y como se venía manejando por la jurisprudencia, podía conducir a desvirtuar su propio fundamento, porque existían casos en los cuales "...los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente..." no tenían implicaciones técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo procedente era que él lo hiciera y que también en estos casos no se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Así dijo en esa ocasión el Consejo de Estado, en sentencia del 1º de julio de 2004⁶:

*"Así las cosas, se concluye 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 este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial."*⁷

De igual forma, en sentencia del 13 de julio de 2005⁸, señaló:

"Quiere decir lo anterior, que la Sala retomó el régimen jurídico probatorio aplicable en materia contencioso administrativa, teniendo en cuenta para ello que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, "En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".

Específicamente sobre el deber de probar los hechos fundamentales del proceso, el artículo 177 del C.P.C. establece que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", consagrando así el principio de la carga de la prueba, según el cual, al demandante le corresponde acreditar los hechos en los cuales edifica sus pretensiones.

De acuerdo con lo anterior, aún tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de una actividad médico asistencial a su cargo, cuando se demande buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño

⁵ Sentencia del 30 de julio de 1992, Expediente 6897. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez.

⁶ Expediente 14696. MP: Alier E. Hernández E.

⁷ 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.

⁸ Consejo de Estado Expediente 13.542 (R-1243). Actor: Ángela Patricia Gómez y/o; M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias estatales, por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponderá al interesado probar los extremos de tal responsabilidad; es decir, la existencia del daño antijurídico, y su imputabilidad a la parte demandada.

Dicha exigencia legal en materia probatoria, se ve morigerada en aquellos casos en los cuales, por razones de equidad, deba ser la entidad demandada quien asuma la carga probatoria, porque en razón de las especiales características del hecho a acreditar a ella le resulte más fácil aportar los medios de prueba mientras que para el demandante representaría una carga excesiva, como sucede por ejemplo, con las incidencias de los procedimientos quirúrgicos, que se adelantan a puerta cerrada en salas a las que sólo ingresa el personal autorizado y el paciente que será sometido a cirugía, y que por la misma razón no está en condiciones de enterarse de nada de lo que allí suceda”.

De esta manera, en relación al nexo causal entre el daño y la actividad estatal, debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello “...que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”⁹.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció al respecto mediante sentencia del 9 de febrero de 2011, expediente 18793, en el siguiente sentido:

“(...) 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

⁹ Sentencia Consejo de Estado de 14 de junio de 2001. Expediente 11.901.

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 representen costos para las partes.¹⁰ (Subrayas fuera del texto original).

En conclusión, es claro que en la medida en que el demandante alegue que existió una falla por actos médicos que le produjo un daño antijurídico, por el cual reclama una indemnización, deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta, por lo cual, en aras de puntualizar el caso, la Sala analizará la responsabilidad de las entidades demandadas teniendo en cuenta el acervo probatorio arrojado al proceso, que permita determinar si se configura o no la responsabilidad de éstas, con base en lo reglado por la jurisprudencia nacional. Así se tiene como probados los siguientes hechos:

Que el Instituto de Seguros Sociales solicitó el día 9 de junio de 2006 a la Clínica del Cesar, la prestación del servicio de intervención quirúrgica a favor del señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, denominada "AVANCE MAXILAR SUPERIOR, SEPORINOPLASTIA, RETIRO DE DISTRACTORES OSTEOGÉNICOS". (Folio 4)

De igual forma, se allegó la historia clínica por parte de la Clínica del Cesar (folios 5 a 28), en donde se pone en evidencia, que el actor ha sido intervenido quirúrgicamente en diferentes ocasiones con el fin de reconstruir todo lo que su patología de labio leporino y paladar hendido le ha dejado, así: el 25 de marzo de 2006, se practicó la cirugía Facial I secuelas por paladar hendido más osteosíntesis Lefor II con fijación interna, ante el diagnóstico de hipoplasia de tercio medio; el 5 de abril de 2006, le fue practicada la cirugía denominada Osteotomía Lefor II con colocación de distractor óseo; el 10 de abril de 2006, fue programado para otra intervención quirúrgica llamada avance maxilar superior por hipoplasia maxilar por secuelas de paladar hendido, el 29 de junio de 2006 le fue practicada la cirugía denominada "AVANCE MAXILAR SUPERIOR, SEPORINOPLASTIA, RETIRO DE DISTRACTORES OSTEOGÉNICOS", en donde intervino cirugía maxilofacial y cirugía plástica, cuyos resultados son atacados a través de la presente demanda.

Se acreditó, que el paciente luego de la última cirugía, permaneció internado en la Clínica del Cesar bajo control por parte de los galenos, habiendo sido dado de alta el día 5 de julio de 2006, dejando señalado la epicrisis visible a folio 15, que el procedimiento fue efectuado sin complicaciones, que el paciente tuvo una evolución favorable durante el tiempo en el que estuvo internado y la salida fue dada bajo recomendaciones médicas.

De igual forma, fueron aportadas unas fotografías del actor, sin que en ellas se vislumbre la fecha en que fueron tomadas. (Folios 29 a 35)

Así mismo, fueron escuchados en testimonio los señores EDGARDO TOLOZA FRAGOZO, GLADYS MARÍA PADILLA PÉREZ, HERNANDO RAFAEL OSORIO GONZÁLEZ, LUISA ESTHER AMARIS GALLARDO y TERESA SEGUNDA HERRERA BALLESTEROS (folios 212 a 219 y del 224 a 229, del 234 a 237),

¹⁰ 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).

declaraciones que se pueden resumir de la siguiente manera:

- EDGARDO TOLOZA FRAGOZO: Sobrino del apoderado de la parte actora, razón por la cual su testimonio fue tachado de sospechoso por el apoderado de la Clínica del Cesar. Manifestó que conoció desde niño al actor en Curumaní, como un niño inquieto, alegre, que a pesar de su problema era feliz, que su mamá trabajaba para darle todo a su hijo, razón por la que se esmeró para poder pagarle el tratamiento para mejorarle su salud. Indicó, que tiene una relación de amistad con el actor, pero que ya no es como antes por cuanto se cambió de ciudad. Sobre la cirugía manifestó que no sabía qué tipo de intervención era, ni en qué fecha se la practicaron, sólo que buscaban corregirle el labio leporino, en el año 2006.

- GLADYS MARÍA PADILLA PÉREZ: Quien es madrina del actor. Señaló que conoce al demandante desde niño, que sabe de su problema desde que nació y todo lo que sufrió después de la intervención quirúrgica que le practicaron, por cuanto antes de ello no tenía el paladar abierto como lo tiene ahora, la comida y los líquidos se le salen lo cual no ocurría con anterioridad, tiene la nariz torcida razón por la que indicó, el actor se ha tornado agresivo, culpa a su mamá por haberlo sometido a esa cirugía, no quiere salir a la calle. Indicó con relación al día de la cirugía que luego de ella, el actor permaneció varios días en la clínica, que él fue valorado por un cirujano maxilofacial y un cirujano plástico. Al indagársele si con posterioridad a la intervención el paciente consultó con el galeno para que lo siguiera tratando, ésta manifestó que no, que él no consultó.

- HERNANDO RAFAEL OSORIO GONZÁLEZ: Fue el cirujano maxilofacial que intervino en diferentes oportunidades al señor Fernando Enrique Hernández Bravo, entre ellas, la realizada el día 29 de junio de 2006, la cual se ataca en el presente proceso. Sobre la cirugía manifestó: *"...lo conocí de un principio que llegó a mi consulta por medio del Seguros Social, con secuelas de la patología de labio paladar hendido compleja por ser bilateral, se le ordena una ortodoncia prequirúrgica, previa para la cirugía, que es corrección de deficiencia del tercio medio facial, se interviene en lo que respecta a la cirugía ortognática, obteniéndose buenos resultados, luego se ordena remisión a cirugía plástica al cual también intervienen, después de obtener excelentes resultados, no lo volvimos a ver más hasta ahorita con la demanda esta. (...)Él tenía una patología en la nariz, secuela de la patología de origen genético que es competencia del cirujano plástico, el cual fue intervenido por el doctor JOSÉ ALFREDO CASTRO, yo le ordené la interconsulta y él intervino.(...)cada vez que se hace un procedimiento a veces no se consigue el cierre del labio o el paladar opr la falta de tejido óseo de origen genético, de ahí que es factible que se haga en el mismo sitio y con distintas dificultades la misma cirugía, que depende de elasticidad del hueso, la cantidad de hueso, lo complejo de la patología o dientes adyacentes incluidos en el sitio de la cirugía. Cada vez que se va a hacer este tipo de cirugías se le informa al paciente y en este caso se le informó también a la madre que era la más interesada (...) El diagnóstico es retronato tercio medio facial (como una hipoplasia) secuelas de la patología genética con la cual él nació, que es labio y paladar hendido severo, ya que es bilateral, se le practicó avance del tercio medio facial con el concurso de colocación de distractores osteogénicos. (...) es factible que en los sitios donde no haya hueso no tenga soporte para correrlos y pueda tener una secuela, es decir, de ese lado no corre hueso y no quiere decir que esté mal intervenido, esto se debe al defecto óseo inherente a ese tipo de patología. (...) Se le practicó una osteotomía a nivel de tercio medio facial y del lado izquierdo no se encontró hueso calcificado, era cartilaginoso, secuelas de la patología, se le pudo colocar dos distractores osteogénicos para avance progresivo de tercio medio, lo que refiere a labio, paladar, comunicación oroantral y oronasal y dientes incluidos o retenidos son secuelas de la patología inicial y no*

del procedimiento quirúrgico." (Sic, resalta la Sala). De igual forma el testigo respondió, cada una de las preguntas efectuadas por el apoderado de la parte actora, específicamente sobre las secuelas que señaló el doctor RICARDO MORALES LATORRE, de la Clínica Carlos Ardila Lulle, concluyendo siempre que está de acuerdo con esas secuelas que padece el actor, pero que éstas no son consecuencia de la intervención que le fue practicada, sino de la patología que presenta desde el nacimiento. De igual forma indicó: *"Los pacientes que tienen la patología de labio y paladar hendido son múltiples las cirugías que se les hacen desde que esta patología aparece y depende de los resultados de cada cirugía que se vaya haciendo, es cuando sabemos las posibles cirugías que se le pueden seguir haciendo, pero por muchas cirugías que se les practiquen, nunca se llega a corregir a un ciento por ciento, es decir, no son satisfactoria ni para el paciente, ni el familiar, ni el cirujano más experimentado, porque son patologías como su nombre lo indica, dejan secuelas físicas y psicológicas."* (Sic)

- LUISA ESTHER AMARIS GALLARDO: Señaló que conoce a los demandantes, indicó que al actor lo conoce desde niño, que conoció que tenía el problema en la boca y el paladar, que él se sentía mal con los otros niños. Indicó que no sabía en qué clínica ni que médico operó al demandante, pero que si sabe que después de ella, él no quedó igual, se volvió retraído, no quería ir más al colegio y ahora mayor toma mucho.

- TERESA SEGUNDA HERRERA BALLESTEROS: Señaló que era amiga de los demandantes, fue profesora del actor en su niñez. Indicó, que él en su infancia no era acomplejado, era muy sociable, hasta cuando se le practicó la cirugía pues su cambio no sólo fue físico sino emocional, pues ya no se relacionaba con sus compañeros, no se quería dejar ver.

Ahora bien, lo primero que advierte este Tribunal, es que el testimonio del señor EDGARDO TOLOZA FRAGOZO fue tachado de sospecho por el apoderado de la parte actora, por cuanto es sobrino del abogado de la parte demandante, por lo que es menester resolver dicha tacha.

Al respecto, se tiene que por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, resulta aplicable al presente asunto lo establecido en el artículo 211 del Código General del Proceso, que dice:

"ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (Sic).

De igual manera, es preciso mencionar lo señalado por el Consejo de Estado, en relación con la actitud que debe asumir el juez ante un testigo considerado como sospechoso. Así en sentencia de fecha 2 de septiembre de 2010¹¹ se dijo:

"Respecto del tema de "testigo sospecho", dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 1ª. Radicación 11001 03 24 000 200700191 00 C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

testigo que se pueda calificar de "sospechoso", ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso¹²." (Sic).

De conformidad con lo anterior, para la Sala, el testimonio del señor EDGARDO TOLOZA FRAGOZO sí afecta su imparcialidad, pues al ser sobrino del apoderado de la parte actora, es evidente que su declaración puede dirigirse a favorecer a su pariente, más cuando se observa que el testigo, no conoce detalles de la intervención quirúrgica, las posibles fallas que ésta pudo tener, no mencionó nada sobre las posibles secuelas que puede tener en estos momentos el actor, pues como él mismo admitió, su amistad cercana lo fue hasta su niñez, sin que en la actualidad tenga algún tipo de contacto con el demandante, por lo tanto, no puede dar certeza de cuál es su condición física y/o fisiológica en estos momentos.

Por ello, la declaración de este testigo no será tenida en cuenta, sin que con ello se entienda que se esté culpando de faltar a su verdad. Los demás testimonios serán analizados más adelante.

De igual forma, se practicó al interior del proceso, el interrogatorio de parte al señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO y LEONOR BRAVO HERRERA (folios 230 a 233), quienes señalaron lo siguiente:

- FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO: Confirmó las intervenciones quirúrgicas que le fueron realizadas los días 25 de marzo de 2006 y 5 de abril de 2006, que en esos procedimientos intervino también un cirujano plástico para adelantar la reconstrucción de los tejidos afectados por su patología de labio leporino, que con posterioridad a la última intervención quirúrgica regresó donde el doctor pero éste le comunicó que había quedado bien operado, que el galeno antes de la cirugía le informó sobre la patología que presenta así como de la cirugía a realizar pero que no le dijo cómo iba a quedar.

- LEONOR BRAVO HERRERA: Madre del señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO. Dijo que su hijo fue intervenido a una cirugía reconstructiva por parte de un cirujano maxilofacial y un cirujano plástico, que el doctor el 29 de junio no le dijo la finalidad de lo que buscaba con la cirugía, sólo que le iba a retirar el distractor óseo que le había puesto en el maxilar superior. Que luego de la cirugía su hijo quedó peor, que no quiso seguir estudiando, que antes quería ser un profesional, que ella se ha sacrificado mucho por él y lo único que persigue es que le arreglen su problema.

¹² Expediente Rad. núm. 2003-01445, Actor: Carlos Campos Martínez, Consejera ponente: Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, Sección Primera, Consejo de Estado.

Al expediente se allegó, un oficio remitido por el doctor RICARDO MORALES LATORRE de la Clínica Carlos Ardila Lulle, quien enumeró los hallazgos que presenta el actor, así como el diagnóstico que presenta en la actualidad y las recomendaciones que éste requiere. (Folios 222 y 223)

Finalmente fue practicado un informe pericial por parte del cirujano maxilofacial FREDDY HERRERA BARRIOS (folios 407 y 422), el cual fue posteriormente aclarado, así:

"...PRESENTA: MALOCLUSION CLASE III OPR RETRUSION DEL MAXILAR SUPERIOR Y MORDIDA CRUZADA POSTERIOR, ASOCIADA A FISURA LABIO ALVEOLO PALATINA, ADEMÁS PRESENTA GRESION DE LATERALES SUPERIORES Y MALPOSICION DENTARIA.

POR LO TANTO ME PERMITO COMUNICARLE QUE REQUIERE DE TRATAMIENTO INTERDISCIPLINARIO DE: ORTODONCIA, CIRUJANO MAXILO FACIAL Y CIRUGIA PLASTICA, PARA CORREGIR ALGUNAS SECUELAS QUE A TRAVES DEL PRECARIO INFORME CLINICO SE PUEDEN APRECIAR." (Sic)

"DESCONOZCO EL MONTO TOTAL DEL TRATAMIENTO YA QUE ESO VARIA DE ACUERDO AL EQUIPO MEDICOQUIRURGICO TRATANTE E IGUALMENTE LE COMUNICO QUE EXISTEN CENTROS ESPECIALIZADOS EN EL TRATAMIENTO DE ESTAS ANOMALIAS AL IGUAL QUE ALGUNOS CIRUJANOS MAXILO FACIALES DEDICADOS A ESTAS MALFORMACIONES Y SECUELAS (...)" (Sic)

Pues bien, en aras de acreditar el daño antijurídico ocasionado a la parte demandante, como primer requisito para que sea viable la declaración de la responsabilidad de una entidad pública, por una actuación que haya dado lugar a su producción, observa la Sala, que no existe prueba alguna en el plenario que nos indique como pudo haberse afectado la salud del señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, con posterioridad a la intervención quirúrgica que le fue practicada el día 29 de junio de 2006, pues al interior del plenario se echa de menos material probatorio que indique cuáles fueron las posibles secuelas que quedaron de dicha intervención, sin que éstas puedan confundirse con las que surgen como consecuencia directa de la patología que padece.

En efecto, el Tribunal no atisba ningún medio probatorio que permita dar certeza del aspecto físico y funcional que tenía el señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, antes de la cirugía cuestionada, pues si bien se aportaron unas fotografías del mencionado señor, éstas no tienen reporte de fecha alguna, que nos pueda dar credibilidad de la circunstancia que se pretende probar, esto es, su real condición con posterioridad a la cirugía practicada.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal echa de menos, fotografías pre y post de la intervención quirúrgica en donde se detalle la patología antes y después del procedimiento, las radiografías del actor pre y post de la cirugía, así como también se echa de menos, una evaluación o análisis clínico posterior efectuado ya sea por el médico tratante u otro distinto del cual no quede duda de las supuestas secuelas que se aduce quedaron luego del procedimiento quirúrgico practicado, o en su defecto que el demandante hubiese quedado mal intervenido.

Se aclara, que si bien en el proceso se aportó, un informe emitido por parte del cirujano maxilo facial RICARDO MORALES LATORRE, el cual fue practicado en forma particular tal como mencionaron los actores, también lo es que ello por sí sólo no constituye una prueba irrefutable que nos permita concluir la supuesta mala intervención quirúrgica practicada y que esas secuelas allí descritas sean

como consecuencia de una mala praxis, pues tal como indicó el galeno que intervino quirúrgicamente al actor, quienes padecen una patología de esa magnitud desde su nacimiento, deben someterse a múltiples intervenciones quirúrgicas y las secuelas que se van presentando no siempre son producto de que el paciente hubiese quedado mal intervenido, sino que es producto de esa enfermedad congénita que éstas se van presentando, siendo necesario que el paciente continúe en control para verificar qué otras intervenciones requiere.

Corolario con lo anterior, la Sala observa que al parecer el paciente hoy demandante, luego de la última intervención quirúrgica no regresó a su respectivo control, ello en aras de verificar luego de transcurrido un tiempo prudencial, si éste necesitaba más cirugías reconstructivas para tratar la patología de paladar y labio hendido, esto fue señalado por testigos y por el cirujano que practicó el procedimiento, sin que la parte actora hubiese probado lo contrario.

En esas condiciones, el Tribunal desconoce cuáles fueron las posibles secuelas que el actor padece en la actualidad y que en caso de padecerlas, éstas tengan relación directa con el procedimiento quirúrgico practicado el día 29 de junio de 2006 o si por el contrario fue su actuar omisivo el que ha permitido que la patología avance al no haber regresado más a los respectivos controles.

Además de lo narrado, si bien al interior del proceso se realizó un informe pericial por parte de un cirujano máxilo facial, también lo es que las conclusiones a las cuales el profesional arribó, tampoco permiten demostrar la supuesta falla en el servicio en la cirugía reconstructiva que se ataca, por el contrario, lo único cierto es que en él se corrobora que el demandante requiere de otros tratamientos interdisciplinarios, tales como, ortodoncia, cirugía máxilo facial, cirugía plástica, experticia que confirma además lo afirmado por el galeno en el testimonio recaudado y que ratifica el informe que el cirujano máxilo facial contratado de forma particular también precisó, sin que sea posible concluir que por el hecho de necesitar de otros procedimientos, necesariamente deba admitirse que las anteriores intervenciones quirúrgicas hubiesen fallado, pues se itera, no existe probanza alguna al interior del plenario que así lo determine.

Por el contrario, la historia clínica arrimada al proceso por parte de la Clínica del Cesar, no avizora reproche alguno sobre cualquiera de las cirugías practicadas al señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO, ni tampoco en el servicio asistencial y médico que se le prestó, advirtiéndose solamente que la atención médica, asistencial, hospitalaria fue adecuada, sin ningún tipo de complicación reportado, y tampoco los demandantes atacan dicha asistencia en el libelo introductorio.

Ahora, si bien se aduce en la demanda que previo a la intervención quirúrgica a los demandantes no se les informó nada de la cirugía que se iba practicar ni se les hizo firmar el consentimiento informado, también lo es que este argumento fue desvirtuado por los mismos demandantes al momento de rendir sus declaraciones, pues señalaron que el médico sí les informó sobre ella pero que supuestamente no les explicó cuáles serían los resultados obtenidos, lo cual desvirtuó el galeno en su declaración, es decir, no existe ninguna otra prueba que corrobore sus dichos.

Además de ello, la demanda también señala que la cirugía reprochada debía ser practicada por un cirujano máxilo facial en compañía de un cirujano plástico y que ello no se efectuó, no obstante, al indagársele a los demandantes en el momento del testimonio si ello era cierto, éstos categóricamente aseguraron que no lo era, pues confirmaron que en la cirugía sí estuvieron presentes los dos especialistas.

Ahora, si bien en el proceso se recibieron declaraciones de testigos que afirman que el señor FERNANDO ENRIQUE HERNÁNDEZ BRAVO no fue el mismo con posterioridad a la cirugía que se le practicó, pues supuestamente el paladar antes no lo tenía abierto y después del procedimiento sí, lo que hace que los alimentos que ingiere se le salgan de la boca, también lo es que para que tales afirmaciones puedan ser valoradas y tenidas en cuenta como determinante del daño, es necesario que sus declaraciones estén soportadas con otros medios probatorios que las respalden, y, en el asunto de autos tal como se ha señalado, tal fuerza probatoria no existe.

Así las cosas, basándonos exclusivamente en el material probatorio aportado con la demanda, no es posible concluir que en el asunto de autos hubiese existido una falla en el servicio que permita infligir responsabilidad sobre las entidades demandadas, pues no se probó el primer elemento para que ella pueda declararse, como lo es el daño, concluyéndose que la responsabilidad implica en forma inequívoca un hecho con suficiente eficacia para generar un resultado, aspecto que en el sub examine no se evidencia.

En consecuencia, se repite, no es posible endilgar responsabilidad a las entidades demandadas, teniendo en cuenta que, la parte actora no asumió la carga probatoria que le correspondía para probar los hechos objeto del presente medio de control, por consiguiente, al estar ausente la prueba del daño, las pretensiones de la demanda están condenadas al fracaso.

Con respecto a ello, no debe olvidarse, que es un principio de derecho probatorio, que para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, es menester demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso Colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones. Todo esto en virtud de que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que consagra el principio de la carga de la prueba, terminantemente nos dice que: "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...*", hoy artículo 167 del Código General del Proceso.

Debe recordarse, que la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, de acuerdo con el artículo 167 del C.G.P., y si bien la ley faculta al juez para decretar pruebas de oficio, tal posibilidad no puede convertirse en un instrumento que supla, en su totalidad, las obligaciones que corresponden a las partes en el proceso.

Sobre el deber que le asiste al demandante de acreditar los hechos en que fundamenta su demanda, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de 30 de noviembre de 2006, número interno 16626, Actor: Ramón Fernández Fernández y otro, citando la sentencia del 4 de mayo de 1992 de esa misma Corporación, manifestó:

"Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probandi o carga de la prueba". (Sic).

Por otro lado, esa misma Corporación se ha referido a la carga de la prueba basada en el principio de auto responsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable¹³:

"Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de 'servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales'¹⁴, la Constitución de 1991 'lo elevó a rango constitucional' en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano 'Idemest non esse aut non probari', igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas"¹⁵.

"Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que 'son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba'¹⁶. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones."¹⁷(Sic).

Entonces la carga de la prueba, como regla de juicio, que indica a las partes la responsabilidad que tiene para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa, resulten probados, son los elementos necesarios para que la parte demandante obtenga favorablemente sus pretensiones, pues quien bien prepara la demanda sabe de antemano cuáles hechos le interesan que aparezcan demostrados en el proceso, y por tanto sabe de la necesidad de que así sea.

En consecuencia, como no se probaron los hechos aducidos en el libelo demandatorio por parte de los demandantes, no procede la declaración de responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas en este proceso, razón por la cual este Tribunal revocará la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, de fecha veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018), que declaró probada la caducidad de la acción, y, negarán las súplicas de la demanda por las razones aquí anotadas.

¹³ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág 147.

¹⁴ "LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15."

¹⁵ "Ibidem."

¹⁶ "Op. Cit. Pág. 26."

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 171 DEL CCA.- HOY ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

Como no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, no procede la condena en costas.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 20 de marzo de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

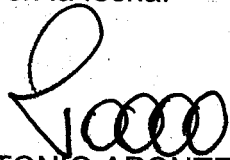
SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda, por las motivaciones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

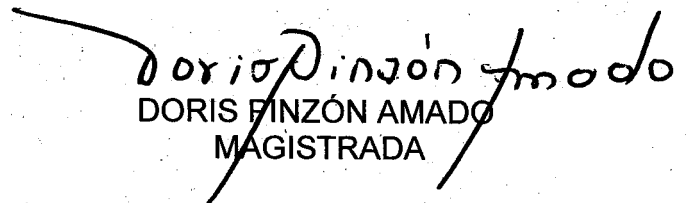
CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 083, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE