

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 24

**SUJETOS PASIVOS Y ELEMENTOS ESPECÍFICOS ACREDITADOS EN LA
ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLAS EN LA PRESTACIÓN
DEL SERVICIO DE SALUD PÚBLICA**

MARTHA IRINA AGAMEZ PATERNINA

Institución Universitaria de Envigado

martaaga2@hotmail.com

PAULA ANDREA MORALES ACEVEDO

Institución Universitaria de Envigado

paulan20@hotmail.com

Resumen: este artículo presenta los conceptos más relevantes que permiten orientar al interesado en el tema de la responsabilidad patrimonial por fallas del servicio de salud a través de un recorrido jurisprudencial que compila de forma clara y precisa los presupuestos indispensables que deben estar acreditados en el proceso que pretende la declaratoria de responsabilidad médica e indica el papel que juegan las respectivas instituciones involucradas en el sistema de salud público, por lo tanto se aclara cuándo ellas pueden ser objeto de dicha responsabilidad en la demanda de reparación directa.

Palabras clave: carga de la prueba, daño antijurídico, extracontractual, falla del servicio, falla presunta, falla probada, legitimación, nexos, reparación directa, responsabilidad.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 24

Abstract: this article presents the most relevant concepts that allow to orientate to the interested party in the topic of the patrimonial responsibility for lacks of the service of health to travez of a jurisprudential tour that compiles of form clear and precise the budgets Indispensable accredited in the process that searches the declaration of responsibility medicates and it indicates the paper that there play the respective institutions involved in the public system of health clarifying when they can be objects the responsibility in the demand of direct repair.

Key words: load of the test, antjuridical hurt, extracontractual, fault of the service, supposed fault, proven fault, legitimization, link, direct repair, responsibility.

1. INTRODUCCIÓN

Con la constitución de 1991 se consagró expresamente en el artículo 90 la responsabilidad del Estado, la cual tiene lugar cuando se presenta falla en el servicio, definida por el Consejo de Estado como aquella que se evidencia cuando el servicio funciona mal, no funciona, o lo hace tardíamente; por tal razón, el Estado debe responder patrimonialmente frente al administrado por los daños y perjuicios ocasionados en razón de las acciones u omisiones de los profesionales de la salud que trabajan para una institución pública, ello sin

olvidar que actualmente la calidad de los servicios de salud no depende solamente de un médico en particular, sino de un sistema que involucra la acción coordinada de muchos individuos en forma compleja y tecnicada, tales como: las autoridades administrativas de dichas entidades, las políticas públicas del sistema de salud colombiano o las actuaciones de las autoridades administrativas de los entes territoriales municipales, departamentales o nacionales, entre otros. De allí que resulte común en la praxis litigiosa observar la declaración

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 24

de falta de legitimación por pasiva en las demandas de reparación directa que pretenden incoar la responsabilidad médica a entidades de salud o a instituciones del Estado en cuanto se ignoran presupuestos que identifican el papel correspondiente a cada una de las instituciones en el sistema de salud colombiano. Aunque cada caso concreto tiene inmersas sus propias características, es evidente que en el sistema general de salud y específicamente en el proceso de atención médica intervienen diferentes actores cuya participación puede ser indispensable o no en la prevención del daño, casos en los cuales se hace difícil identificar el sujeto pasivo al que debe dirigirse la demanda o determinar con exactitud a quién debe imputarse la responsabilidad, todo esto sin dejar de lado el hecho de que en algunos eventos la responsabilidad puede ser solidaria o subsidiaria. Ahora, a fin de obtener exitosamente el reconocimiento de la pretensión, no sólo basta imputar correctamente la responsabilidad al agente causante del

daño antijurídico, sino también identificar, acreditar y probar inequívocamente cada uno de los elementos que ha decantado la jurisprudencia en el tema de responsabilidad médica que, al no encontrarse concretamente identificados y probados en el proceso, puede traer como consecuencia una sentencia desestimatoria de las pretensiones cómo es posible observar en muchas ocasiones.

Es así como, este trabajo pretende identificar los diferentes sujetos que pueden ser objeto de una demanda de reparación directa por fallas en la prestación de servicios de salud pública y, así, determinar los presupuestos fundamentales a tener en cuenta para dicha identificación, tratándose éste de un asunto de suma importancia, dado que el conocimiento de estos evitaría caer en el error de imputar la responsabilidad a un sujeto que está eximido de ella, porque su actuación fue diligente o porque no existe nexo causal entre el daño producido y la actuación de dicho

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 24

sujeto y, con ello, evitar la declaración de falta de legitimación por pasiva o, aún peor, que se nieguen las pretensiones de la demanda cuando en el proceso no se acreditan correctamente los elementos esenciales en el tema de responsabilidad médica estatal. Esta investigación aborda una de las problemáticas interesantes que se debaten en la Jurisdicción contenciosa administrativa, analiza diferentes aspectos de la responsabilidad patrimonial como el tema de la prueba y atiende aspectos relacionados con las acciones de reparación directa, encaminadas a resarcir el daño antijurídico causado por la actuación de algún agente del Estado en el área de la salud, lo cual es relevante por el hecho de que hace necesario realizar una recopilación clara y precisa de los criterios establecidos por el Consejo de Estado en diversos fallos y que indiscutiblemente se convierten en principios indispensables a la hora de pretender una sentencia favorable que reconozca la responsabilidad estatal

por la actividad médica hospitalaria y condene a la reparación del daño sin ningún tipo de equívocos

2. RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.

En Colombia el desarrollo explícito de la responsabilidad del estado y su inclusión dentro del conjunto de los instrumentos de protección de los derechos, tiene lugar a partir de la constitución de 1991 en su artículo 90 antes de la cual no existía ningún tipo de norma constitucional o legal, que determinara realmente la responsabilidad del Estado.

2.1. Evolución histórica de la responsabilidad patrimonial colombiana.

Precisamente remitiéndonos al contexto histórico que dio origen a la

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 24

responsabilidad patrimonial del Estado es importante mencionar como antes de 1964 la competencia para solucionar estos conflictos estaba por regla general en manos de la Jurisdicción Civil Ordinaria, lo que sirve para comprender por qué la historia de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia quien precisamente trazo los primeros conceptos a través del “fallo del 22 de octubre de 1896” mediante el cual parece reconocer por primera vez en cabeza del Estado dicha obligación (C.S.J,1896,p37).

Posteriormente en 1962 mediante sentencia del 30 de Junio “Fallo de Tinjaca” la Corte Suprema establece un nuevo precedente donde se consagra la responsabilidad indirecta de la administración , a causa de las culpas de sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella, dicho precedente parte del principio de que la persona jurídica se hallaba obligada

a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa ,ya que estos son sus subordinados de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus funciones, esta se proyectaría sobre la entidad jurídica en la forma que previa el art 2347 y 2349 del CPC (C.S.J,1896,p37.).

Sin embargo a lo largo de numerosas providencias se fue revaluando esta forma de responsabilidad del Estado y dando paso con ello a la responsabilidad directa en cuanto se argumentaba que la culpa personal del agente comprometía directamente la responsabilidad de la administración, por lo tanto ya no bastaba para exonerarse de responsabilidad, la demostración de la prueba de diligencia y cuidado en la elección del individuo así como la vigilancia que sobre el existía, sino que se hacía necesarios demostrar un hecho extraño, como el hecho de un tercero, la culpa de la víctima, la fuerza mayor o caso fortuito.

En 1964 se cambia la competencia para conocer de estas polémicas hacia

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 24

el Consejo de Estado que, desde entonces, deja de lado normas civiles que servían de fundamento en los fallos de la Corte Suprema y acoge principios y doctrinas del derecho administrativo como pilares para nutrirse, fundando así la responsabilidad patrimonial en la Constitución de 1886 que, sin embargo, no consagraba aún norma expresa que estableciera la responsabilidad del Estado, pero que sirvió para dar inicio a la construcción jurisprudencial de los regímenes de responsabilidad. Sólo a partir de la expedición de la Constitución de 1991, a través del postulado establecido en el artículo 90 inciso primero, se señala de manera expresa y tajante la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

A partir de lo anterior y de lo dispuesto en este artículo, se puede extraer, de manera general, la idea de que la responsabilidad del Estado sólo se compromete al presentarse 2 elementos indispensables: la existencia de un daño antijurídico y que ese daño

le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, *falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional*.

2.2 Teorías atinentes a la responsabilidad médica estatal.

Con respecto a lo relacionado con el tratamiento que han tenido los regímenes de responsabilidad, a partir de la consagración hecha por la Constitución de 1991, es importante anotar que en Colombia se han manejado tradicionalmente dos regímenes: el régimen de responsabilidad objetivo y el régimen de responsabilidad subjetivo o falla del servicio, el último de los cuales ha sido desarrollado a su vez a través de la teoría de *la falla probada del servicio, en la que* actualmente se encuentra ubicado el tema de responsabilidad médica tratado en este trabajo y la de *la falla presunta del servicio*.

La falla en el servicio probada hace referencia al régimen de responsabilidad que aplica en toda su

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 24

extensión la regla general de la carga de la prueba; es decir que el demandante que alega un hecho constitutivo de daño antijurídico debe demostrarlo acreditando la existencia de cada uno de los elementos que ha decantado la jurisprudencia, esto es, el daño antijurídico, la falla en el servicio y el nexo causal entre la actuación de la entidad demandada y el daño.

De otro lado, el régimen de la falla presunta es aquel según el cual el actor queda relevado de probar que el demandado no actuó, actuó irregularmente, o lo hizo bien pero en forma tardía, porque ello se presume frente a determinados casos debido a la dificultad que implica para el demandado el conocimiento de aspectos científicos o técnicos en el caso de responsabilidad médica, sin que ello quiera decir que no deba alegarlo.

Precisamente, la diferencia entre estas dos teorías (falla probada y falla presunta) radica fundamentalmente en el aspecto probatorio, debido a que,

mientras en el régimen de la falla probada del servicio, el demandante tiene la carga de probar todos los elementos de la responsabilidad, refiriéndose con ello como ya se mencionó al daño antijurídico, hecho dañoso, nexo causal y falla en el servicio, por su parte, en el régimen de la falla presunta el demandante sólo debe probar que efectivamente se produjo un hecho dañoso, prueba que hace surgir en favor suyo una presunción, según la cual, el daño se produjo como consecuencia de una falla en el servicio; es decir, se presume el elemento de la “*falla en el servicio*” pero para que se pueda imputar responsabilidad de forma válida a la administración se requiere la prueba de los otros 3 elementos restantes (Daño, hecho dañoso y el nexo causal).

Con el título jurídico “Falla probada del servicio” se imputaba la responsabilidad hasta antes de 1992, año en que se empezó a cuestionar esta postura bajo el argumento de que era difícil para el demandante probar que

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 24

se había producido la falla en el servicio, pues, en muchas ocasiones ésta implicaba conocimientos científicos de los que carecía el afectado, por tanto, se hace una transición al régimen o título de imputación de la falla presunta, eximiendo al demandante de probar la falla en el servicio y cargando a la administración la obligación de desvirtuar esa presunción en caso de no haber existido dicha falla (C.E, Hoyos 92).

Luego de múltiples discusiones jurisprudenciales y sentencias fundamentadas en la teoría de la falla presunta fue abandonada esta concepción aproximadamente hacia el año 2000 para adoptar el régimen de responsabilidad denominado *carga dinámica de la prueba*, cuyo precedente fundamental fue la Sentencia del Consejo de Estado del 10 de Febrero de ese mismo año. En dicha teoría se afirmaba que ambas partes debían aportar material probatorio al proceso judicial, en el sentido en que se consideró que a

cargo del juez quedaba establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla en el servicio o su ausencia según el caso. (C, E, Hernández, 00).

No obstante lo anterior, a partir del año 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha vuelto a retornar la aplicación de la falla probada, al indicar que no encuentra razón jurídica para exonerar a la parte actora de la carga probatoria que le concierne, respecto de cada uno de los elementos de responsabilidad que pretende imputar a la entidad. En todo caso, en el régimen de la falla probada “la carga probatoria correspondiente a la administración se limita a demostrar que obró con prudencia y diligencia en el servicio que se encontraba prestando, o que existieron circunstancias de caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero que impidieron la prevención del daño (C.E, Correa 06).

Pese a lo anterior, ha precisado el Consejo de Estado que “en materia obstétrica” constituirá indicio de responsabilidad el hecho de que el embarazo se haya desarrollado en

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 24

circunstancias normales (C, E, Hernández, 00).

2.3 Imputabilidad del daño.

Es evidente que lo que busca la responsabilidad patrimonial del Estado, es que luego de que se establezca plenamente la existencia del daño, su condición antijurídica y su imputabilidad a una autoridad publicase condene al Estado a resarcirlo mediante una indemnización que lo compense íntegramente. Precisamente, en relación con la imputabilidad del daño se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...)la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexos con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que,

sin conexión con el servicio, causa un daño (C.E, Hernández, 99).

Para concluir, es importante anotar que, concurridos todos los elementos que configurarían la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio médico, la misma ley otorga al afectado herramientas a través de las cuales puede hacer efectivo su derecho a la reparación, haciendo referencia con ello a la “acción de reparación directa” consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, garantía fundamental sin la cual habría sido inócua la consagración del artículo 90 en la Constitución Política de 1991. Es así como, ocurridos los supuestos hechos previstos en la Constitución y en la ley, la víctima o persona que haya sufrido un daño o que resulte afectado de forma negativa en su propio ser, su patrimonio o sus sentimientos, puede, sin condicionamiento alguno, optar por el ejercicio de este mecanismo y acudir a él sin necesidad de haber realizado previamente algún otro tipo de trámite.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 24

3. DE LOS SUJETOS PASIVOS EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Hacer referencia a este asunto implica la necesidad de tener en cuenta las reglas básicas en materia procesal, conforme a las cuales toda demanda ha de dirigirse contra una persona natural o jurídica, pues sólo quienes ostentan esa calidad tienen vocación para ser parte en un proceso. De ahí que, tratándose de asuntos de responsabilidad patrimonial, sea indispensable comprender que, cuando se pretende demandar al Estado para hacer efectiva la obligación de resarcir los perjuicios causados con el daño antijurídico, debe hacerse a través de los entes que lo personifican jurídicamente, refiriendo con ello a la Nación representada en los procesos por ministros, jefes de departamento administrativos, superintendentes, registrador nacional del estado civil, procurador o contralor según el caso y a las entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas, tal y como lo establece el

artículo 149 del Código Contencioso Administrativo y en el que se centra la atención de este capítulo, precisamente, con respecto a las instituciones de salud que tienen dicha cualidad.

Acorde con las obligaciones que se derivan de la Constitución, en materia de salud para el Estado, en múltiples ocasiones éste ha asumido la prestación directa del servicio a través de diversos establecimientos de salud o de manera indirecta en asocio con entidades privadas, generándose de estas actividades la responsabilidad directa o solidaria por las acciones u omisiones que ocasionen daños a los usuarios del servicio.

3.1 Empresas Sociales del Estado

El artículo 194 de la ley 100 de 1993 prevé que el servicio público de salud pueda ser prestado directamente por el Estado, a través de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), que las define como entidades públicas, descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 24

administrativa, por lo tanto, estas entidades pueden ser sujetos pasivos de la demanda de reparación directa en la medida en que su acción u omisión se derive para algún usuario del servicio de salud un daño antijurídico debido a que dichas entidades hacen parte de la estructura formal del Estado, el cual debe responder patrimonialmente por los daños que ocasionen sus agentes.

Cabe precisar que esta responsabilidad de las E.S.E.S se deriva en virtud de que el paciente ingresó al hospital para ser atendido por los médicos y demás personal auxiliar del propio hospital, el cual se obligó a prestar el servicio por medio de uno o varios profesionales adscritos o vinculados laboralmente con la entidad. Ahora bien, cuando el servicio es prestado directamente por el Estado, el paciente acude a la entidad pública hospitalaria no como beneficiario de un contrato firmado previamente, sino como usuario para que le sea prestado un servicio a cargo del mismo Estado.

En este mismo orden de ideas, es importante anotar que la responsabilidad patrimonial por los daños causados que se deriva para estas entidades no sólo está referida al acto médico que comprende diagnóstico, tratamiento de las enfermedades e intervenciones quirúrgicas, sino también a todas las actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención médica que involucran al personal paramédico y administrativo. Precisamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado aclara que la responsabilidad de las entidades se involucra ante los distintos actos clasificándolos en actos puramente médicos que son los realizados por el facultativo, actos paramédicos (acciones preparatorias al acto médico y posterior) llevadas a cabo por el personal auxiliar y actos extramédicos constituidos por servicios de hotelería como alojamiento y manutención (C.E, Correa 06).

Precisamente, algunos de los factores que más generan este tipo de acciones

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 24

contra las E.S.E.S se encuentran en la inobservancia del deber de cuidado en la realización de cirugías que comprende situaciones, tales como: el olvido de materiales en el interior de los pacientes, afectar órganos distintos a los sometidos a cirugías, suministrar medicamentos inapropiados, entre otros, los problemas por remisiones que ocurren cuando un paciente al ser trasladado a otro hospital, debe esperar demasiado tiempo, situación que puede llevar a empeorar su afección, en cuyo caso las causas de la demora son variadas: falta de cupo en otros hospitales, ambulancias insuficientes, trámites administrativos, instalaciones inadecuadas, equipos quirúrgicos en mal estado, pocas reservas de sangre, medicamentos inapropiados, entre otros.

3.2 Ministerio de Protección Social - Ministerio de salud.

Debido a que en este capítulo se hace referencia a aquellos sujetos que pueden ser objeto de la demanda de reparación directa por fallas en el

servicio de salud, es preciso analizar conceptos proporcionados por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en algunos de sus fallos sobre la participación de otros agentes que se ven involucrados en este tipo de demandas, de ahí que valga la pena analizar cómo, en sentencia del 27 de abril de 2006, el Consejo de Estado se ve en la necesidad de aclarar el papel correspondiente al Ministerio de Salud, ahora denominado Ministerio de Protección Social, al que en múltiples demandas de reparación directa se le atribuye responsabilidad, al señalarle como sujeto pasivo junto con la E.S.E u hospital que comete la falta, respecto de lo cual afirma que éste no asume responsabilidad patrimonial por los servicios que presten las entidades de salud, ya que su responsabilidad se limita a la dirección del Sistema de Salud y, por tanto, la demanda que se dirige en su contra sólo obtendrá la declaración de falta de legitimación por pasiva, frente a este sujeto demandado.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 13 de 24

En sentencia del 27 de abril de 2006, expediente 15.352, el Consejo de Estado refiere lo siguiente: Dentro de las funciones que dicha ley le atribuyó al referido Ministerio, no se halla ninguna que implique la prestación directa de servicios de salud, como sí les corresponde a otras entidades, públicas y privadas...El Ministerio de Salud se limita a establecer normas, directivas, pautas, instrucciones, etc., pero no existe ningún vínculo de dependencia o subordinación administrativa entre ellas y la Nación – Ministerio de Salud, ni ésta actúa por su intermedio, en la prestación de los servicios de salud, actividad en la cual las entidades ejecutoras gozan de autonomía dentro del marco jurídico y político establecido desde el Gobierno Nacional(C.E, Correa, 04).

3.3 Entidades territoriales y Direcciones seccionales de salud.

Con respecto a los entes nacionales, departamentales o municipales y las direcciones seccionales de Salud no es ajeno el hecho de que su relación con las entidades de salud deviene en las transferencias de presupuestos, mas no les corresponde la prestación directa de dicho servicio, dado que éste les

corresponde a las instituciones y hospitales destinados para ello; sin embargo, vale la pena mencionar que la Corte Constitucional precisó, en Sentencia de tutela T-053/02, que aunque la obligación de prestar el servicio médico no le corresponde directamente a la entidad territorial o a las direcciones seccionales, estos deben garantizar dicho acceso y tienen el deber de informar a los ciudadanos acerca de cuáles son sus derechos, cómo está organizado el sistema, indicar a las personas cuál es específicamente la entidad que tiene la obligación de prestar el servicio solicitado; así como acompañar a cada ciudadano a adelantar los trámites que se requieran, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de su derecho y no se permita que le sea desconocido.

De lo anterior es deducible que si en virtud de la omisión de las obligaciones establecidas en cabeza de las Direcciones Seccionales de Salud y los Entes Territoriales, se deriva un daño antijurídico producto de una falla

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 14 de 24

en el servicio es posible designarlos como responsables o ser sujetos pasivos de la demanda que pretende la reparación, ello independiente de la responsabilidad que a su vez concierna a la entidad prestadora de salud u otra entidad que haya participado de la falla en el servicio, todo ello sin olvidar que dicha responsabilidad debe estar sustentada con la prueba que acredita el vínculo o nexo causal entre el daño y las actuaciones.

En cuanto el tema busca dar cuenta de quienes pueden ser sujetos pasivos en la demanda de reparación directa por fallas en el servicio de salud se vio la necesidad de mencionar las principales entidades encargadas de la prestación de salud pública en Colombia refiriéndonos específicamente a las Empresas Sociales del Estado, lo que no obsta sin embargo de la existencia de otras instituciones que prestan dichos servicios en Colombia. Es preciso aclarar que en este trabajo no se hace referencia directa a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS)

en cuanto aún existe mucha discusión en las jurisdicciones civiles, laborales y contenciosa administrativa en torno a este tema, lo cual conlleva a que cada caso deba ser estudiado particularmente Para concluir este tema lo que se ha planteado como uno de los objetivos de este análisis es que el lector comprenda la importancia de la correcta acreditación de todos los elementos que configuran la responsabilidad, puesto que de ello dependerá el éxito de la pretensión incoada con la demanda de reparación directa, entre ellos, la plena identificación del sujeto pasivo autor del daño, dado que este toca el presupuesto de la imputabilidad, evitando la declaración de falta de legitimación por pasiva cuando dicha identificación se ha hecho correctamente, sin olvidar que en determinados casos la responsabilidad puede ser solidaria en cuanto son varios los agentes o instituciones de salud del Estado los que han participado en el hecho dañoso que dio lugar al perjuicio, criterio que permite que todos ellos sean relacionados como sujetos pasivos. La misma importancia tiene en un proceso de

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 15 de 24

responsabilidad médica demostrar la existencia de los demás elementos que deben estar acreditados, como son: *el daño, la falla en el servicio y el nexo causal* existente entre la actuación de la entidad demandada y el daño antijurídico, elementos desarrollados con más precisión en el siguiente apartado.

4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS FALLAS DEL SERVICIO MÉDICO ESTATAL

Como se ha venido señalando, la responsabilidad patrimonial del Estado en la prestación directa del servicio de salud tiene asidero en la cláusula general del artículo 90 de la Constitución Política de 1991; sin embargo, aunque este reconocimiento ha sido un paso trascendente en la historia del derecho colombiano para concretar un Estado social de derecho más justo, dicho reconocimiento alcanza su grado más alto gracias a la existencia de una herramienta sin la cual sería impensable concretar este

derecho, haciendo referencia con ello a la acción de reparación directa de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la cual permite demandar, una vez ocurridos los supuestos de hecho previstos, sin condicionamiento alguno y sin necesidad de cumplir previamente ningún tipo de trámite. No obstante, puede decirse que el éxito de la demanda de reparación directa, que pretende la declaración administrativa y patrimonial de responsabilidad extracontractual por fallas en el servicio de salud prestado en las E.S.E.S o instituciones de salud del Estado no depende exclusivamente de que se cumplan los supuestos de hecho previstos en la ley, sino también de la correcta acreditación en la demanda como en el transcurso del proceso de la existencia de unos elementos fundamentales propios de la aplicación del actual régimen de imputación acogido en el tema de responsabilidad médica, que luego de múltiples variaciones ha implementado nuevamente el Consejo de Estado

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 16 de 24

como regla general, al hacer referencia con ello al tradicional régimen de la falla del servicio probada, criterio que no obsta para que la jurisprudencia haya señalado en algunos casos específicos como en el área de la obstetricia la aplicación de la teoría de la falla presunta como se anotó en apartes anteriores.

Estos elementos han sido objeto de múltiples análisis jurisprudenciales en pro de la búsqueda de un equilibrio que permita al juzgador establecer sin equívocos la existencia o no de responsabilidad del Estado en un caso particular y ellos son: la falla en el servicio, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio (C.E, Saavedra, 06).

4.1 Falla del servicio.

Ha referido la jurisprudencia en una primera definición que ésta se presenta cuando existió un deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o

lo hizo de manera tardía o equivocada; pero, más tarde, con el fin de presentar un concepto más actual, la modificó para definirla como “violación del contenido obligacional”, aunque este criterio no ha sido impedimento para que el Consejo de Estado siga aplicando la primera definición (C.E, Carrillo, 95).

Este elemento acreditado en la acción de reparación directa debe hacer referencia a la prueba de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, lo que quiere decir que el demandante no sólo debe probar cómo se produjeron, sino cuándo y dónde, mientras que el juez debe apreciarlo preguntándose lo que en el caso particular debía esperar el paciente del servicio, teniendo en cuenta la dificultad de la misión, dadas las circunstancias de tiempo, lugar, recursos y material de que disponía el personal médico.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 17 de 24

Es innegable el hecho de que, con frecuencia, en Colombia se presentan casos relativos a la falta en el servicio, derivada de la atención médica que merecen toda la vigilancia de los jueces, a fin de tomar las medidas necesarias para que no se repitan. Para hacer alusión a un caso específico, cabe mencionar la sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 15.332 que se pronuncia sobre el mal estado de los equipos para la prestación de servicios que competen a las instituciones hospitalarias, en tanto de la demanda se relata cómo se produce la muerte de un recién nacido, ocasionada por no tener en funcionamiento la planta de energía eléctrica y, por lo tanto, no poder extraerle en forma inmediata el líquido amniótico que había ingerido.

4.2. Daño antijurídico.

El daño antijurídico se ha definido como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas legales de justificación en el productor del daño. Precisamente, en lo relativo al alcance del concepto de daño, el

Consejo de Estado, en sentencia de 2005, manifestó lo siguiente: A pesar de que el artículo 90 de la constitución es claro en señalar que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definitiva normativa del concepto de daño antijurídico, por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, han definido el daño antijurídico como “ la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o por el derecho” ; o también se ha entendido como el daño que se produce a un persona a pesar de que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir que el daño carece de justificación (C.E, Hernández, 05).

Hay que tener claro entonces que cuando, como consecuencia de una mala práctica médica, se ocasione al paciente un perjuicio que lo afecte personalmente o a su familia, se hace indispensable que la acción de reparación directa que pretende la declaración de responsabilidad acredite

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 18 de 24

su existencia, discriminando en la demanda los conceptos de daño patrimonial y daño extra patrimonial, los cuales deben ser individualmente indemnizados, de llegar a probar el nexo causal entre la falla y el detrimento patrimonial.

4.2.1. El daño patrimonial o material

Es aquel que produce un detrimento a la economía del afectado. Se divide en daño emergente y lucro cesante, entendido el primero como la disminución del patrimonio por la pérdida o detrimentos sufridos; y, en el caso de responsabilidad médica, puede referirse por ejemplo a gastos por formulas, hospitalización, enfermera, transporte, entre otros, que el afectado debió pagar; mientras que el lucro cesante tiene que ver con el detrimento del patrimonio que, por el hecho dañoso, se frustró la incorporación de un valor económico normalmente esperado como, por ejemplo, los salarios dejados de percibir.

4.2.2. El daño extrapatrimonial o inmaterial

Es aquel que afecta la esfera emocional, afectiva, sensorial o espiritual de la víctima o de su familia y debe ser discriminado en la demanda principalmente como perjuicio moral y perjuicio a la vida en relación.

El daño o perjuicio moral se puede entender como el dolor o la tristeza que suscita la mala práctica o hecho dañoso. El Consejo de Estado los ha definido como “los padecimientos dolorosos que incidan en el patrimonio moral de la persona natural y que consisten en la aflicción y dolor que experimenta como respuesta una lesión de bienes que constituyan la personalidad del individuo. (C.E, Ayala, 97).

El daño a la vida en relación no consiste en la lesión misma, sino en las consecuencias de dicha lesión en las relaciones de quien las padece, que se reflejan en la pérdida o limitación del goce de la vida y la restricción para llevar a cabo simples actividades rutinarias. Respecto a este tema, es preciso destacar el siguiente aparte de

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 19 de 24

la sentencia del Consejo de Estado, de julio 19 de 2000:

Se advierte sin embargo, que en opinión de la sala no se trata simplemente de la afección sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extra patrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aún los de carácter individual, pero externos, y su relación en general con las cosas del mundo. En efecto, se trata en realidad -de un daño extra patrimonial a la vida exterior; aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral". (C. E, Hernández, 00).

4.3. Nexos de causalidad

Consiste en demostrar que, entre el daño antijurídico y la falla en el servicio, existió un nexo o relación de causalidad, en otras palabras, es la comprobación de que como consecuencia del funcionamiento deficiente del servicio, la no prestación del mismo o la tardanza, se produjo un daño antijurídico al usuario de dicho servicio.

Precisamente, la dificultad relacionada con la demostración del nexo de causalidad en los procesos

de responsabilidad médica ha traído como consecuencia que al interior del Consejo de Estado se haya presentado una evolución en torno a este tema, que hace indispensable mencionar el fallo emitido por esta corporación en 2003, según el cual se fija una de las directrices más importantes en este asunto: En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y los documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza en esta materia, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conduce a un

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 20 de 24

grado suficiente de probabilidad (C.E, 03).

Con respecto al tratamiento jurisprudencial que ha tenido este criterio de la responsabilidad, cabe mencionar también el caso de una paciente intervenida quirúrgicamente en la rodilla izquierda, cuando la operación debía practicarse en la rodilla derecha; lo que en consecuencia, hace que se programe una nueva intervención el mismo día para la rodilla correcta causándole a la paciente mayor dolor físico, la incomodidad de permanecer en silla de ruedas y tratamiento de fisioterapia para ambas rodillas. Frente a este hecho, se pronuncia el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de julio de 2008, haciendo la siguiente aclaración:

Tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, la parte actora deberá acreditar los supuestos de hechos que estructuran los fundamentos de esa responsabilidad; es decir, la falla en la prestación del servicio, el daño y la relación de causalidad, entre estos dos elementos,

para lo cual puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particularmente importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño (C.E, Saavedra, 08)..

De acuerdo a todo lo anterior, puede concluirse que lo que la jurisprudencia pretende evitar es que, ante la imposibilidad de probar la relación causal, debido a la dificultad y a la complejidad presente en algunos casos de la medicina se impida que el actor quede sin reparación, ya que, al no probar la relación causal, sus pretensiones se vean dirigidas al fracaso, por lo tanto, se enfoca en la tendencia a la posibilidad de permitir a los demandantes ejercer la obligación probatoria del nexo mediante pruebas indiciarias, en aquellos casos en los cuales se torna imposible exhibir la prueba directa que determinaría la ocurrencia de un hecho; sin embargo, se debe precisar que la relación causal es exigida como requisito esencial para

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 21 de 24

la demostración del vínculo entre el hecho dañino y el daño, de manera que lo que se acepta no es la idea de que el demandante queda eximido de probar, sino que se pueda realizar de manera indirecta por medio de la prueba indiciaria.

**CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES**

Pese a que los pronunciamientos del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad médica, han sido variados y, con ellos, los cambios de óptica en las directrices del ámbito de responsabilidad médica, por ejemplo, en cuanto a los regímenes jurídicos y a los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad, no por esta razón se debe descocer la obligación actual que le asiste al actor de acreditar cada uno de los presupuestos que han sido objeto de estudio en este trabajo y que deben aparecer probados en la demanda de reparación directa para obtener la declaración de responsabilidad de la entidad

involucrada y, por ende, el resarcimiento del perjuicio.

De la acreditación de todos los elementos que configuran la responsabilidad dependerá el éxito de la pretensión, entre ellos, la plena identificación del sujeto pasivo autor del daño ya que éste toca el presupuesto de la imputabilidad, evitando la declaración de falta de legitimación por pasiva.

La misma importancia tiene en un proceso de responsabilidad médica demostrar la existencia *del daño, la falla en servicio y el nexo causal* existente entre la actuación de la entidad demandada y el daño antijurídico, teniendo en cuenta que, en algunos casos, debido a los conocimientos científicos que exige esta prueba, la persona puede hacer uso de otros elementos probatorios como los indicios, de modo que no se deje al azar o deducción del juez que conoce del asunto la configuración de este elemento. Una vez presentes tales elementos, la entidad pública demanda

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 22 de 24

sólo podrá exonerarse de la declaratoria de responsabilidad si prueba que no hubo falla del servicio o si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho de un tercero.

Es de vital importancia continuar investigando sobre las novedades que se plantean en el ámbito jurisprudencial, por parte del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad médica, de tal manera que sea factible establecer la importancia actual de las herramientas jurídicas que, en un momento determinado, ayuden a endilgar dicha responsabilidad al sujeto pasivo responsable de la falla en el servicio de salud, que hace forzoso el reconocimiento de la pretensión indemnizatoria por parte del juez.

REFERENCIA

(C.E, 03). Consejo de Estado, S. C.A., Sección Tercera, “Sentencia del 3 de mayo de 2003”, Expediente 14078. C.P. Bogotá, Dc..

(C.E, Andrade, 1896). Consejo de Estado, S. C.A., Sección Tercera, sentencia de mayo 26 de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón.

(C.E, Ayala, 97). Consejo de Estado, S. C.A., Sección Tercera, “Sentencia del 30 de mayo de 1997”, Expediente 7839, C.P. German Ayala Mantilla.

(C.E, Carrillo, 95). Sentencia del Consejo de Estado de Noviembre 15 de 1995 MP. Jesús María Carrillo.

(C.E, Correa, 04). Consejo de Estado, S. C.A., Sección Tercera, “Sentencia del 22 de abril de 2004”, Expediente 14.212”, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

(C.E, Correa 06). Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 31 de Agosto de 2006, expediente 15.772, C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

(C, E, Hernández, 00) Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11878, C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

(C.E, Hernández, 05). Consejo de Estado, S. C.A., Sección Tercera, “Sentencia del 5 de abril de 2005”, Expediente 12158, C.P. Alier Eduardo Hernández Enrique.

(C.E, Hoyos 92). Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 13 de Agosto de 1992, expediente 10251, Ricardo Hoyos. Administrativo general y colombiano Novena edición. Temis, p.37.

(C.E, Mora, 64). Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 587 del 4 de marzo de 1994. Consejero Ponente.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 23 de 24

(C.E, Saavedra, 06). Consejo de Estado, S. C.A., Sección Tercera, “Sentencia del 11 de abril de 2006”, Expediente 14400”, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

(C.E, Saavedra, 08).Consejo de Estado, S.C.A.de febrero 20 de 2008, Exp 15563, C.P.Ramiro Saavedra Becerra.

(C.P.C, arts. 2347,2349).

(C, S de J,Gómez 62).Corte Suprema de Justicia, C.S.J., Sentencia del 30 de junio de 1962. MP José J. Gómez.

(C.S.J, Rodríguez, 1896). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, C. S.J., Sentencia del 22 de octubre de 1896.Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Novena edición.Temis.p.37.

(Rivadeneira 08). RIVADENEIRA BERMUDEZ, Rosember Emilio. MANUAL DE DERCHO PROBATORIO ADMINISTRATIVO, Edición 2008 librería Jurídica Sánchez .Ltda.pag.

