

RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO

Autores: Adriana Paola Mora Baquero, Viky Karina Moreno Chacón ¹

Resumen

En el presente artículo se analiza la responsabilidad extra-contractual y patrimonial del Estado por la falla en el servicio médico en Colombia, la cual ha tenido una importante evolución a través de los diferentes pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado, por medio de los cuales se ha definido el régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales; así mismo se han establecido unos criterios a aplicar tratándose de este tipo de responsabilidad; y además, se han delimitado unos tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del Estado.

Palabras claves: Responsabilidad extracontractual, daño antijurídico, título de imputación, falla probada, falla presunta.

Introducción

La prestación del servicio médico, es una de las actividades más riesgosa, toda vez que esta puede incidir positiva o negativamente en la salud y vida de un paciente; pues cualquier falla que llegue a derivarse de la prestación del mismo en las entidades prestadoras del servicio de salud, y que ocasione un daño, puede generar la solicitud de una acción de reparación directa, mediante la cual se busca que se indemnice a los afectados por los perjuicios ocasionados en el ejercicio de la actividad médico-asistencial.

En estos casos, se reclama la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico, y del estudio de los hechos, se llegará a determinar el régimen jurídico a aplicar, así como los tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del Estado; los cuales han evolucionado en el tiempo, gracias a los pronunciamientos del Consejo de Estado.

En el presente artículo se analiza la responsabilidad extra-contractual y patrimonial del Estado por la falla en el servicio médico en Colombia, a partir del régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad

¹ Abogada egresada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta - 2012

extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales; así mismo mediante la identificación los criterios utilizados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico; y, mediante el estudio de algunos casos relacionados en que se ha estudiado la responsabilidad extracontractual por la falla en la prestación de los servicios de salud.

RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO

El artículo 1 de la Constitución Política, consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho, con lo cual se señalan como sus cimientos, la protección de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general; además, de propender por la realización de derechos, como la alimentación, la vivienda, la educación, la salud, la seguridad social, etc.

Con base en lo anterior, Durán (2001), citado por González Monroy (2007), afirma lo siguiente:

El ordenamiento constitucional da prevalencia al ser humano como sujeto de derechos ya que procura satisfacer por intermedio de su administración, las necesidades básicas insatisfechas de los individuos; distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un estándar de vida más elevado, convirtiendo a los derechos económicos y sociales en conquistas en permanente realización y perfeccionamiento, en donde el Estado se despliega en programas de acción, que derivan en sí mismos de la Constitución y no de la ley, vinculando por ello, al ejecutivo, al legislador y al poder judicial. (p. 1).

Es decir, que el Estado es el responsable de garantizar los derechos fundamentales de los individuos, en este caso el derecho a la salud, para lo cual debe diseñar programas que permitan atender a la población menos favorecida, como lo es la prestación de los servicios de salud a través de las ESE.

Por su parte, González Monroy (2007), ha expresado que:

Dentro del marco de los derechos sociales y económicos, se consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que la misma ley establece. Este servicio, es reconocido correlativamente a todos los habitantes del territorio nacional, su efectividad debe ser garantizada por el Estado y su alcance es el suministro integral de los medios necesarios para el restablecimiento de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y la preservación de la garantía de llevar

una existencia en condiciones dignas². (Artículo 48, incisos 1 y 2, Constitución Política de Colombia). (p. 1-2).

Uno de los elementos fundamentales que integran la seguridad social, es la salud, el cual debe ser prestado y coordinado por el Estado a través de sus instituciones prestadoras de los servicios de salud.

Pero como afirma González Monroy (2007):

El derecho a la salud como derecho prestacional, ha necesitado siempre de un desarrollo político, económico, legislativo y técnico por parte del Estado para garantizar su cobertura y expansión, ampliación que no puede estar por fuera de los lineamientos impuestos por la misma Constitución y la ley, es decir, que siempre requerirá de atención especial cuando su no observancia ponga en riesgo la vida misma del individuo u otros derechos fundamentales, siendo precisamente en esta situación donde se manifiesta la responsabilidad que tiene el Estado de proteger a sus ciudadanos y los derechos que les asisten. (p. 2).

La consagración constitucional del derecho a la salud como un servicio público que debe garantizar el Estado, ha conllevado a que este tenga una constante evolución legislativa, y así mismo, éste debe velar porque se cumpla a fin de evitar la afectación de otros derechos, como la vida, el cual tiene conexidad directa con el derecho a la salud.

Al respecto la Corte Constitucional, en su Sentencia T-845 de 2006 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, estableció que:

La salud, es un derecho fundamental autónomo tutelable de manera directa; es decir que el servicio público de salud es una de las actividades esenciales del Estado cuya prestación de manera oportuna y eficaz deben ser garantizadas por aquél con el fin de garantizar la vida e integridad de los administrados. En Colombia, está obligación que le asiste al Estado de garantizar la prestación del servicio público de salud, la cumple por medio de la red de hospitales e instituciones de salud públicas, en su mayoría Empresas Sociales del Estado, pero allí no termina su deber, ya que debe hacerlo de manera oportuna y eficiente so pena de incurrir en una vulneración al derecho a la salud que como fundamental y autónomo que es, no sólo es susceptible de protección constitucional directa por la vía de la tutela sino que su vulneración constituye un perjuicio en sí mismo indemnizable.

En el servicio público de salud, por ser un deber prestacional del Estado, puede generarse en el cumplimiento de la prestación del servicio por parte de los profesionales de la salud, una mala prestación del servicio, una negligencia, falta de oportunidad o diligencia en la atención, lo cual al generar perjuicios a los pacientes, es reclamado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante una acción de reparación directa, a fin de que le sean resarcidos los perjuicios ocasionados, lo cual a su vez afecta a los administrados.

² Corte Constitucional Sentencia T-062 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

De acuerdo con la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado (2011), “el análisis de la responsabilidad del Estado debe adelantarse con base en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. (Concepto de Conciliación No. 17).

Haciendo referencia a la responsabilidad del Estado, González Monroy (2007), afirma que:

Esta responsabilidad se traduce en la obligación que tiene el Estado de reparar los daños que ocasione cuando lesiona un interés o un bien jurídicamente tutelado, ya que aquí será reparado aquel daño que tenga la connotación de antijurídico y que como tal haya sido generado por la actividad u omisión de un ente público, cláusula que está contemplada en el artículo 90 de la Carta Política. En otros términos, el Estado responderá patrimonialmente (responsabilidad extracontractual) por la muerte o el daño en la salud de una persona, ya que se estaría ante una falla en el servicio y por ende será el Estado quien responda por su acción u omisión, según el caso. (p. 2).

Sin embargo, es importante señalar que la práctica profesional de la medicina, definida como “una actividad compleja en razón a los riesgos que apareja, no se encuentra exenta de generar daños o perjuicios de los cuales se pueda exigir reparación por vía judicial” (Jiménez Bará, 2012, p. 4); generándose así la responsabilidad del Estado, la cual deriva de los daños generados con ocasión de la prestación del servicio de salud, y que ha sido abordada de manera permanente por el Consejo de Estado.

Régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales (Troncoso, 2015)

Sobre el régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales, ha tenido una importante evolución, la cual resume la Sección Tercera - Subsección B del Consejo de Estado (Expediente: 050012331000-1998-01220-01 (41.334) del 18 de octubre de 2011), con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, en los siguientes términos:

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto del régimen de responsabilidad aplicable en los casos en que se cuestiona la atención médica suministrada a un paciente, ha evolucionado de manera ostensible. Inicialmente, utilizó el enfoque según el cual, era menester probar la falla del servicio³ sobre la base de que la prestación del servicio médico asistencial contenía, en sí mismo, una obligación de medio y no de resultado. Dicha tendencia

³ Al respecto, sentencias Consejo de Estado, del 7 de octubre y del 13 de septiembre de 1991.

fue revaluada planteándose que lo que se configuraba era un régimen de falla por inferencia⁴, para lo cual bastaba acreditar las circunstancias que rodearon el caso de las cuales se pudiera deducir el resultado dañino bajo el cual, era suficiente la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración misma que solo podía exonerarse demostrando, que había actuado con total diligencia. La anterior tendencia, fue sustituida por la que se denominó régimen de falla presunta⁵, bajo el cual, bastaba la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración; la que sol99o podía exonerarse demostrando, a su vez, que actuó con entera diligencia; más adelante, esta última orientación se convirtió en la teoría de la inversión de la carga probatoria, la cual, colocó en cabeza de los profesionales de la medicina y de los establecimientos que brindan atención médica, el deber de demostrar los procedimientos aplicados y su idoneidad, dado su alto contenido técnico y científico, los cuales, por su especialidad y complejidad, resultarían muy difíciles de probar para los demandantes. (Troncoso, 2015)

Sin embargo, tiempo después, tal lineamiento jurisprudencial fue sustituido por la teoría de la carga dinámica de la prueba, conforme a la cual corresponde a la parte que se encuentra en capacidad de demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, el aportar las pruebas que tenga en su poder; tal teoría parte de la consideración de que en algunos eventos, a pesar de la especialidad de las ciencias médicas, la parte actora, podría estar en capacidad o contar con los medios para demostrar que la prestación del servicio médico fue deficiente, y que como consecuencia de ello, se le ocasionó un daño antijurídico susceptible de indemnización⁶, lo que supone que no necesariamente, en todos los casos, opera la inversión de las cargas probatorias, pues existen eventos en los cuales la parte demandante posee medios para demostrar sus afirmaciones.

En todo caso, sin importar el régimen de responsabilidad que se aplique en un caso en concreto, existe un factor que ha permanecido incólume a lo largo de la evolución jurisprudencial, cual es que en manera alguna, se ha eximido al actor de la obligación de demostrar por lo menos: i) la existencia del daño y ii) la existencia además de un nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la administración, pues como ya se dijo, en algunos regímenes de imputación como el de falla presunta, “la falla” como tercer elemento que configura la responsabilidad, se presume, por lo que ésta no estaría sujeta a demostración.

Como se desprende de lo anterior, en lo que respecta a la evolución del régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales, ha pasado por cuatro enfoques así: 1. Falla del servicio (obligación de medio y no de resultado): 2. Régimen de falla por inferencia (se deben

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1992.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicado: 11878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001. Radicado: 12.792.

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera - consejera ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio - 31 de agosto de 2006 - Radicación 15772

acreditar las circunstancias que rodearon el hecho dañino, lo cual era suficiente la demostración del daño y del nexo causal); 3. Régimen de la falla presunta (demostración del daño y el nexo causal); y, 4. Carga dinámica de la prueba (demostrar los hechos, aportar las pruebas para demostrar que el servicio fue deficiente y produjo el daño antijurídico).

Además, para que se configure la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico, se debe demostrar: 1. La existencia del daño; y, 2. El nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la administración.

En el régimen de responsabilidad de falla del servicio, para poder atribuir la responsabilidad al Estado, se requiere que esta sea culpa de la administración, generada ya sea por acción y omisión, por una extralimitación de sus funciones o negligencia. A este régimen pertenecen las modalidades de: 1. Falla del servicio probada y 2. Falla del servicio presunta.

Tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del Estado

La evolución jurisprudencial dada en los pronunciamientos del Consejo de Estado, frente al tema de la responsabilidad extra-contractual y patrimonial del Estado por falla en el servicio médico, ha generado el establecimiento de una clasificación frente a los tipos especiales de daños antijurídicos que pueden surgir por la responsabilidad médica del Estado, en el ejercicio de la prestación del servicio de salud, como son: a. La omisión o prestación deficiente del servicio; b. La pérdida de una oportunidad o chance por omisión o error; y, c. Pérdida de la oportunidad por no informar oportunamente sobre los riesgos.

La omisión o prestación deficiente del servicio

En relación a este tipo de daño antijurídico, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente: “El Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 Abril de 2011, exp: 20502. M.P: Ruth Stella Correa Palacio).

Generalmente, este tipo de daño antijurídico se ocasiona cuando la prestación asistencial a un paciente no le es brindada de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer, vulnerando con ello su derecho a la asistencia en salud.

Este es un de los tipos de daños antijurídicos a que más los juristas tratándose de responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico, acuden, especialmente porque muchos pacientes han muerto por no haber sido atendidos oportunamente en razón a su complejidad.

La pérdida de una oportunidad o chance por omisión o error

En cuanto a este tipo de daño antijurídico, el Consejo de Estado, ha afirmado lo siguiente: “Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”. (Consejo de Estado, Auto de 10 de Junio de 2004, exp. 25416).

En la determinación de este tipo de daño antijurídico, “la pérdida de la oportunidad debe ser demostrada de manera científica, estableciendo cual era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”. (Consejo de Estado, Sentencia de 31 de Agosto de 2006, exp: 15772).

Este tipo de daño antijurídico es aplicable solo en casos de que las omisiones o acciones erradas de la actuación médica, sean probadas científicamente como causantes de la no recuperación de la salud del paciente, o la no preservación del derecho a la vida.

Pérdida de la oportunidad por no informar oportunamente sobre los riesgos

Respecto de este tipo de daño antijurídico, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“El no informar al paciente de manera clara, suficiente y previa al tratamiento que se pretende realizar, hace que el médico tratante asuma la responsabilidad por los riesgos previstos y daños derivados de dichos riesgos que eventualmente se puedan presentar durante la ejecución del tratamiento sin importar que no haya incurrido en ningún tipo de negligencia, descuido o culpa en su actuar terapéutico. Estamos, entonces, frente a una auténtica responsabilidad objetiva de imputación por riesgo y la cual se mezcla con la teoría de la pérdida de una oportunidad así: se le imputa al médico que no ha obtenido el consentimiento informado idóneo del paciente todo daño que se derive de riesgos previstos del tratamiento a que se somete el paciente sin su consentimiento y además el daño consistente en haberle hecho perder la chance de “optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perder la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”. (Consejo de Estado, Sentencia de 24 de Enero de 2002, exp. 12.706).

Este tipo de daño antijurídico, se aplica especialmente, cuando el médico no informa oportunamente, y de manera clara, precisa, suficiente y previa a un tratamiento, al paciente los riesgos que podrían derivarse de su realización, es decir no se obtiene el consentimiento informado por parte del paciente, o no se le da la oportunidad de elegir entre realizárselo o no.

Casos en que se ha estudiado la responsabilidad extracontractual por la falla en la prestación de los servicios de salud

En este acápite se analizarán tres casos en los cuales el Consejo de Estado, a través de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo⁷, se ha pronunciado en referencia a acciones de reparación directa, en las que se reclama la responsabilidad de los establecimientos prestadores de servicios de salud por la falla en la prestación del servicio médico.

El primero de los casos hace relación a una acción de reparación directa (Expediente 19001 23 31 000 1997 03715 (19360) del 08 de junio de 2011) de la Sección Tercera – Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con Ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, cuyo actor es Evangelina Morales de Porras y otros, y el demandado es el Instituto de Seguros Sociales. En la cual “se imputa al Instituto de Seguro Social la falla en la prestación del servicio médico al señor Otoniel Porras, al demorar su re intervención, situación que le complicó su estado de salud y lo condujo finalmente a la muerte”.

Al respecto el Consejo de Estado, manifestó lo siguiente:

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.

Argumenta el Consejo de Estado, en dicho fallo que la atribución de la responsabilidad obedece a la falta de diligencia de la entidad demandada, al no permitir oportunamente el acceso del paciente a una nueva intervención quirúrgica, por lo que el asunto es estudiado bajo la óptica de la pérdida de oportunidad, generada en este caso por una falla en el servicio, lo cual se da por la demora en la re intervención del paciente, pues este necesitaba una atención inmediata, y no la obtuvo, por lo que se configura “una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía”, por lo que de acuerdo con esta forma de imputación de responsabilidad, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, por producirse dichos daños como consecuencia de una omisión, ocasionando

⁷ Competente para conocer entre otros asuntos los de responsabilidad contractual y extracontractual en virtud del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de dicha Corporación.

que el paciente pierda la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, por lo que se responsabilizó al ISS por pérdida de oportunidad de recuperar la salud.

En este caso el Consejo de Estado, se acogió a la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”⁸, pues la falla en la prestación del servicio de salud configura la responsabilidad, pues no se brindó de manera oportuna el acceso a la re intervención que requería el paciente, la cual debió realizarse así el paciente tuviera expectativas de mejoría, ante lo cual no se hubiera configurado la responsabilidad en este caso.

Como se observa el régimen jurídico aplicado en este caso es el de la falla del servicio, por perdida de un chance u oportunidad.

Otro de los casos objeto de estudio, corresponde al contenido en el Fallo de la Sección Tercera - Subsección B del Consejo de Estado (Expediente: 050012331000-1998-01220-01 (41.334) del 18 de octubre de 2011), con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, cuyo actor es la Señora Gloria Stella Ospina Campillo y otros; quien demanda a la E.S.E. Hospital Manuel Uribe Ángel (Envigado, Antioquía), mediante una acción de reparación directa por un falla o falta en la prestación del servicio médico por parte de los profesionales que laboran en dicha institución, lo que produjo la muerte de la paciente Señora Gloria Estella Campillo Diosa.(Guerra 2015)

Corresponde en este caso al Consejo de Estado, “esclarecer si la atención médica prestada por la E.S.E. Hospital Manuel Uribe Ángel de Envigado, a la señora Gloria Estella Campillo Diosa, fue adecuada o si, por el contrario, la misma resultó negligente o inadecuada, con miras a establecer, si cabe deducirle o no responsabilidad por los hechos que provocaron, a la postre, el deceso de la paciente”.

El estudio de los hechos permitió establecer que se está frente a un procedimiento deficiente, pues se requería dejar a la paciente en observación y monitoreo constante con especial cuidado de la aparición de nuevos síntomas para que en caso de presentarse un evento como lo fue el infarto de miocardio, la rápida y oportuna atención médica le hubiera dado mayores posibilidades de sobrevivir a dicha patología, y no como ocurrió que se dio de alta a la paciente, limitándose el manejo de su padecimiento a la aplicación de una ampolleta de diclofenaco, con lo cual se limitaron las posibilidades de recuperación de la paciente. (Guerra 2015)

⁸ Tomado de la doctrina francesa “*perte d’une chance*”. En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’.

Al respecto el Consejo de Estado, señaló:

Examinados los hechos se comporta a las claras una falla del servicio atribuible a la administración, por conducta omisiva, configurándose entonces un nexo causal entre el daño y la actividad del Estado, en cabeza del personal de la E.S.E. HOSPITAL MANUEL URIBE ÁNGEL de Envigado (Antioquia) debido a una atención errónea, ligera e inadecuada, pérdida de oportunidad que determina la obligación del ente de imputación demandado de indemnizar los perjuicios ocasionados a los actores en la presente acción.

En base en lo anterior, el Consejo de Estado, expresó que:

Se configura la responsabilidad administrativa de la entidad demandada bajo el título de imputación de falla en el servicio, a consecuencia de la mala atención médica dada a la señora GLORIA STELLA CAMPILLO DIOSA y su posterior deceso, por lo que surge para la administración el deber de indemnizar los perjuicios irrogados a los demandantes.

Como se observa el régimen jurídico aplicado en este caso es el de la falla del servicio, por omisión (daño ocasionado por lesión al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz).)Arias, 2014)

El siguiente caso, objeto de análisis es el contenido en la Sentencia del 5 de marzo de 2015 (Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102), del Sección Tercera – Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Dr. Danilo Rojas Betancurt, cuyo actor es la Señora ANA ARGENIS SUAREZ CORTES Y OTROS, y el demandado es la E.S.E. VILLAVICENCIO.

Corresponde en este caso al Consejo de Estado estudiar una acción de reparación directa, a fin de determinar si “en el caso bajo análisis, la complicación en el estado de salud de la menor María Fernanda Agudelo Suárez desde el 20 de septiembre de 2002 hasta el 24 del mismo mes y año que desencadenó en su muerte, sobrevino por la inadecuada e inoportuna atención brindada a la paciente y por tanto, constituye una falla del servicio médico asistencial imputable a la parte demandada o si por el contrario el servicio se prestó conforme a la Ley 23 de 1981 y la muerte de la paciente no le resulta imputable a la ESE Villavicencio”.

Al respecto el Consejo de Estado, en este pronunciamiento señaló:

La Sala considera que en el caso concreto existió una falla del servicio médico, por cuanto a la menor María Fernanda Agudelo Suárez no se le suministró la atención y los procedimientos requeridos según los síntomas presentados desde su valoración de ingreso, en la E.S.E. Villavicencio.

Además que las complicaciones presentadas por la niña a la madrugada del 24 de septiembre de 2002, se produjeron como consecuencia de la negligencia y desatención con que fue tratada por los galenos de la E.S.E. demandada.

De acuerdo a lo anterior, concluye el Consejo de Estado, que:

Del análisis de la totalidad de las pruebas allegadas, la Sala concluye que la paciente no recibió la atención apropiada ni oportuna y que se probó la negligencia en la actuación médica alegada por la parte actora. Por tal razón, procederá a declarar la existencia de una falla del servicio médico.

(Arias, 2014)

De acuerdo a lo anterior, y al el estudio de los hechos que permitió acreditar el daño, y esclarecer que existió un error en el diagnóstico, así como que la atención que se le brindó a la paciente no fue la adecuada, por lo que se declaró responsable a la E.S.E. de Villavicencio por el fallecimiento de la menor, bajo el régimen de la falla del servicio, por negligencia.

CONCLUSIONES

El régimen jurídico aplicable tratándose de la responsabilidad extracontractual que tiene el Estado, se fundamenta en el artículo 90 la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, por lo que en los daños que se ocasionen a las personas en la prestación del servicio de salud por parte de los operadores de salud, estas pueden acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, y mediante la acción de reparación directa, solicitar se les repare el perjuicio causado.

Sobre el régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionada por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales, este ha tenido una importante evolución que se resume en cuatro enfoques así: 1. Falla del servicio (obligación de medio y no de resultado); 2. Régimen de falla por inferencia (se deben acreditar las circunstancias que rodearon el hecho dañino, lo cual era suficiente la demostración del daño y del nexo causal); 3. Régimen de la falla presunta (demostración del daño y el nexo causal); y, 4. Carga dinámica de la prueba (demostrar los hechos, aportar las pruebas para demostrar que el servicio fue deficiente y produjo el daño antijurídico).

Por su parte, para que se configure la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico, sin importar el régimen de responsabilidad que se aplique, se debe demostrar: 1. La existencia del daño; y, 2. El nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la administración. Y respecto al régimen de responsabilidad, denominado “falla del servicio”, el elemento principal bajo el cual se atribuye la responsabilidad al Estado es la “culpa de la administración”, la cual puede darse por acción o por omisión, por extralimitarse

en sus funciones o por no cumplirlas. A este régimen pertenecen las modalidades de: 1. Falla del servicio probada y 2. Falla del servicio presunta.

En cuanto a los tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del Estado, estos son: a. Los daños ocasionados por lesión al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz; b. Los daños concernientes a la pérdida de una oportunidad o pérdida de chances como tipo de daño resarcible en responsabilidad médica del Estado; y, c. los daños antijurídicos por la pérdida de la oportunidad representada en la omisión de comunicarle al paciente los riesgos de la intervención médico quirúrgica.

Respecto al daño ocasionado por lesión al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz, este tipo de daño antijurídico se ocasiona cuando la prestación asistencial a un paciente no le es brindada de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer, vulnerando con ello su derecho a la asistencia en salud. Por su parte en relación a la pérdida de una oportunidad o pérdida de chances como tipo de daño resarcible en responsabilidad médica del Estado, este tipo de daño antijurídico es aplicable solo en casos de que las omisiones o acciones erradas de la actuación médica, sean probadas científicamente como causantes de la no recuperación de la salud del paciente, o la no preservación del derecho a la vida. Finalmente, en cuanto a la pérdida de la oportunidad representada en la omisión de comunicarle al paciente los riesgos de la intervención médico quirúrgica, este tipo de daño antijurídico, se aplica especialmente, cuando el médico no informa oportunamente, y de manera clara, precisa, suficiente y previa a un tratamiento, al paciente los riesgos que podrían derivarse de su realización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS FONSECA, J. L. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 173-192.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Legis Editores S.A., Vigésima Séptima Edición. Bogotá, D.C. 2012.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002. Expediente 12.706. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente 15.772. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto 25416 de junio 10 de 2004. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 27 Abril de 2011. Expediente 20.502. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera - Subsección B. Sentencia del 18 de octubre de 2011. Expediente 41.334. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera - Subsección A. Sentencia del 08 de junio de 2011. Expediente 19.360. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera - Subsección B. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Expediente 30.102. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancurt.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-845 de 2006.M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

DURÁN, V. M. (2001). Estado Social de Derecho, Democracia y Participación. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos. Valle de Bravo, México.

GONZÁLEZ MONROY, A.D. (2007). La Responsabilidad del Estado, de las Instituciones y de los Profesionales. Universidad Nacional, Bogotá, D.C. Recuperado de: www.unal.edu.co/bioetica/.../11_cuarta_parte_15_responsabilidad.do

GUERRA MORENO, D. (2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 157-184.

JIMÉNEZ BARÁ, N. (2012). Criterios para la configuración de la responsabilidad médica estatal en la práctica de la gineco-obstetricia en Colombia. Universidad Icesi, Facultad de derecho y ciencias sociales, Santiago de Cali.

PROCURADURÍA NACIONAL, Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, Concepto de Conciliación No. 17/2011.

TRONCOSO MOJICA, J. A. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 91-118.