



Responsabilidad Administrativa por Falla en la Prestación del Servicio de Salud

Docente

Paula Arévalo Mutiz

ENSAYO

LAILY MARITZA TORRES GARZÓN

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
2016**



Responsabilidad Administrativa por Falla en la Prestación del Servicio de Salud

Laidy Maritza Torres Garzón¹

Resumen

La descripción de la falla en el servicio de salud se toma a partir de los pronunciamientos del Consejo de Estado desde el año 2000 a la actualidad; ya que la problemática de la falla en el servicio de salud se está volviendo una constante en la actualidad colombiana; la aproximación teórica a esta figura acercara al lector a los conceptos básicos del tema y a entender los alcances implícitos que presenta en el contexto nacional

Esta realidad se centra en el inadecuado manejo de las situaciones médicas que se están presentando por parte de los entes hospitalarios junto con el personal especializado (médicos – enfermeros) y los escasos recursos que el Estado dispone para la gran cantidad de usuarios.

Al entender los manejos administrativos de las fallas en el servicio de salud se pueden entender las causales reincidentes que las causan y de esta manera encontrar mecanismos correctivos para atacarla de manera directa, la finalidad es disminuir la presentación de estas fallas.

Palabras clave

Responsabilidad administrativa, falla en el servicio, daño, riesgo, perjuicio, acción, omisión.

¹ Abogada, Universidad Militar Nueva Granada, estudiante de especialización en Derecho Administrativo, Profesional Litigios Empresa de Energía de Cundinamarca. Correo electrónico de contacto: laidytorres15@gmail.com



Abstract

The health service failures description is taken from the statements of the State Council since 2000 to nowadays. This problem is a normal issue in Colombia; the theoretical approach to this situation approach the reader to the basic concepts of the subject and understanding the implicit scope that have the national context.

This reality focuses on the inadequate management of medical situations that are happening in the hospitals and its specialized staff (doctors - nurses) and scarce resources that the State has for many users.

By understanding the administrative handling of health service failures, we can understand the causes to this problem and thus can find corrective mechanisms to attack it directly, the final aim is to reduce the presentation of these failures.

Key words

Administrative responsibility, service failure, hurt, risk, damage, action and omission.



Introducción

La Responsabilidad del Estado por las reincidentes fallas en la prestación del servicio de salud y las repercusiones a las que conlleva como lo es el pago de indemnizaciones y gasto del erario público, se convierten en un tema actual objeto del ensayo investigativo que se desarrolla a continuación.

Al realizar una aproximación teórica a la figura de la falla en el servicio con ocasión de la inadecuada prestación de servicios de salud e identificar las fallas en el servicio más comunes en atención a los pronunciamientos del Consejo de Estado, se deben tener claros algunos conceptos relevantes, a saber: a) Concepto de falla en el servicio, b) responsabilidad por falla en el servicio médico, en ese orden de ideas:

El primero, según, el módulo la falla en el servicio editado por Universidad Nacional Autónoma y a distancia en adelante UNAD (s.f.), “la falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura como nexo causal” (π. 2).

Este concepto tiene como complemento en este estudio el de la responsabilidad medica dado que la prestación del servicio de salud está a cargo del Estado, quien por ende es el garante de la misma y al no poder controlarlo completamente genera la falla en servicio médico; se explica el concepto de la Responsabilidad Medica.

De otra parte, el segundo que hace referencia a la Responsabilidad médica que supone:

Es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica.



La Responsabilidad Médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión; sin embargo, el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables –ética y legalmente-, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen. Recuperado de internet 05 octubre 2016 (SF)

Ahora bien, a través de este ensayo investigativo se espera identificar el tratamiento dado a la Responsabilidad del Estado por falla en el servicio de salud, para tal efecto, se debe comprender el trasfondo de la ley y de los derechos conculcados que hoy por hoy son vulnerados por al inadecuada prestación de servicios de salud y que ocasionan en uso de la demanda de reparación directa como mecanismo para su protección y ; esta acción la encontramos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 140.

La jurisprudencia viene presentando el concepto desde los años 90 y lo ha ido clarificando, ya que no era pertinente que la carga de la prueba recayera sobre el afectado sino debería ser la parte demandada quien demostrara que actuó con diligencia y cuidado en cada uno de los procedimientos realizados.

Es así, como la sentencia del 24 de octubre de 1990, proceso N. 5902, se convierte en un antecedente y gran avance para que el Estado adopte el término de la falla presunta en la actividad medica estatal.

Se deben entender cuáles son las particularidades de la reparación directa que se encuentran en el Código Contencioso (2011) art. 86:“Que esta acción de reparación directa puede ser instaurada por cualquier persona que crea haber soportado un daño por acción u omisión por parte del estado”.

Para evitar el continuo uso de la anterior acción se necesitan crear opciones, proyectos e intervenciones estatales para poder acrecentar los recursos humanos de enfermeras, médicos, especialistas e insumos de toda categoría para que el derecho a la salud pueda ser cubierto de la manera



indicada y con ello evitar estas fallas en el servicio de salud que conllevan a demandas y posibles gastos en pago de indemnizaciones.

Se puede concluir que la insuficiencia de recursos humanos y de suministro de materiales e instalaciones para la salud conlleva a la frecuente presentación de fallas en el servicio de salud y a configurar las demandas por reparación directa y sus consecuencias.

La investigación está enfocada a establecer ¿Cuál es el tratamiento administrativo que da el Estado a las demandas generadas por falla en la prestación de servicios en salud?; la idea principal es identificar los factores reincidentes en la falla del servicio de salud y buscar opciones para minimizarla.

La finalidad es describir el tratamiento administrativo en cuanto al manejo que le da el estado a las demandas de reparación directa por falla en el servicio de salud, analizar las políticas o leyes que se tienen para contrarrestar esa realidad creciente.

La temática utilizada define descriptivamente la falla en el servicio y las características que la configuran, identifican los tipos de fallas más comunes en el servicio de salud y las posibles soluciones para mitigar dicha falla y minimizar las demandas contra el Estado.

Los criterios utilizados para el desarrollo de este escrito son de tipo jurisprudencial emanados del Consejo de Estado, concordantes con la falla en el servicio de salud y revisando el marco normativo con el cual se realizan estos conceptos y sentencias.



Metodología

Se realizó una investigación de tipo cualitativo, donde se describen los antecedentes, conceptos y pronunciamientos sobre la falla en el servicio de salud y el tratamiento como resuelve el Consejo de Estado los conflictos que se le presentan. Para este escrito se utilizaron fuentes secundarias a saber: libros, artículos, revistas, periódico, trabajos de grado, normas actuales que tratan los temas estudiados, esta información fue clasificada y utilizada para la elaboración del ensayo la investigación, para el análisis de los texto se utilizaron fichas de análisis jurisprudencial y fichas de análisis documental; las fuentes son legales, jurisprudenciales, libros, documentos online.



Resultados y Discusión

Aproximación a la Responsabilidad del Estado por falla en el servicio

Las constantes demandas por falla en el servicio médico que tienen como resultado Responsabilidad del Estado, son el objeto de esta investigación desde la generalidad de las fallas en el servicio por parte del estado, las cuales abarcan variedad de campos donde cualquier administrado que se sienta afectado por el estado puede poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional para que se le pague por el daño causado hasta los antecedentes y cuál ha sido la evolución de este tema.

Se desarrolla desde los puntos de vista o ítems de:

1. La falla en el servicio.
2. La falla en el servicio de salud en específico.

Uno de los puntos a tratar son las políticas públicas y como se realiza el estudio de los proyectos de ley y el futuro cumplimiento.

Se necesitan opciones para acrecentar los recursos humanos de enfermeras, médicos, especialistas e insumos de toda categoría para que el derecho a la salud pueda ser cubierto de la manera indicada y con ello evitar estas fallas en el servicio y lo que ellas conllevan con la demanda para el estado.

Se debe precisar que la actividad médica es de medio no de resultado por ello se deben revisar cada uno de los componentes que se presentan en el momento para cada uno de los casos, dado que la configuración de la falla en el servicio médico puede tener diferencias representativas.

La Constitución del Estado de Cundinamarca de (1811).La responsabilidad objetiva del Estado se contempla desde que se determinó la obligación de la administración de indemnizar perjuicios en casos de



expropiación. El título V del poder público habla de la responsabilidad del rey y sus consejeros; lo que nos lleva a interpretar que la responsabilidad del estado está enmarcada en el ordenamiento jurídico desde diferentes escenarios y ha ido modificándose para llegar a la normatividad clara de la actualidad.

UNAD (SF):

En nuestro país a través de la Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896 se reconoce la responsabilidad del estado y la obligación de éste de reparar los daños producidos por sus agentes de acuerdo a las normas del Código Civil, pero hoy en día el régimen legal que se aplica es el de Derecho Administrativo a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con excepción a los asuntos que versen sobre situaciones de derecho privado“(p.3).

Con la Constitución de 1991 Colombia deja de ser un estado social donde solo se regía por las leyes y pasa a ser un Estado Social de Derecho en donde los gobernantes y sus instituciones deben hacer prevalecer los derechos y valores constitucionales.

La Constitución en su capítulo cuarto artículo 90 nos habla de la Responsabilidad Patrimonial Del Estado, abriendo con ello el camino para que se empiece el debate sobre cómo se puede llegar a ser víctima del Estado, se empiezan a configurar los casos hasta llegar a nuestro objeto de estudio que es la Responsabilidad por Falla en el Servicio.

En el texto Armenta (2009), tiene diferentes tesis, desde la constitución de 1991 se amplía el marco en el cual el estado entra a responder de manera extracontractual y por ende debe responder por todo daño comprobable patrimonialmente, además no es solo una responsabilidad objetiva dado que se pueden configurar otros elementos utilizados antes de la constituyente de 1991.

López (2001) encuentra que La falla en el servicio surgió en el derecho público debido a que se necesitaba establecer reglas para el interés general, y hace que sea una obligación de los gobernantes dar soluciones y proteger a sus administrados.



La falla en el servicio se configura mayormente por omisión aunque se debe responder económicamente por acción u omisión, ya que con las leyes actuales tan garantistas dan todas las ventajas al administrado frente a la administración.

Tamayo (2013) afirma que hay una gran diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del estado, porque aunque el derecho público trata de alejarse del derecho civil en muchos aspectos recurre a sus principios.

Este tipo de procesos es de connotación probatoria, dirimida el conflicto y estudiados los hechos y pruebas por el juez asignado.

La evolución de la responsabilidad del estado por falla en el servicio es jurisprudencial y va paso a paso regulándose según los casos que se presenten. Para entender el presente escrito Se deben tener conocimientos claros de la terminología utilizada:

Responsabilidad del estado

La responsabilidad de la falla en el servicio es el tema coyuntural del estudio por ende se procede a conceptualizar cada uno de los elementos que la componen, según la

Corte Constitucional (C644/2011). Concluye:

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente. (Corte Constitucional Colombiana, C-644/2011, p.2)



Falla en el Servicio

UNAD (SF) **Lección 3:** Falla en el Servicio por parte de la Administración, Recuperado 28 marzo 2016, en datateca.unad.edu.co. INFORMA: La falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura como nexa causal.

Lo que lleva a informar por parte de la UNAD (SF). Las características de la falla en el servicio:

- ✓ Se pasa de una culpa individual a una culpa de la administración en virtud de una falla en el servicio prestado.
- ✓ Se presumirá la culpa del Estado, por el hecho de prestar en indebida forma los servicios que debe prestar, entre los que se encuentran los servicios públicos.
- ✓ La persona que sufre perjuicios deberá probar el nexa causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio.
- ✓ Solo podrá eximirse de responsabilidad al Estado cuando se demuestre que la falla en el servicio se dio por consecuencias extrañas, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima.
- ✓ Cuando el daño se produzca por un servidor del Estado en ejercicio o en virtud de sus funciones, el Estado tendrá que responder por el daño y luego este ejercerá la acción de repetición contra el funcionario ejecutor del daño.
- ✓ Si el daño es generado por un funcionario del Estado, fuera de sus funciones administrativas, éste responderá a título personal.

Aunado a los anteriores conceptos se encuentra que la responsabilidad del estado se configura de diferentes maneras; se detallaran los conceptos pertinentes a la falla en el servicio de salud, como lo son:



Responsabilidad Médica por Acción u Omisión

Ruiz W. (SF) Contempla un abanico amplio de definiciones. Hace referencia al compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.

En el ámbito derecho, en cambio, se habla de responsabilidad jurídica para describir la violación de un deber de conducta que ha sido respaldado con anticipación desde una norma jurídica. A diferencia de una norma moral, la ley surge de un organismo externo al sujeto el estado y es coercitiva.

Actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el profesional no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría.

Dadas las consecuencias que se presentan por las fallas en el servicio de salud se deben conceptuar las posibles secuelas, entre las cuales se encuentran:

Indemnizar – Resarcimiento

Tenera (2008) informa: Es la **acción y efecto** de resarcir. Este verbo, con origen en un vocablo latino y hace referencia a reparar, compensar o indemnizar un daño o perjuicio.

En el ámbito jurídico, hay un concepto que se conoce como Indemnización por daños **y** perjuicios que también se llama simplemente resarcimiento. Se trata de una acción que se le otorga a la víctima o a un acreedor para exigir parte de la cantidad de dinero equivalente a la totalidad de los beneficios que se han perdido a causa de una determinada acción de una persona específica.



Perjuicio

Tenera (2008) informa que: Término latino *praeiudicium* se transformó, en nuestro idioma, en perjuicio. Este concepto refiere a las consecuencias de perjudicar, una acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo.

En el ámbito del derecho, se entiende por perjuicio a un menoscabo que requiere de la indemnización de quien lo genera. Esto quiere decir que la persona que provoca el perjuicio debe pagar (indemnizar) a la víctima. Por extensión, se conoce como perjuicio a la indemnización en sí misma.

Al conocer los conceptos de las posibles consecuencias, se deben revisar qué acciones pueden conllevar a su configuración, entre varios se desarrollaran los siguientes:

Riesgo Excepcional

Ossorio (2002) lo describe como una modalidad de la responsabilidad; quien tiene a su cargo un peligro que se puede causar y que la otra parte no tiene por qué soportar.

Daño Directo

Ossorio (2002) informa: Es el que resulta de manera inmediata de la acción u omisión culposa o dolosa. Este término se complica según las restricciones de cada ordenamiento jurídico.

Actos Médicos

Tamayo (2013): declara que constituyen todos aquellos actos cuyo cumplimiento presenta serias dificultades y requieren conocimientos adquiridos a costa de estudios prolongados; entre los cuales están los diagnósticos, exámenes complejos, interpretación de resultados, tratamiento, medicamentos, prestación del servicio completo.

El Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, 1995-00935. 11 de mayo de 2006 conceptúa que la declaratoria de



responsabilidad por el servicio médico a cargo del Estado se ha enmarcado siempre en el régimen subjetivo de responsabilidad, esto es en el régimen de falla en el servicio donde predomina el elemento de la culpa.

Se debe hacer claridad sobre los elementos que componen la falla en el servicio, los cuales son el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio (falla) y la relación de causalidad que se refiere a la evidencia o comprobación que el daño se produjo como consecuencia de una falla.

Luego de clarificar los conceptos relacionados con el tema y al realizar diversas lecturas se puede llegar a una premisa, considerando la falla se habla de la salud en cuanto a sus servicios en general y se observan las repercusiones que se han presentado por las constantes demandas por falla en el servicio médico ya que reducen el capital que se puede invertir en hospitales públicos como lo es su calidad, cantidad de personal, equipos de dotación, insumos y en general todo tipo de elementos que se necesitan para un funcionamiento excelente y adecuado que se adapte a las condiciones de la comunidad según sea el caso.

Esto lleva a que el servicio de salud se preste en condiciones deterioradas y deplorables; en la actualidad la configuración de la falla en el servicio médico se está tornando muy fácil de probar, ya que con las condiciones actuales del servicio médico Colombiano y con la cantidad de garantías que se encuentran en la legislación es muy fácil que con el número tan elevado de consultas, procedimientos, intervenciones, diagnósticos, urgencias y demás sucesos médicos pueda presentarse un alto porcentaje de demandas por mínimo que sea el daño causado y el valor solicitado para resarcir el mismo.

La falta de condiciones e implementos adecuados para la prestación del servicio de salud tiene al personal médico muy vulnerable a enfrentar este tipo de procesos junto con el Estado que en este caso es el garante de que esta



actividad peligrosa se realice con todas las normas de seguridad, higiene, profesionalismo, integridad, elocuencia y fiabilidad y aunque se entiende que es realizada de la mejor manera no dejan de presentarse este tipo de errores que terminan con procesos de responsabilidad administrativa por falla en el servicio médico.

Esta responsabilidad siempre se trata como civil extracontractual, está estipulado en el artículo 49 de la Constitución Nacional que define el servicio de salud como servicio público a cargo del Estado, sea que se preste en forma directa o bajo su supervisión y control.

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, 1999-1690. 14 de febrero de 1992 indica se revelan diferentes tesis como la falla inferida y la falla presunta, la primera considera aceptable la prueba a través de la acreditación de las circunstancias del caso, en la segunda se invierte la carga probatoria a la entidad demandada.

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, 1999-01065. 12 de agosto de 2014 indica que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, debe ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante.

Según el Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de marzo de 2011 describe los eventos de responsabilidad médica por el régimen objetivo así:

1. Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento, o tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico,



- aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa.
2. Cuando respecto a un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo.
 3. Cuando el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas, (ejemplo medicina nuclear).
 4. En supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos.
 5. Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria. (Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia del 24 de marzo de 2011, p 16)

Continuando con el desarrollo de la falla en el servicio de salud y al conocer anteriormente los eventos por los cuales se configura, se procede a relacionar las fallas en el servicio de salud más comunes en atención a los pronunciamientos del Consejo de Estado según recopilación realizada desde el año 2000 al 2016 las cuales son: a) Falla en el servicio por diagnóstico tardío, b) Falla en el servicio por error en el diagnóstico, c) Falla en el servicio por atención tardía o pérdida de la oportunidad; d) Falla en el servicio por irregularidades en la prestación del servicio (no tener los elementos, equipos necesarios o traslados, e) Falla en el servicio por omitir tratamiento, f) Falla en el servicio post operatoria, g) Falla en el servicio por falta de consentimiento, h) Falla en el servicio por excederse en tratamientos o cirugías

La intención es conocer los conceptos anteriores para entender el contexto del estudio. Se debe entender que el diagnóstico es competencia exclusiva del médico lo mismo que el pronóstico, esta es una de las pautas que más configuran la falla en el servicio de salud.

Falla en el servicio por diagnóstico tardío.

El diagnóstico tardío ocurre cuando se pasa por alto una condición médica como consecuencia de una revisión negligente, lo cual da lugar a que la condición médica empeore antes de ser detectada. No tratar ciertas enfermedades puede traer como consecuencia el homicidio culposo del paciente. Getlegal.com *Diagnostico Erróneo*. Recuperado el 05, Octubre 2016.



Falla en el servicio por error en el diagnóstico.

En algunos casos, se hace un diagnóstico completamente equivocado al basarse en síntomas que pueden ser similares a la condición médica real. En estos casos, un médico puede haber realizado un examen inadecuado y haber hecho un diagnóstico basándose en los resultados negligentes. Esto puede ocasionar que el médico recete medicamentos innecesarios errores en la medicación y, además, ocasiona que la condición médica erróneamente diagnosticada no sea tratada.

Otro caso de diagnóstico erróneo ocurre cuando no se detecta una condición médica secundaria y se receta un medicamento incorrecto o inadecuado. Getlegal.com *Diagnostico Erróneo*. Recuperado el 05, Octubre 2016

Falla en el servicio por omitir tratamiento.

Este concepto se construye a partir de lecturas variadas y se puede interpretar de la mano con la falla anterior y la siguiente ya que al tener un diagnóstico equivocado no se formula el tratamiento adecuado y por ende se perjudica la salud del paciente por haber perdido la oportunidad y el tiempo de medicar el tratamiento correcto.

Aunque la omisión del tratamiento no solo es por error se puede producir por trámites administrativos como autorizaciones o por no contar con agenda abierta de la especialidad necesitada ya que por los costos a los que conllevan las EPS no tienen suficientes profesionales ni equipos para abordar la demanda de servicios.

Falla en el servicio por atención tardía o pérdida de la oportunidad

El Consejo de Estado. Sección tercera. Exp.11878, febrero 10 de 2000, conceptúa:

La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es



decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría. (p 1-2)

Falla en el servicio por irregularidades en la prestación del servicio (no tener los elementos, equipos necesarios o traslados)

Realizada la lectura e investigación en el tema se puede concluir que esta falla se relaciona con la falta de insumos, personal e instalaciones para la adecuada prestación de servicios de salud; esta falla se configura por que las instituciones no tienen las adecuaciones necesarias para el cabal cumplimiento del objeto para el cual fueron creadas; aunado a lo anterior la tramitología administrativa, las autorizaciones y los mínimos insumos con los que cuenta la red de salud, siendo un complicación que solo se puede solucionar con recursos provenientes del Estado ya que con los que se cuentan son escasos para atender las solicitudes de los ciudadanos.

Falla en el servicio post operatoria.

Este concepto se crea con base a diferentes lecturas realizadas, ya que las cirugías son de medio no de resultado y luego de ellas se tiene un tiempo de espera para verificar los efectos; aquí hay varios aspectos como lo son la practica en si misma de la cirugía, las instalaciones donde se realizó, los cuidados luego de realizada tanto por parte del equipo tratante como del paciente, la reacción del paciente frente a la cirugía.

Lo que lleva a tener infinidad de posibilidades para ser configurada desde una infección contraída en el quirófano, una mala praxis de la cirugía, cuidados no acordes con la necesidad del paciente, omisión de cuidado o irregularidad en el mismo.

Falla en el servicio por falta de consentimiento informado.

En su estudio Monsalve & Navarro El Consentimiento Informado (2014) detallan que la Constitución de 1991 se encuentran los pilares del consentimiento informado, como lo son la dignidad humana (art 1), la intimidad (art 15), la autonomía



de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad (art 16), por estar en la Constitución Nacional que es norma de normas prevalece sobre las demás leyes.

En el año 1991 el ministerio de salud adopto el Decálogo de Derechos de los Pacientes, aprobado por la Asociación Médica de Lisboa, informa en su artículo 1 parágrafo 2:

Todo paciente sin discriminación alguna tiene derecho: A disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones sicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos a los que dicho tratamiento conlleve, también su derecho a que le o sus familiares den el consentimiento o rechacen los mismos

La no explicación correcta y la falta de material probatorio de la misma conllevan a la configuración de esta falla. (P.44-45)

Falla en el servicio por excederse en tratamientos o cirugías

Guzmán, Franco & Roselli (1996) informan sobre:

El acto médico por su propia naturaleza acarrea consecuencias legales dado que incide sobre un sujeto de derechos, se entiende que en el caso de los tratamientos o cirugías el personal pone a disposición todo su conocimiento y capacitación pero en estos casos es una actividad de medio no de resultado, ya que cada organismo o persona reacciona diferente a los tratamientos, medicamentos o cirugías; con esto se da por entendido que este tipo de fallas son demandables según etapa probatoria y no el resultado de la misma ya que no es predecible se esperan los mejores resultados pero no siempre se obtienen.(p.142).

Criterios del consejo de estado para el tratamiento de la falla en el servicio. Mostrar

Al iniciar este estudio se ve reflejado, por la poca información que se tiene mucho fondo a tratar y que es un tema al que le falta investigación; uno de los medios en los que se apoya el trabajo es en los pronunciamientos de las altas cortes como se procede a expresar con los siguientes autores y pronunciamientos de la Corte.

Serrano (2004). Aunque en un principio el Consejo de Estado se negaba a conocer de este tipo de procesos argumentando que no tenía competencia y con ello



solucionaba los procesos asignados pronunciándose únicamente de forma y no de fondo dejando las controversias sin dirimir; con la cantidad de casos demandados que han ido en aumento se vio en la necesidad de realizar un pronunciamiento acorde a la situación y para evitar que siguiera existiendo un vacío en la normatividad.

Así, la Ley 23 de 1981 establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme a la ética médica, a continuación se tienen unos apartes de dicha ley:

ARTICULO 1o. (...) 1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

Entre otros ítems se tiene la variedad de influencias externas en los resultados, la relación médico-paciente, el cumplimiento de sus deberes y la función social de los profesionales de la medicina, del tiempo dedicado a cada paciente, el compromiso adquirido, los métodos correspondientes y la utilización adecuada de todos sus recursos para el cabal cumplimiento de su profesión.

El tratamiento que el Consejo de Estado le da a la falla en el servicio es de manera particular y concreta en cada caso ya que por las características propias de la falla en el servicio de salud su configuración es diferente por las circunstancias de modo, tiempo, lugar, edad del afectado, perjuicio causado, acción u omisión realizada por la institución hospitalaria.

Según lo anterior se van a distinguir algunas de las posturas del Consejo de estado.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. 2002-00375-01, CP. Danilo Rojas Betancourth.

Esta sentencia nos habla del caso de una menor de edad de tres años que fue trasladada por sus padres al centro de salud en Villavicencio con



síntomas de vómito y fiebre, se realizó la revisión de rutina y se solicitaron unos exámenes los cuales no fueron procesados ese día ya que al ser viernes no había laboratorio por ende enviaron a la paciente a su casa con medicación mientras llegaba el día lunes para tener el resultado de los mismos, el día lunes llega la paciente con síntomas agravados y su estado de salud menoscabado, al leer el resultado de los exámenes el diagnóstico fue Dengue Hemorrágico, el tratamiento no fue el indicado y la menor muere.

El Consejo de Estado se pronuncia de fondo con los siguientes argumentos:

De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra acreditado el daño invocado por la parte actora, pues está probado en el expediente que la menor María Fernanda Agudelo Suárez, presentó complicaciones en su estado de salud que ocasionaron su muerte. p.17

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. p.21

Considera la Sala 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. p.21

Cabe resaltar que la falla del servicio en este caso reviste una mayor gravedad por tratarse la paciente, de una niña menor de edad, es decir sujeto de especial protección por parte del Estado, toda vez que la Constitución Política de 1991 establece la prelación de los derechos de los niños. La Corte Constitucional en sentencia T-760-08 enfatizó en las medidas de protección especial que se debe a los menores, las cuales deben tener por finalidad garantizar a los niños su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así se pronunció la Corte frente al derecho a la salud de los menores. (p.22)

Corte Constitucional, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, actora: Luz Mary Osorio Palacio y otros (acumulado), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto 'fundamental', debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para



defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

En el caso anterior, la Corte se pronuncia a favor de los demandantes ya que se probó todo tipo de negligencias por no haber remitido a la menor a un hospital de mayor complejidad y por haber omitido el deber de cuidado del paciente, reviste mayor gravedad por ser una paciente menor de edad ya que los derechos de los niños prevalecen frente al resto del conglomerado.

La siguiente sentencia muestra la falla de la pérdida de oportunidad.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. 1997-03715-01, CP. Hernán Andrade Rincón.

En esta sentencia se demanda la pérdida de oportunidad por el retraso presentado en la intervención al señor Otoniel Porras, que luego de una herida de proyectil fue intervenido presentando fallas postoperatorias que obligaban a una segunda intervención que fue realizada tardíamente por lo que se conlleva a la muerte del paciente.

El consejo se pronunció de la siguiente manera:

La Constitución de 1991 en el artículo 49, determinó que la atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Simultáneamente con los grandes avances de la medicina surgen hoy movimientos encaminados a lograr una creciente humanización de los derechos de los pacientes que se traduzca en atención de mayor calidad, respeto a su intimidad, creencias y costumbres y el derecho de escoger el médico libremente.

En desarrollo de tales previsiones, la Resolución 13.437 del 1° de noviembre de 1991 expedida por el Ministerio de Salud, además de crear los Comités de Ética Hospitalaria, adoptó el “Decálogo de los Derechos de los Pacientes”.



Entre los derechos que la resolución reconoce a todo paciente, figuran expresamente:

"(...) 3. Su derecho a recibir un trato digno..."

"(...) 5. Su derecho a que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, la mejor asistencia médica disponible..."

La Sala ha querido hacer referencia a todo lo anterior, porque allí se encuadra el contenido obligacional de las prestadoras de servicios médicos, contenido obligacional que no fue observado por la entidad demandada, por cuanto del estudio de la historia clínica, del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la re intervención del paciente Otoniel Porras, quien pese a que presentaba un alto grado de sepsis y que necesitaba una atención inmediata, no la obtuvo, circunstancia que configuró una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía, situación que sin duda implicó la afectación de su dignidad como paciente y la de su núcleo familiar.

En esta sentencia se protege a los menores de edad hijos del fallecido y se configuran tres tipos de fallas de nuestro estudio; Falla en el servicio por atención tardía o pérdida de la oportunidad, Falla en el servicio por irregularidades en la prestación del servicio (no tener los elementos, equipos necesarios o traslados) y Falla en el servicio post operatoria.

En esta última sentencia se tiene la postura del Consejo de Estado en la negación de configuración de la falla en el servicio de salud.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. 2001-00592-01, CP. Hernán Andrade Rincón.

Por muerte del señor Osvaldo Franco se presenta demanda de reparación alegando la falla en el servicio de salud por falla en el servicio post operatorio y falla en el servicio por irregularidades al no tener la tecnología necesaria para su atención.

El hospital anexa en su defensa el historial médico donde se demuestra todas las atenciones, cirugía, tratamientos y citas médicas a las cuales accedió el señor Franco.

Luego del estudio del acervo probatorio la Corte se pronuncia de fondo:



La Sala observa que en el presente caso no hay lugar a imputar falla alguna a la entidad demandada, pues del material probatorio obrante en el proceso puede inferirse que el actuar del personal médico no fue erróneo ni descuidado, pues se probó que desplegó toda la actividad médica necesaria de manera adecuada, oportuna y de conformidad con la "*lex artis*" para atender un cuadro clínico como el que presentó el paciente, pero que, por circunstancias ajenas a la prestación del servicio médico, este presentó complicaciones, lo cual demuestra que para el *sub exámine* no existen pruebas que lleven a la Sala al convencimiento de que la muerte del señor Osvaldo Enrique Franco Reines hubiese sido consecuencia de la conducta negligente del personal médico de la entidad demandada o de la deficiencia en las instalaciones adecuadas de la institución, tal y como lo calificó la parte actora.(p.3)

En consecuencia, si bien se demostró el daño que sufrieron los demandantes, este no le es atribuible a la entidad demandada, puesto que, se insiste, no se demostró que ello obedeciera a una falla en la prestación del servicio médico. En ese orden de ideas, para la Sala no existe criterio de causalidad que permita vincular la conducta o comportamiento del personal de la entidad demandada con hechos desencadenantes del daño, pues, se reitera, no obran elementos de convicción que permitan inferir que habrían sido las omisiones e irregularidades en el servicio médico prestado las que produjeron el hecho dañoso. (p-24)

En esta sentencia se logra desvirtuar los requisitos de configuración de la falla y en este caso en particular se demuestra la carga que debe estar a cargo del paciente frente a los tratamientos recibidos.

Luego del análisis de las sentencias anteriores se ve reflejado el tratamiento que le da el Consejo de Estado a las demandas interpuestas por la falla en el servicio de salud, en lo que respecta a que se debe demostrar que todos los elementos que la configuran se encuentran en el hecho que da origen a la acción.

Al igual que se debe proceder a estudiar caso por caso cada una de las demandas ya que la generalidad no aplica en estos casos ya que las circunstancias de cada proceso pueden variar la sentencia del mismo.



Conclusiones

El tratamiento administrativo dado a las demandas por fallas en el servicio de salud es variado ya que los elementos de cada uno de los posibles procesos son diferentes y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que acontecieron pueden cambiar drásticamente el fallo a favor o en contra del Estado.

El Consejo de Estado tiene parámetros claros ya expuestos dentro del contenido de este escrito, los cuales se aplican en cada una de las fallas y con las cuales se ha podido tener un criterio claro de aplicación para futuros casos.

Aunado a lo anterior se tienen otro tipo de situaciones que ayudan a la configuración de la falla como lo son la insuficiencia de recursos humanos y de suministros en materia de salud conlleva a la presentación de fallas en el servicio y a configurar todos los factores para las demandas y sus posteriores efectos; aunado a ello las leyes que regulan la salud de forma garantista y los medios a los cuales los ciudadanos tienen acceso para proteger sus derechos, están configurando una lista incontable de sentencias en contra del estado.

Luego del estudio realizado se pueden hacer algunas recomendaciones:

Que se cree una regulación para la presentación de proyectos de ley para hacerlos reales frente a las necesidades de la comunidad y las posibilidades del Estado, además de adoptar políticas y correctivos para mejorar los servicios y en lugar de tener que pagar sentencias condenatorias esos recursos se inviertan en el mejoramiento de la salud, sus equipos, insumos y capacitación al personal médico.

Se podría llegar a concluir que el poder legislativo debe realizar estudios profundos en el tema que están legislando para evitar promulgar leyes que se queden en papel dado que no se tienen los recursos económicos para cumplirlas; ya que estas leyes garantistas provocan más derechos de los que se pueden cumplir y desangran a la nación los recursos que se necesitan para todos los proyectos sociales.



Referencias Bibliográficas

Armenta A. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia el título jurídico de la imputación. *Revista Vía Juris*. Vol6. Pp. 88-112.

Botero, E. Tesarudo de Responsabilidad Extracontractual del Estado (Jurisprudencia 2012-2014). Vol2. Ciudad: Bogotá. Editorial Temis.

Castaño, M (2003). Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado. Ciudad: Bogotá. Editorial Temis.

López, J (2001). *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Ossorio M. (2002). Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales. Ciudad: Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Tamayo j. (2013). *Sobre la Prueba de la Culpa Médica*. Ciudad: Medellín, Biblioteca Jurídica. Dike

Tenera L. (2008). Breves Comentarios Sobre el Daño y su Indemnización. *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 7. Recuperado de internet 08 marzo 2016.

Saavedra R. (2008). La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ciudad: Bogotá Ibáñez Quinta edición.

UNAD (SF). Lección 3 Falla en el Servicio por Parte de la Administración. Modulo gestión Pública y Derecho Administrativo.

Recuperado 28 de marzo de 2016 en http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_3_falla_en_el_servicio_por_parte_de_la_administracin.html

UNAD (SF). *Lección 1 La Responsabilidad del Estado y Regímenes de Responsabilidad*. Modulo gestión Pública y Derecho Administrativo. Recuperado 07 de mayo de 2016 en



http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_3_falla_en_el_servicio_por_parte_de_la_administracin.html

Getlegal.com *Diagnostico Erróneo*. Recuperado el 05, Octubre 2016 en <http://espanol.getlegal.com/legal-info-center/diagnostico-erroneo/>

Fuentes normativas o jurisprudenciales

Código Civil Ley 75 1885, Artículos 86, 135-144. 2012 (Colombia)

Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) Ley 1437 2011, Artículo 2341. (Colombia)

Constitución Nacional de 1991, (CN). Artículo 90. 1991(Colombia)

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B sentencia del veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 17001-23-31-000-1996-7003-01(20374).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, once (11) de Mayo de dos mil seis (2006), Radicado número 68001-23-15-000-1995-00935-01 (14400).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), Radicado número 76001-23-31-000-1999-1690-01 (25416).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: C644/2011

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011), exp. 20836. CP Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, cinco (5) de marzo de dos mil once (2011), Radicado número 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102), CP. Danilo Rojas Betancourth.



CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013), exp. 30283. CP Danilo Rojas Betancourt.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicado número 05001-23-31-000-1999-01065-01 (29721).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicado número 25000-23-26-000-1995-11369-01 (27771).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), Radicado número 47001-23-31-000-2001-00592-01 (35606).