

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
DIRECCION DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

PROPUESTA DE INVESTIGACION

**FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO EN LA CIUDAD DE
BOGOTA**

LINEA DE INVESTIGACION

**DERECHO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y BLOQUE DE
CONSTITUCIONALIDAD**

**DOCTOR. CARLOS ARTURO HERNANDEZ DIAZ
Docente Universidad la Gran Colombia
Faculta de Postgrados**

BOGOTA D.C. JUNIO 5 DEL 2015.

Artículo Sustentación Trabajo de Grado

Pregunta Problema.

¿El pase de la muerte se puede considerar como una falla del servicio médico y/o administrativo en la Ciudad de Bogotá?

Lesllye Tatrief Pinzón Coronado

Yesica Stefanny Conteras Peña

Diana Roció Rojas Sosa

Presentado a

Doctor. Carlos Arturo Hernández Díaz
Docente Universidad la Gran Colombia
Faculta de Postgrados

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
Facultad de Postgrados
Especialización en Derecho Administrativo
Bogotá D.C. 2015

Tabla de Contenido

Contenido	
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
OBJETIVOS	8
1.1 OBJETIVO GENERAL.....	8
1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	8
JUSTIFICACIÓN	9
METODOLOGÍA	10
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	10
Análisis de documentos	10
EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA Y UN RETROCESO A LAS TEORIAS DE LA FALLA PRESUNTA Y FALLA PROBADA EN EL SERVICIO MÉDICO.....	10
La teoría de la falla probada.....	13
La teoría de la falla presunta	15
Lex Artis en la falla de la prestación del servicio medico	17
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA FALLA DEL SERVICIO.....	20
Falla Probada del Servicio Médico	20
Falla Presunta del Servicio Médico Estatal.....	21
Criterio del Daño Antijurídico como Fundamento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado	22
Concepto de la Carga Dinámica de la Prueba.....	22

Presunción de Causalidad	23
GRÁFICO SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA Y DAÑO ANTIJURÍDICO.....	25
POSICIÓN CRÍTICA JURISPRUDENCIAL	29
Calidad del Servicio.....	33
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

Tabla de Gráficos

Sentencias de Responsabilidad Medica 1	25
Percepcion del Servicio de Salud 2	8
Congestión en salas de urgencias 3.....	32

FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.

Leslye Tatrief Pinzón Coronado

Yesica Stefanny Conteras Peña

Diana Roció Rojas Sosa

RESUMEN

Este trabajo se desplegará como Tesis a fin de obtener requisito de grado en la Especialización Derecho Administrativo, en este desarrollaremos la falla en la prestación del servicio médico en la Ciudad de Bogotá, cuales son las causas que genera que la prestación del servicio médico sea deficiente y que ordenamiento legal se ha generado para controlar este error en el que habitualmente están involucradas las EPS y las Clínicas de la Ciudad de Bogotá, así mismo determinaremos que es la falla presunta y la falla probada en el sistema de salud. Para poder desarrollar esta tesis tendremos que entrar a buscar e interpretar a cerca de lo que ha expresado el Consejo de Estado en la Sección Tercera, y las altas cortes, referente al tema a tratar y que precedente a sentado sobre el mismo, concluyendo que ha generado la falla de la prestación del servicio médico específicamente en Bogotá y qué medidas ha tomado el Estado para combatir o acabar con esta problemática que afecta a la ciudad.

Palabras Clave: Prestación del servicio, Falla del servicio, Responsabilidad, EPS, Falla Presunta y Falla Probada.

ABSTRACT

This work will be displayed as a thesis to obtain requisite degree in Administrative Law Specialization this failure will develop the delivery of medical services in Colombia, will touch issues like that generates causes the failure of medical services in the health system in Bogotá and that legal code was generated to control this error that are usually involved the EPS and clinics in the city of Bogotá, also determine who is the alleged failure and tested in the health system fails to develop this thesis we have to go find and interpret about what has expressed the State Council in its Section III concerning the topic, and previous to sitting on it, leading to develop conclusion that generated the fault the provision of medical services specifically in Bogota and steps taken by the state to control or eliminate these problems affecting the country, and consequently that damages can eventually cause the Colombian population.

Key Words: Provision of service, service failure, Responsibility, EPS, and Falla Alleged Tested.

INTRODUCCIÓN

La falla del servicio se establece cuando la administración no cumple con las funciones establecidas en la Constitución Política de Colombia, generando una mala prestación del servicio que conlleva a graves consecuencias para los usuarios.

La conducta de la administración está plasmada en un servicio que funcionó mal, que no funcionó o no se prestó en el momento adecuado, esto no supone “que el elemento culpa esté ausente de la responsabilidad por falla del servicio”. (CE 3, 24 de Oct.1990, G. Greiff.)

Al contrario, durante varios años se ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo, por parte de la administración sin importar quien fue la persona que generó el daño o que intervino en él.

La falla del servicio se puede catalogar de manera de imputación y a responsabilidad del estado, que conlleva a una clasificación subjetiva del accionar de la administración, esta corresponde a una noción de responsabilidad, siendo antijurídico, esto quiere decir que es aquella conducta que se considera contraria a derecho, en el cual la administración realiza un hecho culposo generándole un daño a una persona determinada.

La falla médica ha sido uno de los generantes de mayor responsabilidad estatal, a razón de la deficiente prestación del servicio público de salud prestada a través de las entidades particulares y vigiladas por el Estado.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se produce una reforma que genera la pérdida de concepción de lo que debe ser la seguridad pública que motiva a la prestación de los servicios de salud, esto se da a raíz de la pérdida de confianza de los usuarios con los servicios que presta el estado; como consecuencia de los malos diagnósticos y procedimientos realizados por profesionales de la salud.

Actualmente los servicios de salud son prestados en la mayoría de los casos por entidades

privadas, siendo el Estado el encargado de la vigilancia y control, velando que la prestación del servicio se de en debida forma y de no ser así, surge la responsabilidad para la entidad promotora de salud y en casos de las EPS subsidiadas, surge la responsabilidad para el Estado.

Por lo anterior se abordará como pregunta problema la siguiente *¿El pase de la muerte se puede considerar como una falla del servicio médico y/o administrativo en la Ciudad de Bogotá?*

OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar que causas genera la falla del servicio médico en el sistema de salud de Bogotá, y que ordenamiento legal se ha generado para controlar este error en el que habitualmente están involucradas las EPS y las Clínicas de la Ciudad de Bogotá.

1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Analizar que es la falla presunta y la falla probada en el sistema de salud.
- Determinar que genera la falla del servicio en el sistema de salud en la ciudad de Bogotá.
- Explicar la jurisprudencia que se ha generado por el consejo de estado sección tercera, en

cuanto a la falla del servicio prestado por las EPS.

JUSTIFICACIÓN

La responsabilidad médica, por muchos años ha sido generadora de debates en nuestro país, algunas de las decisiones del Consejo de Estado en los últimos años permiten percibir una intención de cambio respecto a las variadas sentencias en las que se ha pronunciado el Consejo de Estado.

“En efecto, desde 1992 el Alto Tribunal de lo Contencioso-Administrativo era unánime en su posición en cuanto a la aplicación de la teoría de la “falla presunta” del servicio médico-asistencial, en razón a la consideración que, en términos de prueba, el paciente se encontraba en una posición de inferioridad, debido a los múltiples inconvenientes que para él significaba demostrar la culpa o falla de la administración cometida y en el criterio de mayor facilidad para la parte médica, en cuanto a la aportación de las pruebas necesarias para el establecimiento de la responsabilidad en juicios de esta naturaleza.” (Fernandez, 2009, p. 74 – 92).

Conforme a lo anterior, podemos afirmar y ver la desigualdad que se genera entre el médico y el paciente, toda vez que al primero le es más fácil demostrar lo sucedido, ya que conoce los procedimientos y protocolos realizados y quienes fueron partícipes de ello.

METODOLOGÍA

La distribución del trabajo constó de las siguientes etapas: recopilación de la información general y análisis de la información llevando a un tipo de investigación formativa.

En cuanto a la metodología utilizada en nuestra investigación, trabajamos el método cualitativo, toda vez que el objeto principal de conocimiento es el análisis documental, recopilación de información tanto en páginas Web, libros, reportajes, entre otros.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Análisis de documentos

Consiste en la recolección y manejo de los datos cuya fuente reposa en archivos oficiales o privados y sobre los cuales el investigador no tiene control. Su análisis puede ser cualitativo o cuantitativo y su utilidad radica en poder confrontarlos o planear con ellos estudios posteriores. Los documentos pueden ser privados u oficiales.

El derecho a la salud en Colombia y un retroceso a las teorías de la falla presunta y falla probada en el servicio médico

El Estado Colombiano es quien tiene la responsabilidad de brindar este derecho fundamental a todos sus ciudadanos sin exclusión alguna, en un principio este derecho no era

tomado como derecho fundamental autónomo, ya que anteriormente este debía ser accionado en conexidad con el derecho a la vida, pero la jurisprudencia constitucional ha evolucionado en esta materia, para que actualmente se tutele el derecho a la Salud como fundamental y autónomo, sin conexidad con otro derecho.

“Al ser tomado como un derecho fundamental no constituye ninguna traba por parte del Estado, por el contrario se constituye como esencial y primario, razón por la cual el Estado se encuentra obligado a garantizar su presentación de manera eficiente y oportuna, en aras de salvaguardar la vida e integridad de las personas”.(CE 3, 18 de Feb. 2010, E. Gil).

El derecho a la salud es un servicio público y fundamental, en cabeza del Estado Colombiano, por lo anterior recordaremos cuales son las características del derecho a la salud que existe actualmente en nuestro país

El Derecho a la Salud debe prestarse de manera oportuna:

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho. Esta sería una forma de violar el derecho a la salud, lo anterior con base en un análisis de la sentencia de la Corte Constitucional en Tutela 635/2001 Magistrado Ponente M. Cepeda, la cual establece:

“Cuando una E.P.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos tales como el vencimiento de un contrato con una I.P.S., demora la prestación del servicio de salud requerido por una persona que padece una enfermedad catastrófica, vulnera el derecho a la vida de ésta. Solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud a personas en situaciones graves.”

Lo anterior indica, que los trámites administrativos y las demoras que ocasiona el tener acceso a una cita médica, la aprobación de una cirugía de alto costo, entre otros, no permite tener un sistema de salud oportuno debido a las múltiples trabas y obstáculos que la administración impone para tener acceso a un servicio que debe ser ágil, rápido y oportuno.

El Derecho a la Salud debe ser integral:

La atención y el tratamiento a que tienen derecho las personas debe contener por ejemplo: suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico entre otras, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. Lo anterior con base en un análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Tutela 635/2001 Magistrado Ponente M. Cepeda.

Ahora bien respecto del derecho a la salud, afirma la Corte Constitucional:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.” (CConst, T-635/2001 M. Cepeda).

De esta manera la salud es un derecho fundamental y autónomo y a la vez es un servicio que recae en el Estado, pero que respecto a su efectiva prestación existen muchas inconformidades por parte de los ciudadanos ya que en algunas ocasiones el servicio se presta de manera incorrecta, o se presta tardíamente o peor aún no se presta.

Después de haber desarrollado un pequeño análisis de lo que antecede al derecho a la salud, es pertinente hacer un estudio base de las teorías de la falla presunta y la falla probada en el servicio médico.

La teoría de la falla probada

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de Noviembre de 1997, Magistrado Ponente J. Ramírez, trató el tema de la responsabilidad médica, se apoyó en la tesis de que el paciente afectado debía probar la falla del servicio, esto es, la negligencia del Estado en su actuar, bajo el entendido de que las obligaciones que comprenden los actos médicos son de medio y no de resultado de manera que la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

Se ha establecido que la responsabilidad del Médico es de medio más no de resultado, por cuanto dicho profesional no se obliga hacer milagros de sanación sino que está obligado a aliviar el padecimiento de un enfermo llevando un procedimiento acorde a los lineamientos establecidos por eso hablamos que la falla del servicio se da siempre y cuando se vea que hay una negligencia, impericia o descuido por parte del personal médico que tiene como fin brindar un servicio médico

Dice el autor Tamayo Jaramillo:

“Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que tanto en la responsabilidad civil como en la del Estado, la culpa o falla debe ser probada en caso de demandas por los daños derivados de la prestación de un servicio de salud. Se dice generalmente, que la obligación del médico es de medio, poco importa que el acto médico sea en sí mismo peligroso o riesgoso. Se dice que el áleas de la intervención médica impide imponerle al médico una obligación de resultado”(Tamayo, 1997 pág. 154)

Por lo tanto vemos esa desventaja que se presenta entre el médico y el paciente al momento de probar la falla del servicio, observamos la indefensión y desprotección que presenta el paciente al momento de invocar una garantía al derecho de la Salud a fin de que sea prestado de manera eficiente y adecuado, que hay, es donde entra en juego el verdadero desarrollo de nuestro Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, si el demandante no probaba la negligencia de la entidad pública, y que

esta ocasionouna falla en el servicio médico, no podrían prosperar de modo alguno las pretensiones de la demanda, y así mismo la persona afectada se encontraría desprotegida por parte del Estado y no se le garantizaría el derecho a la salud de una manera adecuada y eficaz, encontrándoseafectados los derechos que hicieren parte de su dignidad humana e integridad personal.

El que el paciente afectado tuviese que cargar con el peso de probar una falla de la administración en el ámbito de la ciencia médica, básicamente por daños ocasionados en intervenciones quirúrgicas, fue considerado como una carga que no iba de la mano con el fin de buscar una justicia equitativa, por ello se empieza a introducir algunos criterios con el objeto de disminuir esa carga probatoria por parte del paciente, y es cuando se comienza hablar de la presunción de falla del servicio médico, que posteriormente sería acogida por el Tribunal Contencioso Administrativo, con la expedición del Decreto 528 de 1964.

La teoría de la falla presunta

Anteriormente, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado era desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, con el tiempo se hizo necesario crear un sistema donde esta responsabilidad del Estado estuviera fundamentado en principios del derecho público y no del derecho privado, es así que con la expedición del Decreto 528 de 1964, la competencia general se traslada al Consejo de Estado,.

Constitución Política de Colombia Artículo 90:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”,

El Consejo de Estado como rector de la jurisprudencia en materia de lo contencioso administrativo resolvió adoptar la teoría de la falla presunta del servicio. A través del conocido fallo del 30 de julio de 1992, con ponencia del magistrado Daniel Suárez, Esta corporación marcó un hito en esta materia. Sin embargo, la formulación del régimen de la falla presunta no fue realizada de manera intempestiva, sino que fue el producto de una evolución en la que se exigía inicialmente a la víctima la demostración de la falla del servicio, empezó a controvertirse hasta llegar a presumirse.

Por lo general a la persona afectada se le presentan múltiples inconvenientes y situaciones que le hacen difícil cuando no imposible, comprobar la culpa o la falla del servicio en cuanto a intervenciones quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas constituyen barreras para el paciente para el ciudadano común, obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre las cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia son llevados a cabo por entidades prestadores de salud encargadas de brindar servicios médicos y hospitalarios, servicio que está bajo la responsabilidad del Estado.

A lo anterior, la crítica surgió básicamente con respecto al paso de un régimen de falla

probada a uno de falla presunta, aplicable absolutamente a todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico, lo cual significaba salir de una posición rígida a favor de los médicos, para caer en otra igualmente rígida a favor de las víctimas, es decir, se estaba continuando con la carga estática de las pruebas, pero esta vez a favor del demandante.

Ahora daremos paso para explicar brevemente lo que significa la *Lex Artis* ya que es importante abarcarlo en el tema de estudio:

Lex Artis en la falla de la prestación del servicio médico

El término *Lex Artis* proviene del latín que significa *Ley del Arte, o regla de la técnica*, que ha sido empleada para referirse a un cierto “sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta y si se ajusta o no a lo que debe hacerse”.(Valencia, G. 2001)

La *Lex Artis* supone la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que realizadas las comprobaciones que el caso requiera, solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos.

Dice también Pinzón (2001),

“un deber de renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios diagnósticos a su alcance que crean adecuados, sabiéndolos utilizar e interpretar en beneficio del paciente, utilizando el tratamiento indicado y nunca el contraindicado,” (Hernández, 2001, p. 21)

Dicho lo anterior, para determinar cuáles son esas reglas y criterios que deben regir la actividad de un buen profesional que se desarrolla en el campo de la medicina, en nuestro caso de un buen médico, habrá que estar ante todo y en primer lugar, conforme a la definición de *lex artis* antes dicha, a lo que dispongan aquellas normas que disciplinan su actuación, de manera que la infracción a las mismas será considerada como un actuar negligente

Lo anterior permite establecer que la responsabilidad médica se genera cuando existe un daño a una persona derivado de una negligencia, impericia o se violan los protocolos médicos entre los que podemos ver los siguientes:

La Negligencia Médica.

Es la falta de previsibilidad en la realización de un hecho que por su experiencia debió proveer, por sus conocimientos y habilidades y aún así lo permitió.

Un ejemplo de lo anterior puede ser el siguiente:

Pedro asiste al médico para que le retiren un cálculo en el hígado, el cirujano le practica una endoscopia, y no se da cuenta que él es hemofílico, por lo tanto no podía realizarla endoscopia luego Pedro Sufre un sangrado y fallece.

Del ejemplo anterior, en principio es difícil comprobar el error médico, ya que hay varios factores a tener en cuenta como por ejemplo: por extrema urgencia, las condiciones de modo y lugar etc, pero un profesional experto hubiese realizado las preguntas de rigor tanto al paciente como a sus acompañantes y de pronto el resultado de nuestro ejemplo hubiese sido otro.

La impericia.

Se indica que la impericia es la falta de habilidad médica o destreza generando un daño causando un perjuicio irremediable para el paciente.

Un ejemplo de lo anterior puede ser:

Andrés, es locutor de radio, le practican una cirugía a sus cuerdas bucales ya que presenta una enfermedad donde es indispensable operarlo, la cirugía no es de alto riesgo ni genera secuelas, el médico al realizar la cirugía, se tarda el menor tiempo de lo establecido porque ese día sale a vacaciones, pasan los días y las semanas y Andrés a raíz de la cirugía presenta un daño tan grave en sus cuerdas bucales que no pudo volver a hablar.

Lo anterior establece que el médico no tuvo el deber objetivo de cuidado y al no llevar a cabo los protocolos médicos establecidos para este tipo de procedimientos quirúrgicos, causó un

daño irreparable, por su falta de habilidad destreza médica y profesionalismo, teniendo en cuenta que no se tomó el tiempo indicado para llevar a cabo la cirugía generando un daño irreparable.

Lo anterior conlleva a que sea mayor el número de casos donde a los profesionales de la Salud, le inicien una acción disciplinaria ante el Tribunal de Ética Médica, donde muchas veces pierden su licencia para ejercer la medicina.

Desarrollo Jurisprudencial de la Falla del Servicio

Falla Probada del Servicio Médico.

Teoría que puso en marcha el Consejo de Estado y se soporta en que la víctima es la encargada de demostrar la falla, el daño y el nexo causal es decir que la víctima debe probar la ocurrencia de la falla, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar del entorno como ocurrieron los hechos que originaron la falla en el servicio por acción u omisión; como ejemplo de lo anterior traemos a colación la Sentencia del 3 de mayo de 1999 de Consejo de Estado Sección Tercera, en la cual el Instituto Nacional de Cancerología omitió la realización de exámenes de laboratorios menos invasivos a una menor, y en contraposición realizó una biopsia que ocasionó que la menor quedara parapléjica, situación en la que la niña no se encontraba antes de ingresar al instituto, de lo cual se desprende que existe una muy alta probabilidad de que la causa de que la niña se encuentre parapléjica fue por la práctica de una biopsia por parte del personal médico de la institución, lo cual se traduce en una falla del Instituto Nacional de Cancerología.

Frente a esta tesis el Consejo de Estado ha manifestado:

“se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud 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 conducen a un grado suficiente de probabilidad". (CE 3, 3 de Mayo de 1990)

Falla Presunta del Servicio Médico Estatal

Se presumirá la culpa en dos casos, el primero en responsabilidad medica donde quien tendrá que probar la no ocurrencia del hecho será la entidad que produjo el daño, es decir, tendrá que probar que su actuar se enmarco dentro del ámbito de la prudencia, diligencia y la pericia y que el daño ocurrió por causas ajenas a su actuar, es decir, que se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero; Por su parte la victima solo tendrá que acreditar que el daño se produjo como consecuencia de una falla de la administración (nexo causal)

Por su parte el Honorable Consejo de Estado Sección Tercera con ponencia del Magistrado Daniel Suarez Hernández en sentencia de julio de 1992, expediente 6897, establece que la responsabilidad por falla presunta en el servicio, solamente se configurará en el tema de servicios médicos y hospitalarios prestados por las entidades estatales; y que la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas pasaría a pertenecer al régimen especial de responsabilidades o responsabilidad objetiva. Expresó la Sala en esa oportunidad:

“...si en lugar de someter al paciente... a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva

conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan...”. (CE 3, 1992, M Suarez)

Criterio del Daño Antijurídico como Fundamento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

El daño antijurídico se desarrolló en nuestro ámbito como la base o punto cardinal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado gracias a su consagración constitucional y a la evolución jurisprudencial que realizó el Honorable Consejo de Estado, sin que de lo precedente deba afirmarse que la responsabilidad estatal sea una responsabilidad estrictamente objetiva y se dejen atrás teorías subjetivas, lo que sí se puede afirmar será que toda responsabilidad patrimonial del Estado deberá enmarcarse y fundamentarse en la ocurrencia de un daño antijurídico, tal como lo ha expresado en sus providencias la Corte Constitucional, esto es, que el estado responda por toda actuación u omisión en que haya incurrido por el solo hecho de haberle causado un daño a un individuo, daño o carga que éste no debe soportar; y no solo responda en los casos en que quede probada la conducta antijurídica, esto es, la culpa o dolo, ámbito donde se desarrolla la falla del servicio. En este ámbito es en el cual se enmarca el artículo 90 constitucional.

Concepto de la Carga Dinámica de la Prueba

Es procedente aplicar este concepto en la legislación Colombiana ya que las pruebas que deban practicarse dentro de un proceso judicial pueden encontrarse en poder de los diferentes sujetos procesales, para ir al tema que nos ocupa el ejemplo clásico sería el aporte de la historia clínica, la cual reposa en custodia de la parte demandada, motivo por el cual la víctima no tiene en su entorno dicho documento prueba fundamental a la hora de evaluar la situación médica, posibles tratamientos y diagnósticos.

Caso contrario quedaría la víctima a merced de que el demandado aportara dicho documento y al ocultarlos el señor juez no pudiera tener una inmediatez y no podría llegar a tener la certeza de los hechos para realizar un verdadero juicio equitativo que es el objetivo final de la administración de justicia

Así mismo la jurisprudencia ha prescrito: sentencia T-683 de 2003. De la siguiente manera:

“ (i) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

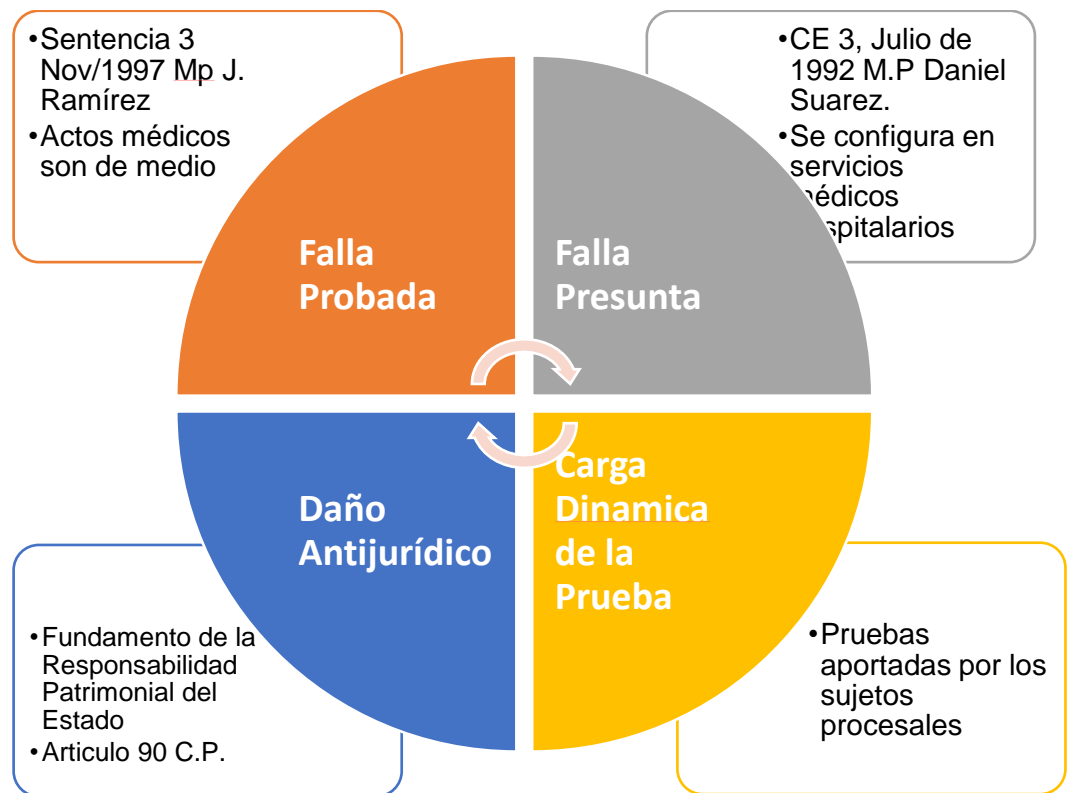
Presunción de Causalidad

Mediante la cual se reconoce la condición de inferioridad probatoria en que se encuentra el paciente en relación con el médico, la víctima solo tiene que demostrar que el servicio intervino en la realización del perjuicio, correspondiéndole al médico la demostración de la causalidad fortuita. (CE 3, 14 Jun. 2001, A. Hernandez).

Por su parte la teoría que se aplica en nuestro sistema legislativo implica un viraje, y, en específico, ha de considerar que en el ejercicio de ciertas actividades se ve la imposibilidad de que el actor deba demostrar y dar por probados los elementos constitutivos del Nexo Causal, por

lo cual dicha Relación se Presume, y en específico, en el caso de la Actividad Médica es importante establecer que el vínculo que permite determinar la responsabilidad sea presumido indiciariamente, por la cercanía paciente médico, evitando posibles perjuicios ante la imposibilidad a la que se puede ver avocado el actor.

A continuación explicaremos gráficamente el tema de investigación, con relación al siguiente cuadro realizado por las integrantes del presente trabajo.



El Consejo de Estado en el año 2003 adujo “ la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad” (CE 3, 03 de Mayo del 2003, M. Suarez.)

De esta manera podemos concluir que, en este evento se da plena aplicación al principio de presunción de causalidad y por lo tanto la víctima queda liberada de demostrarlo procesalmente hablando.

GRÁFICO SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA Y DAÑO ANTIJURÍDICO

Elaboración propia. (2014)

Sentencias de Responsabilidad Medica 1

	<p>“El paseo de la muerte se puede considerar como una falla del servicio médico y/o administrativo en la Ciudad de Bogotá”.</p>		
<p>Imputación aplicable a casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial.</p> <p>El daño antijurídico se encuadra a los principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución.</p> <p>C.N. Artículo 90. Falla presunta y falla probada, esta última es el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad medica hospitalaria.</p>	<p>Expediente No <u>25000-23-26-000-2001-01343-01(30283)</u> <u>760012331000199704179-01 (19 125)</u></p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera,</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencias de agosto 31 de 2006, exp. 15772, CP Ruth Stella Correa • octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; • octubre de 2008, exp. 16270, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; • 28 de enero de 2009, exp. 16700. C.P. Mauricio Fajardo Gómez • 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 9 de junio de 2010, 	<p>Expediente No 68001-23-15-000-2000-01603-01(18224)</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección C</p> <ul style="list-style-type: none"> • sentencias de junio 23 de 2010, exp. 19101; • mayo 25 de 2006, exp. 15836 y septiembre 28 de 2000, exp. 11405. 	<p>La entidad prestadora del servicio no es responsable por los daños causados con ocasión a las consecuencias generadas por una prestación de servicio médico oportuno o por la omisión de los particulares al no atender los requerimientos médicos.</p> <p>No hay conexidad entre daño jurídico e imputación de responsabilidad.</p>

Falla del servicio médico un problema que incumbe a todos.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la salud ha incidido negativamente en Colombia especialmente en la calidad del servicio, la escasez de recursos, la mala administración por parte de las EPS, la corrupción administrativa entre otras, acceder actualmente a un buen servicio de salud es un privilegio que muy pocas personas se dan.

Lo anterior ha traído como consecuencia, que la prestación del servicio de salud en la capital sea deficiente, que las citas médicas no demoren más de 10 minutos, el medico no realiza una valoración exhaustiva de los problemas que acongoja el paciente, prescriben siempre medicamentos que solo calman el dolor sin realizar un examen profundo respecto de las dolencias de la persona.

En nuestra Constitución Política Colombiana, esta la fuente jurídica de la responsabilidad del Estado, y cuando una EPS o una Clínica del Estado no presta el servicio médico con calidad sino de manera deficiente, o tardíamente o simplemente no lo presta, que es lo que ocurre la mayoría de veces en Bogotá, hace que se concluya que hubo una falta o una falla en la prestación de este servicio fundamental.

El Consejero de Estado Ramiro Saavedra Becerra ha indicado:

“Desde la perspectiva del artículo 90 del Código Penal, es claro que por una parte está la responsabilidad de los entes estatales que se genera en la prestación del servicio

médico, y otra la que corresponde al profesional o profesionales médicos que realizaron de manera directa las actuaciones propias de dicho servicio.”

La responsabilidad inicia cuando se configura el daño antijurídico que se atribuye a la entidad pública prestadora del servicio; es ahí donde se tiene que demostrar que el médico obró con culpa grave o dolo, donde se configura tanto la responsabilidad del médico frente al afectado y la responsabilidad por el mal funcionamiento administrativo por parte de la entidad.

La insuficiencia de la prestación del servicio médico, como sería la carencia de ambulancias, la falta de medicinas, equipos médicos entre otros, genera una responsabilidad cuyo fundamento, generalmente la falla probada, es diferente de la que surge del servicio médico o quirúrgico.

En un reporte realizado por el diario de análisis y opinión elnuevosiglo.co, en su artículo del 14 de Marzo del 2014, publica en su encabezado “ *Es alarmante la Falla en el Servicio de Urgencias* ” se indicó lo siguiente:

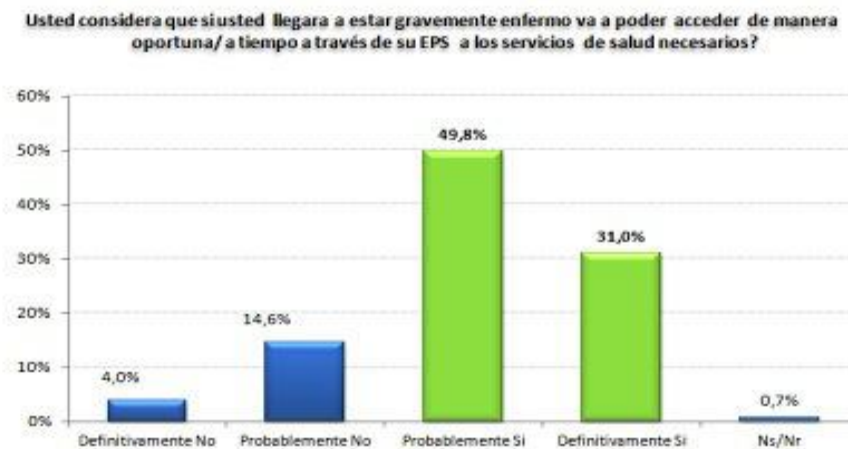
“En una visita de inspección realizada por la Defensoría del Pueblo a 10 hospitales de la red pública del Distrito Capital se detectó la retención de algunos pacientes que ya tenían orden médica de salida, pero que no contaban con el dinero para pagar la cuenta”.

Actualmente en nuestra Ciudad, es muy común encontrar en cualquier clínica sea privada o pública, casos similares al reportado anteriormente, lamentablemente si un ciudadano de pocos recursos no cuenta con dinero disponible para ir al médico, pagar la cuota moderadora, pagar un

tratamiento que no cubra el post, entre otras, ha generado que muchos ciudadanos dejen de ir al médico porque se volvió una renta difícil de pagar y se tratan su enfermedad auto medicándose, o acudiendo a otro tipo de alternativas, lo anterior toda vez que acceder a un buen servicio de salud se volvió un privilegio al cual muy pocos tienen la posibilidad de acceder.

Actualmente el servicio de salud está cubierto por dos sistemas el contributivo y el subsidiado, pero de qué sirve tener cobertura de salud si la prestación de esta es deficiente, causando que se genere el llamado paseo de la muerte, donde el enfermo acude de hospital tras hospital para que lo ayuden y solo se encuentra con una negativa por parte de la entidad, donde muchas veces desemboca en la muerte de la persona en la entrada del hospital.

Grafico 2. Percepción del servicio de salud



Gaviria, 2013, Imagen, recuperado de <http://focoeconomico.org/2013/02/12>

Actualmente los capitalinos consideran que es demasiado complicado acceder oportunamente a los servicios de salud que presta el Distrito, lo anterior debido a tramitologías innecesarias, el tiempo de espera para una adecuada atención es bastante largo, se presentan muchos problemas en la oportunidad, calidad, e integralidad del servicio médico, la

deshumanización que actualmente tiene el sistema de salud es uno de los aspectos más preocupantes que presenta la Ciudad.

Posición crítica jurisprudencial

La Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Honorable Consejera Ruth Stella Correa Palacio, profiere una providencia en la cual se establece que es el demandante quien tiene que acreditar los elementos estructurantes para demostrar la responsabilidad patrimonial del estado a consecuencia de la falla por la prestación del servicio.

Todo parecía indicar que la carga de la prueba estaba a cargo del demandante, quien tiene el deber jurídico de acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial por parte del Estado, en particular el nexo causal cuando no exista prueba directa del mismo o sea muy difícil su obtención.

La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente.

La presunción se traslada a la administración quien es la encargada de desvirtuar la falla del servicio toda vez que ellos cuentan con el material probatorio para desvirtuar o no la culpa, toda vez que la demostración de estos hechos por parte del demandante hace imposible que se demuestre la responsabilidad a cargo del Estado.

Veamos ahora las soluciones aportadas por la providencia a la eventual asimetría o desventaja probatoria en que se encontraría el demandante. Dice la precitada sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa.

“La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.”

En esta oportunidad la Sección se pronunció sobre el valor probatorio de las reglas de la experiencia y la demostración del nexo causal mediante prueba indiciaria

En materia de la prueba un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, por falta de cuidado, de previsión, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente, realizar procedimientos quirúrgicos sin antes consultar la historia clínica, verificar si tiene enfermedades o lesiones anteriores entre otras.

En cuanto a la prueba del vínculo causal, se ha considerado que cuando resulte imposible tener certeza o exactitud, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos médicos, sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad, que permita tenerlo por establecido, el juez valorara todo aquello que permite demostrar la culpabilidad o no de la administración y al final dictar un veredicto condenatorio o absolutorio a la parte demandada.

La probabilidad es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.

Volver de nuevo a la teoría de la falla probada implicaría generar una responsabilidad basado en el aporte de una prueba que solo tiene la administración como las bitácoras, historias clínicas, protocolo medico realizado en un tratamiento entre otras, a cargo del paciente demandante, generando con ello que el proceso este prácticamente perdido e incluso que le nieguen las pretensiones de la demanda, por tener este la responsabilidad de la carga probatoria que en estos casos estaría a cargo exclusivo de la entidad.

¿Por qué no funciona el sistema de salud en el Distrito Capital?

Uno de los mayores inconvenientes que presenta la Ciudad de Bogotá, es que su sistema de salud es deplorable, hay mala atención por parte de los servicios de salud, los recursos que se designan para ello se extravían o simplemente no aparecen, pero no solo sucede en las Clínicas o

Eps del Estado, también en las privadas, donde el lema primordial es la “productividad y el resultado” sin mirar lo más importante, a la persona su padecimiento, su dolor, actualmente en Bogotá proliferan las EPS privadas, y se volvió un negocio para todo el que tenga los medios de abrir una, es por ello, como en el siguiente grafico se puede ver con claridad el hacinamiento que tienen que vivir todos los días las personas que acuden al hospital para ser atendido por una dolencia, o esperando el turno para ser operado después de varias horas e incluso días de espera.

Lo anterior conlleva a que la administración sea constantemente demandada, toda vez que la entidad hospitalaria, ya sea por el afán de terminar con un paciente rápido, o por la falta de profesionales médicos etc, terminan llevando a cabo procedimientos inadecuados que al final generan en una responsabilidad patrimonial para el Estado.

Congestión en salas de urgencias 3.



Imagen, congestión en salas de urgencias, recuperado de [archivo portafolio.co](http://archivo.portafolio.co)

Una de las soluciones para que este sistema de salud cambie, será generar un cambio de conciencia por parte de todos nosotros, donde los ciudadanos, los médicos, las enfermeras, hasta el portero que atiende en la puerta de la clínica, seamos conscientes que tenemos que generar un cambio, pensar que tal vez mañana seamos nosotros los que estemos padeciendo lo que le pasa a miles y miles de colombianos esperando ya sea una operación delicada, un tratamiento de alto costo, el suministro de medicamentos etc.

Nosotros tenemos que ser los renovadores del cambio, a partir de nuestra labor, nuestro compromiso, se empiezan a generar resultados, en el caso de los profesionales médicos, deberían tomar conciencia y dedicar el tiempo suficiente para dictaminar una posible enfermedad, solicitar los exámenes necesarios, y escuchar, porque lamentablemente están dedicados a llenar un formato que en escuchar la dolencia de sufre la persona.

Pero esto no solo es un deber de cada ciudadano, también está en que se distribuya mejor la administración que lleva las EPS o las Clínicas de la Ciudad, reevaluando las falencias que presentan, sus dificultades, otra solución sería unificar el régimen contributivo y subsidiado, que la prestación del servicio sea por igual, sin ningún tipo de discriminación, mejorar la calidad del servicio siendo oportuno, eliminar las tramitologías, ser más prácticos y oportunos.

Los servicios de salud deben ser transparentes para los usuarios, que las personas conozcan a que tipo de servicios tienen acceso y cuales no, que el tiempo de espera para

acceder a una cita medica sea en el menor tiempo posible, pero lo mas importantes es que cuando se acceda a la consulta medica, le resuelvan el problema de fondo.

Es importante fortalecer los servicios de salud en la Ciudad de Bogota, como por ejemplo fortalecer las redes de atencion que existen en toda la ciudad, ganar la confianza de los usuarios cuando necesiten de los servicios medicos, realizar un seguimiento a las EPS que incurrn en violaciones al no prestar los servicios de manera oportuna, y generar las respectivas sanciones por parte de la Superintendencia de Salud, encargada de sancionar a estas entidades promotoras de salud.

Que los tiempos de espera para pedir una cita o una autorizacion medica, sean los mas cortos posibles, con el fin de brindar una atencion oportuna, sin dilaciones ni trabas por parte de estas entidades medicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, sentencia 24 de Octubre de 1990, Radicación 5902, M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de Febrero de 2010, Radicación 18524, M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de Octubre de 1990, Radicación 5902, M.P. Daniel Suarez Hernández.

Consejo de estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de Julio de 1992, M.P. Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de abril de 2001, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 07 de Octubre de 1991.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de Marzo de 2001, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de Junio de 2001, M.P. Alier Eduardo

Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de Agosto de 2006, M.P. Rurh Stella.
Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T – 635 de 2001, M. Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia, Casación Civil del 03 de Noviembre de 1977, M.P. José Fernando
Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Casación Civil del 03 de Noviembre de 1940, M.P. José Fernando
Ramírez Gómez

Constitución Política de Colombia de 1991.

De las Heras García, M. (2005) *Estatuto Ético Jurídico de la Profesión Médica*, Madrid,
Editorial Dykinson Tomo I

Fernández, M. (2009) La falla “probada” del servicio médico – asistencial, *The Faulire of the
Medical Care Service*, No 30, Revista IUSTA. Recuperado
de http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_30/contenido.pdf.

Hernández Sampieri, R. (2010) *Metodología de la Investigación*, México; Interamericana

Editores, S.A.

Fernandez, Monica. La falla probada del servicio medico asistencial: ¿vislumbre del retroceso del Consejo de Estado 2009, p. 74 - 92.

Hernández, Nelson. *De la responsabilidad jurídica del médico*. Editorial Ateproca, 1999. Citado por Valencia Pinzón, Giovanni. “La Lex Artis”. En: Revista Médico-Legal. Septiembre-Diciembre 2001, Año 7, No. 3, p. 21

Tamayo Jaramillo, J. (1997), *La responsabilidad del estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá D.C., Temis.

Valencia, G. (2001) Aspectos de Responsabilidad, La Lex Artis, No. 3, Revista Médico – Legal. Recuperado de http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf