

## EL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL Y LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA

### SOBRE EL SERVICIO MÉDICO.

La fuente constitucional se encuentra en el artículo 49 de la Carta Política, en donde se establece la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado, pero dentro del decálogo de derechos sociales, económicos y culturales; razón por la cual su concreción es de carácter progresivo.

La fuente legal inicia con la ley 100 de 1993, que organizó todo el sistema general de seguridad social integral, entre otros el de la prestación del mencionado servicio en salud; para lo cual se instituyen los organismos prestadores (llamados EPS y aquéllos que directamente dispensan la atención al paciente o usuario, esto es las IPS'S); los primeros son intermediarios y manejan los recursos existentes y contratan con los segundos creándose una verdadera traba para el cabal y eficiente acceso a los servicios.

La filosofía que inspiró esta norma convirtió a la prestación del servicio de salud en un “negocio” que por tanto se ejerce con ánimo de lucro y desconoce abiertamente los propios postulados y principios establecidos en dicha ley.

Con posterioridad se han dictado diversas leyes que han tratado de organizar estos servicios en aplicación a los principios rectores que la propia ley 100 de 1993 instituyó.

Se ha llegado entonces hasta la emisión de la conocida LEY ESTATUTARIA DEL DERECHO A LA SALUD (1751 de 2015), que atendiendo la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional establece a la Salud como un derecho fundamental y que por tanto es susceptible de amparo de manera directa y no como ocurría anteriormente cuando su protección se efectuaba por conexidad con otro u otros derechos como el de la vida, la dignidad y seguridad social.

Este Tribunal en un fallo reciente, para ser más precisos del 8 de septiembre del año en curso, reafirmó nuevamente de forma pedagógica aspectos normativos sobre el carácter fundamental y autónomo del **derecho a la salud**, esto es, sin que forzosamente deba concurrir conexidad con los derechos a la vida o a la dignidad de las personas, para ello se trajo los principales apartes del fallo de 9 de junio de 2014 siendo accionante: Adán Wilches Espinosa, Accionado: CAPRESOCA E.P.S. Radicado: 850013333002-2014-00094-01, M.P. Néstor Trujillo González, que con todo respeto me permito leer:

### **3ª El derecho a la salud. Carácter fundamental** [...].

*3.1 Prestación del servicio asistencial en salud: no es una dádiva. En múltiples oportunidades la jurisprudencia constitucional en todos los niveles ha enfatizado que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud no hacen favores a los pacientes; **cumplen un deber legal** para cuya satisfacción fueron creadas y reciben aportes estatales, de los empleadores y de los trabajadores, entre otras fuentes. Luego reclamar su adecuada prestación no tiene por qué ser una rogativa menesterosa ni requerir siempre de tutelas: es un **derecho fundamental**, inicialmente así tratado por conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas; ahora, además, por expreso reconocimiento del Congreso (PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA 209 DE 2013 SENADO Y 267 DE 2013 CÁMARA. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.) y validación abstracta y obligatoria para todos, en virtud de la sentencia C- 313 de 2014.*

*En el comunicado de la Corte Constitucional se destaca en numerosos pasajes que ese fallo calificó expresamente el **derecho a la salud** como uno **fundamental autónomo**, [...] aunque los jueces constitucionales ya habían logrado consolidar premisas dogmáticas serias para reivindicar el derecho a la salud en sede de tutela, en función de la preservación de la vida misma o del goce de dicho bien fundamental en condiciones dignas, queda ahora inequívocamente establecido que los prestadores de la red asistencial en salud, en todos los componentes (entidades territoriales, FOSYGA, EPS, IPS, etcétera) no podrán seguir comportándose como simples administradores, aseguradores o vendedores de servicios a una clientela cautiva e inerte ante sus desvaríos y atropellos, sino que tendrán que asumirse y obligarse por entero como garantes de la plena satisfacción de un derecho fundamental expansivo, según los lineamientos de la sentencia C-313 del 2014.*

*Así lo deja advertido esta Corporación para la orientación de los jueces administrativos de este Distrito y, más específicamente, a los **prestadores del Sistema de Seguridad Social en Salud** respecto de los que los juzgadores de las dos instancias tienen competencia para **exigirles categóricamente** el cumplimiento de su misión constitucional y legal. Debería ser excepcional que vuelvan al estrado tutelas relativas a estos derechos. Y tendrá la judicatura que acentuar controles, desplegar con más rigor poderes punitivos y demandar de los órganos de control el cumplimiento efectivo de los lineamientos de la futura ley estatutaria, para que no se convierta, una vez más, en declaración de propósitos, inane y apenas simbólica.*

Ese mandato jurisprudencial ya se estableció en la Ley Estatutaria 1751 sancionada y promulgada el 16 de febrero de 2015, de manera que *todas* las EPS de todos los sistemas deberán adecuar su conducta y sus prácticas restrictivas contra afiliados cotizantes, beneficiarios y subsidiados a un nuevo modelo que avanza del aseguramiento como negocio y servicio, a la salud como derecho inherente a la persona.

Ahora bien, en el mismo fallo quedó plasmado que:

*“[...] La integralidad de la prestación del servicio asistencial en salud es un pilar fundamental del derecho a la salud, el cual es exigible al Estado respecto de sus servidores o beneficiarios directos, así como a los integrantes del sistema en general para todos los destinatarios de sus respectivas coberturas, que comprende el suministro, la atención y el tratamiento al que tienen derecho todas las personas que se encuentran afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud.*

Este Tribunal lo ha precisado así:

*La expresión “atención integral” tiene connotaciones jurídicas a las que acuden los jueces de tutela frecuentemente para extender el amparo a todos los eventos directa o indirectamente asociados a la prevención o tratamiento de la enfermedad, sin las peligrosas reducciones que el lego puede hacer a las categorías que se aprecian a primera vista, se encuentran en el piélagο informativo de la web o le asoman las partes.*

*Pero aquella corresponde a un concepto científico propio de las disciplinas médicas; las autoridades regulatorias lo han definido así:*

**ART. 5º Principios generales del plan obligatorio de salud.** Los principios generales del plan obligatorio de salud son:

*1. Integralidad. Toda tecnología en salud contenida en el plan obligatorio de salud para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, incluye lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante.*

*De manera que será el criterio experto del profesional tratante, apreciado como cualquier otra prueba técnica, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica probatoria y bajo el prisma del conocimiento de sus pares, el que orientará al juez constitucional para discernir en el debate científico qué deba hacer parte de la atención integral, orientada a los fines relevantes, como lo son “promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad”. (...)*

*Esos preceptos técnicos constituyen el núcleo de los mandatos regulatorios del POS en lo que atañe al caso; como puede verse, son descripciones numerus apertus que se leerán acorde con las particularidades de los diversos eventos, conforme a las prescripciones de los médicos o profesionales tratantes, quienes a su vez tendrán que tomar en cuenta las guías y protocolos de atención y el estado del arte frente a las disponibilidades del aquí y el ahora en lo que el país deba y pueda ofrecer a sus habitantes.*

*No basta, entonces, revisar los anexos como simples índices; menos, deducir de la ausencia de una determinada descripción de medicamento o procedimiento en esos listados la consecuencia jurídica de denegarlos al paciente, o la de asignar inexorablemente la responsabilidad de costearlo al ente territorial o al FOSYGA, liberando a las EPS de lo que – todavía, aunque se anuncian otros vientos reformativos – les corresponda cubrir con cargo a la UPC<sup>1</sup>.*

*En esa misma dirección, señaló posteriormente:*

***“Empezamos por enfatizar que uno de los pilares del derecho a la salud es la integralidad en torno a la prestación del servicio, el cual tiene como fin que **el suministro, la atención y el tratamiento a que tienen derecho las personas que se encuentran afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud sea provisto de todos aquellos medicamentos, cirugías, procedimientos quirúrgicos, insumos médicos y demás tratamientos prescritos por el médico tratante, que propendan por el restablecimiento de la salud del paciente.*****

*Sobre la integralidad en el servicio de salud la Corte Constitucional, en la sentencia T 760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, ha advertido de manera contundente que:*

*“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de*

---

<sup>1</sup> TAC, sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850013331001-2013-00002-01 M.P. Néstor Trujillo González. En esa oportunidad se precisó el alcance de la atención integral en salud a mujeres embarazadas. Reiteración en fallo del 30 de septiembre de 2013, mismo ponente, radicación 850013333002-2013-00035-01 (2013-0504) y sentencia del 29 de mayo de 2014, mismo ponente, radicación 850012333000-2014-00082-00. Temática tratada igualmente en sentencias del 6 de septiembre y 7 de diciembre de 2012, radicaciones 85001 - 3331 - 001- 2012 – 00034- 01 y 85001 - 3331 - 001- 2012 – 00103- 01 ambas con ponencia del magistrado José Antonio Figueroa Burbano.

*seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, **deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, 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**; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”.*

*En este sentido **el principio de integralidad no implica** que al paciente se le presten todos los servicios de salud que desee, sino **que sea su médico tratante quien determine cuáles son los procedimientos o medicamentos idóneos para el tratamiento de la enfermedad o la sintomatología que padece el paciente**. Sin embargo, este precepto tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino solamente con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.*

*De tal forma que lo expuesto en la cita trascrita sirve de complemento a la normatividad vigente para que los pacientes reciban una atención adecuada y completa, destinada al restablecimiento de su estado de salud, con el fin de que las personas afiliadas al régimen de salud reciban una prestación del servicio óptima, oportuna, eficiente y de calidad; en conclusión, tal como se afirmó en la sentencia T 206 del 15 de abril de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio:*

*“... el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.*

*Ahora bien, el principio de integralidad no puede entenderse aislado al de continuidad de la prestación del servicio de salud, el cual, en términos de la sentencia C- 800 del 16 de septiembre de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, busca evitar que se deje de prestar un servicio básico para todas las personas, independientemente de establecer a quién corresponde cubrir los costos económicos del tratamiento, así como tampoco exige que se siga un tratamiento inocuo ni tampoco impide que se ordene que pasados varios meses de haberse terminado un tratamiento por una enfermedad se inicie uno nuevo y distinto por otra enfermedad diferente...”<sup>2</sup>.*

## **LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN**

En la Constitución de 1991 se consagró la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, más precisamente en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, el cual le permite a todas las personas, como se indicó en la sentencia T-1020 de 30 de octubre de 2003, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

---

<sup>2</sup> TAC. Sentencia del 24 de abril de 2014. Radicado No. 85001-33-31-001-2014-00027-01, actora: Luz Yomaira Garrido Arriaga, Accionada: Capresoca EPS. 24 de abril de 2014M.P. Héctor Alonso Ángel Ángel.

Ahora bien, dentro de ese amplio piélago de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en el CAPÍTULO II de los *DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES* se encuentra el de “servicio de salud y saneamiento ambiental”, el derecho a la salud había sido invocado en las acciones de tutela en conexidad con el de la vida y otros derechos, en la sentencia T-395/98 se indicó que:

*“Al derecho a la salud le ha sido reconocida una naturaleza prestacional, derivada del deber del Estado de garantizar el servicio de salud y el saneamiento ambiental, establecidos en el artículo 49 de la Constitución. Esa naturaleza, emanada de la decisión del Constituyente de establecer unos objetivos y programas propios del Estado Social de Derecho, implica que desde el punto de vista prestacional el derecho a la salud se encuentra supeditado a procedimientos legales, programáticos y operativos que materialicen su alcance y su efectividad como un servicio público paulatinamente extensivo a todos los ciudadanos. Por tal razón, el derecho a la salud entendido desde este punto de vista prestacional, de infraestructura y acceso, requiere para su concreción de un desarrollo legal, apropiación de recursos, etc. En efecto, es al Estado a quien se le “impone el deber de concretar, organizar, dirigir y reglamentar, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, todo un sistema prestacional en materia de salud con la participación de entidades públicas y privadas, bajo la vigilancia y control de aquél, a través del cual se busca garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de saneamiento ambiental.” En consecuencia “la posibilidad de exigir un derecho de prestación es apreciable sólo en el caso concreto y dependiendo del tipo de derecho”, que de reunir el carácter de conexo con el derecho a la vida y la integridad de la persona, puede ser protegido como fundamental, según el caso concreto.*

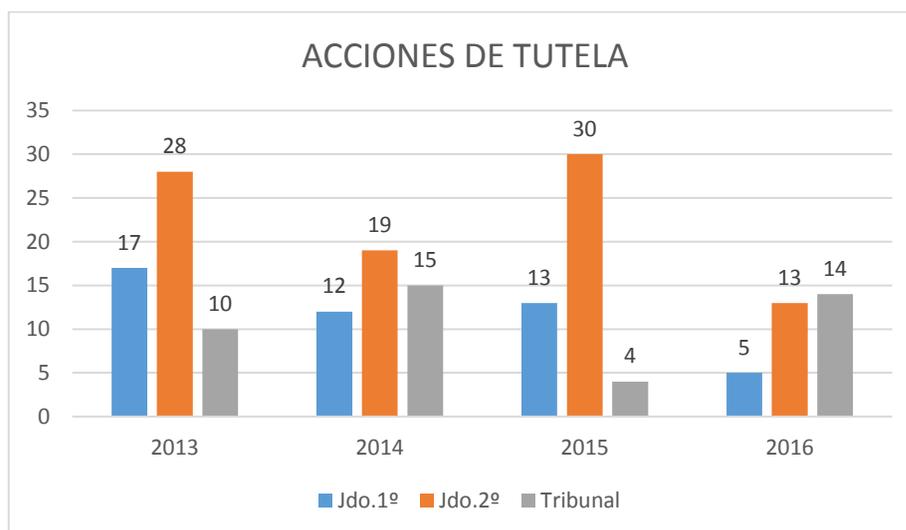
Como se sabe, tanto a nivel local como nacional el acceso a la salud se convirtió en una utopía, ya que las EPS y las IPS no han podido suplir la necesidad del servicio de salud y el gobierno no ha presentado una política pública que haga frente a la protección del derecho a la salud de todos los ciudadanos residentes en Colombia de manera efectiva y eficiente.

Debido a la situación descrita, los usuarios han encontrado en la acción de tutela un mecanismo para exigir el acceso a los servicios de salud y más concretamente a la atención médica, a tratamientos, entrega de medicamentos, cirugías, entre otros, que están o no contemplados en el POS, y así poder hacer efectivo tal derecho.

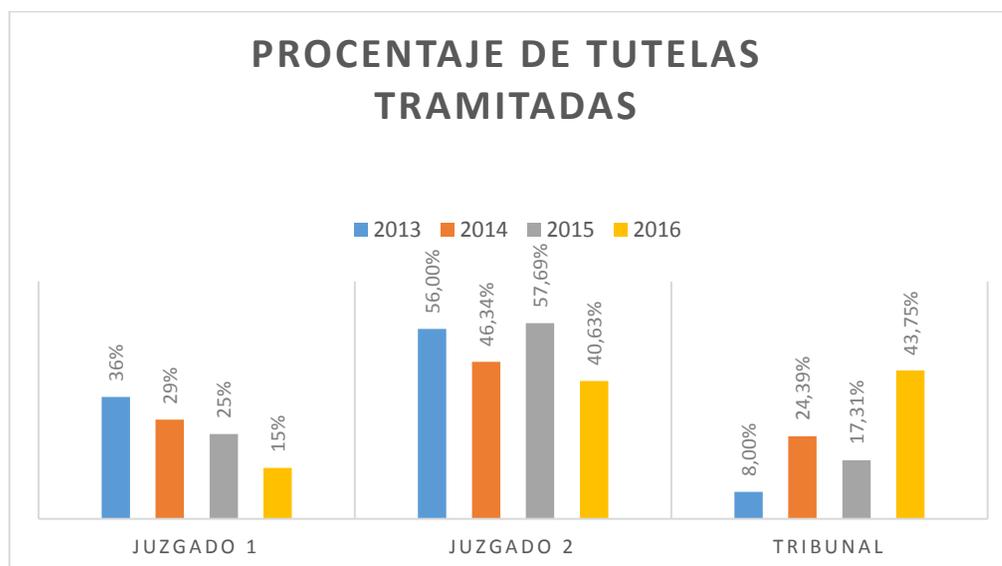
Como es apenas lógico, esta jurisdicción no es ajena a la problemática presentada por la comunidad, que acude a la administración de justicia como tabla de salvación para que se protejan sus derechos fundamentales, entre ellos el de la salud.

Haciendo un muestreo de las tutelas que se han presentado, y que tienen relación con el derecho a la salud, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde el 2013 a la fecha tenemos que para el año 2013 se presentaron 55 tutelas; para el 2014 se presentaron 46, para el 2015 se

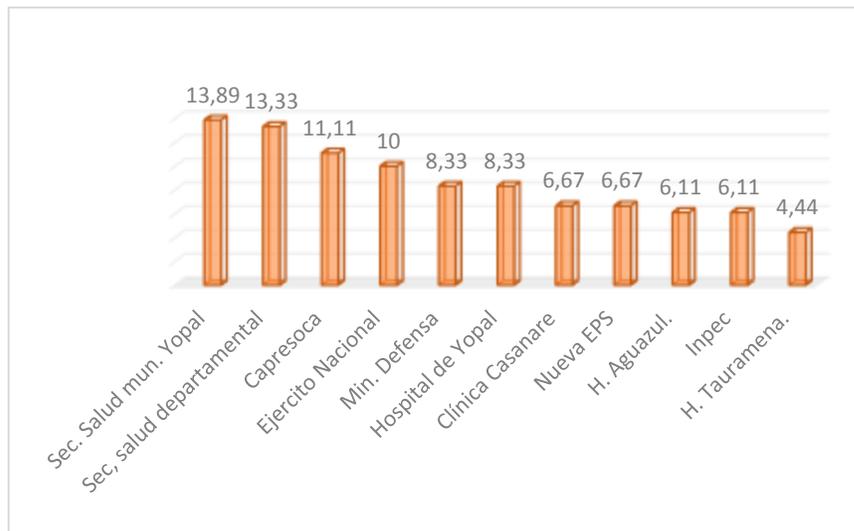
presentaron 47 y para el 2016, a la fecha 32, total 180 tutelas relacionadas con el servicio de salud, distribuidas así:



La distribución porcentual de tutelas tramitadas en cada uno de los juzgados y el Tribunal es:



Las principales entidades que más demandan los ciudadanos invocando el derecho a la salud, bien sea como derecho fundamental solo o en conjunto con otros derechos ante esta jurisdicción contenciosa administrativa, durante el periodo del 1º de enero de 2013 al 31 agosto de 2016, son:



Es decir, que las entidades con mayor número de demanda de tutela, por servicios de salud, en Casanare son: en primer lugar la Secretaría de Salud de Yopal (13.89%); sigue la Secretaría de Salud departamental (13.33%); Capresoca (11.11%); Ejército Nacional (10%), Min. Defensa (Policía Nacional) y Hospital de Yopal (8.33%); Clínica Casanare y Nueva EPS (6.67%); Hospital de Aguazul e Inpec (6.11%) y Hospital de Tauramena (4.44%).

No obstante lo anterior, es deplorable que las entidades encargadas de la prestación de este servicio fundamental para el ciudadano, desconozcan abiertamente los postulados constitucionales, legales y doctrinales sobre la materia, al punto que aun tramitándose en su contra incidentes de desacato opten por persistir en el incumplimiento de sus obligaciones y deberes.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido la posibilidad de que se aplique la denominada “Inejecución de la sanción” que los Jueces Constitucionales imponemos al desatar los incidentes de desacato; lo que en nuestro sentir constituye un craso error que lo que hace es propiciar una verdadera burla a la justicia, habida cuenta que los prestadores del servicio de salud optan por negar dichos servicios o retardarlos bajo el entendido de que así los sancionen, después y transcurrido un largo lapso de tiempo dan cumplimiento a su libre albedrío de las órdenes que la sentencia establezca (incluso cuando ya se ha configurado hasta un perjuicio irremediable para los tutelantes, por muerte de los pacientes) y acuden a pedir la exoneración de la multa o arresto impuestos en detrimento del aparato judicial y de los derechos de los asociados.

Debe llamarse entonces la atención y exigirle a los organismos que han sido instituidos para la prestación del servicio y garantía del derecho fundamental a la salud, el cumplimiento estricto a los estándares constitucionales existentes al respecto.

## LA CONFIGURACIÓN DE DAÑO Y LOS LITIGIOS PARA LOGRAR SU INDEMNIZACIÓN:

Las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud en el País (EPS's e IPS's) pueden eventualmente incurrir en falencias que conlleven a la causación de daños a la integridad física o incluso a la vida de los pacientes, razón por la cual el legislador ha estatuido un mecanismo o herramienta jurídica que hace viable el reconocimiento y pago del menoscabo que se llegare a configurar.

En tal sentido, con el medio de control de reparación directa (art. 140 del CPACA) se busca la reparación de los daños causados por una entidad estatal, esta acción encuentra su fuente jurídica en el artículo 90 de la Constitución Política (conocido doctrinalmente como la cláusula general de responsabilidad), el cual establece que el Estado deberá responder por el daño antijurídico que causen sus servidores.

Se podrá demandar a través de este medio de control cuando por las siguientes causas el Estado cause perjuicio a alguna persona:

- Por Acción, cuando el estado de manera activa causa el perjuicio.
- Omisión, cuando por inactividad de las obligaciones propias de la entidad se causa el daño.
- Operación administrativa, cuando la administración se encuentre en ejecución de una orden emitida a través de un acto administrativo y cause perjuicios.
- Ocupación temporal o permanente de un inmueble.
- Un hecho.
- O por cualquier otra causa imputable a una entidad pública.

Las entidades públicas también podrán ejercer esta acción cuando un particular o cuando otra entidad pública les cause un daño, de conformidad con lo señalado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual regula el medio de control de reparación directa.

Para interponer esta acción el único requisito previo que hay que agotar es el de la conciliación prejudicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 161 del mencionado código el cual establece lo siguiente:

*“Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, **reparación directa** y controversias contractuales”.*

Este medio de control se caracteriza además por tener una caducidad de dos años, la cual se contabilizara a partir del día siguiente de la circunstancia que haya generado el perjuicio, cuando el afectado haya tenido o debió tener conocimiento, en este caso el afectado tendrá la carga de la prueba respecto a acreditar la imposibilidad de haber tenido conocimiento del momento de la ocurrencia del hecho.

Ahora bien, en el tema específico de la salud, la denominada “responsabilidad por falla médica” ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante sentencia del 31 de agosto<sup>3</sup>, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.

Así lo expresó la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“(…) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos. Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas.

Así por ejemplo, en los años ochenta había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una explicación posible de lo sucedido. En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. “Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia”.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

“...no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”<sup>4</sup>.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia.

Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente. Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa.

---

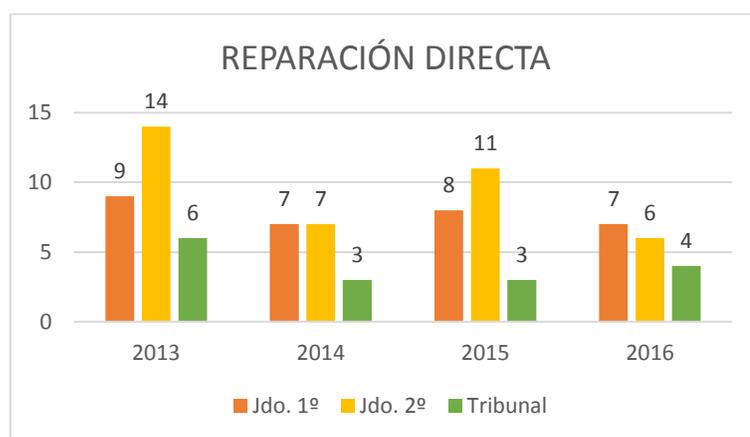
<sup>4</sup> Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792.

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 traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”<sup>6</sup>

Ahora bien, para entender la acción de reparación directa en fallas médicas, debemos tener en cuenta que la responsabilidad médica es de medio y no de resultado y la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de marzo de 1940 la ha definido como: “[...] *La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste [...]*”.

Con base en lo anterior, en reparación directa, sobre temas del servicio médico-asistencial, se tiene que desde el año 2013 a la fecha se han presentado ante esta Jurisdicción un total de 85 demandas, distribuidas así:



Y los motivos por los que más se demanda es: error en el diagnóstico, por no remisión y remisión tardía a nivel superior de atención, mala praxis médica, entre otros.

Además de lo anterior, también como título de imputación independiente

tenemos el de **pérdida de oportunidad** y el Tribunal en un caso reciente, con ponencia del Magistrado Trujillo hizo alusión, así:

“...tratándose de eventos en los que se configura *pérdida de oportunidad*, como daño autónomo, esta Corporación ha indicado:

**“4.1 Marco teórico. Pérdida de oportunidad: daño autónomo en eventos médico asistenciales. Técnica de reparación.**

4.1.1 En fallos recientes esta Corporación ha tendido hacia la sistematización de una teoría de la **pérdida de oportunidad**, tanto como título de imputación en sede causal como de **daño autónomo** derivado de la omisión de oportuna remisión al servicio de referencia que corresponda. Al respecto se ha dicho:

“4.3.3 La **pérdida de oportunidad** tiene la doble connotación anunciada: **daño autónomo**, pero también técnica de imputación, como una variante de la *falla del servicio* que se pondera en sede de nexo causal, cuando no exista certeza en torno a la relación entre la actividad médico asistencial y el *daño a la salud* – para el caso – o respecto de la probabilidad razonable de haberse logrado el resultado esperado desde la arista positiva – curación sin secuelas --. El **Consejo de Estado** ha precisado la segunda opción así:

Así las cosas, en tratándose de la pérdida de la oportunidad, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:

a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa – efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

b) La figura tiene aplicación en aquellas situaciones en que **existe duda o incertidumbre en el nexo causal**, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica, siempre que el porcentaje, sin importar el *quantum*, constituya una oportunidad sustancial de alcanzar un resultado más favorable.

Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó esta circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta de determinada conducta estatal.

c) Comoquiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal –como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño–<sup>5</sup>, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de

---

<sup>5</sup> “(...) En este trabajo la doctrina de la pérdida de la oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (probabilistic causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente.” LUNA Yerga, Álvaro Ob. Cit. Pág. 2.

recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza<sup>6</sup>. Así las cosas, y dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal.

De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998<sup>7</sup>, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor este que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente<sup>8</sup>.

4.3.4 Los lineamientos que preceden responden a una discusión en torno a la *imputación fáctica*, únicamente por ahora; el enfoque dogmático propuesto para el tercer problema jurídico interroga si la demora en la ejecución de una orden de remisión a centro asistencial de mayor nivel de complejidad (servicio de *referencia*) puede comprometer la responsabilidad de la administración sanitaria. Y la respuesta es **SÍ**, cuando se establezca que haber actuado con presteza habría podido mejorar el pronóstico clínico<sup>9</sup>.

4.1.3 La línea que antecede identifica la *pérdida de oportunidad* como daño autónomo, diferenciado de las consecuencias adversas de una falla típica del servicio médico asistencial, en eventos en los que habría podido *hacerse más o actuarse conforme a Lex Artis* o a guías o protocolos de atención, con *probabilidad razonable* de mejorar el estado de salud del paciente, atemperar secuelas o sufrimientos y brindar así una *oportunidad de sanación* que no haya tenido el afectado, por motivos imputables al servicio”.

Desafortunadamente y no obstante que son recurrentes las situaciones por las cuales se demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa por presuntas fallas médicas, las entidades y los servidores que de ellas forman parte, hacen caso omiso a esas falencias y continúan incurriendo en las mismas generando los procesos en contra y condenas cuantiosísimas que afectan el patrimonio público.

---

<sup>6</sup> “La Chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento (...). La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida” TANZI, Silvia. La reparación de la pérdida de la chance. En obra colectiva La Responsabilidad, libro homenaje al Profesor Isidoro Goldember. Ed. Arboleda. Pág. 222. Obra citada por VÁSQUEZ Ferreira, Roberto A. La pérdida de una chance como daño indemnizable en la Mala Praxis Médica. Derecho Médico. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. Ed. B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2001 Pág. 536 y s.s.

<sup>7</sup> “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera (C), sentencia 25.869 del 24 de octubre de 2013, ponente Enrique Gil Botero, radicación 68001-23-15-000-1995-11195-01, en la que se recoge e identifica la línea.

<sup>9</sup> TAC, sentencia del 25 de junio de 2015, radicado 850013333002-2013-00262-01, ponente Néstor Trujillo González. (Pérdida de oportunidad – caso virus de influenza H1N1). En el mismo sentido, sentencia del 9 de octubre de 2014, radicación: 850013331002-2010-00462-01 (meningitis viral - neonato); sentencia del 28 de agosto de 2014, radicación 850013331702-2012-00065-01 y sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331002-2012-00096-01. Todas del mismo ponente, entre otras.

Esas decisiones condenatorias de la jurisdicción contencioso administrativa y el pago de las mismas, conllevan una obligación correlativa para los administradores públicos y no es otra que dar aplicación a la acción de REPETICIÓN reglamentada en la ley 678 de 2001 y que procede contra servidores, ex servidores y aún contratistas de las entidades públicas que con su conducta dolosa o gravemente culposa hayan dado lugar a su imposición.

Sin embargo, es lamentable constatar que en este aspecto también existe un incumplimiento soterrado de los administradores, ya que no hacen uso de tal medio de control y cuando por casualidad lo ponen en práctica a través de profesionales del derecho, por lo general las demandas están mal presentadas, mal enfocadas, no cumplen con los requerimientos constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales que posibiliten sentencias estimatorias y resarcimiento al erario de las cuantías que han tenido que desembolsar para el pago de las condenas impuestas.

A manera de conclusión, dado el deplorable panorama que someramente se ha presentado en esta corta intervención, nos permite pedirle a los ordenadores de gasto y demás servidores públicos de todas las entidades que han atendido el llamado a este seminario, que cumplan a cabalidad con las funciones y atribuciones que el ordenamiento jurídico les impone para evitar precisamente las demandas en su contra y que por favor adopten una verdadera política pública de “cultura de la legalidad” en Casanare.

Muchas gracias.

Yopal, 19 de septiembre de 2016

Doctor  
**NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ**  
Presidente Tribunal Administrativo de Casanare.

Cordial saludo.

La anterior para hacer entrega de la ponencia presentada por el suscrito en el marco del *"SEMINARIO CULTURA DE LA LEGALIDAD EN CASANARE"* llevado a cabo el día 9 de septiembre del año en curso, en el Salón Múltiple de la policía Nacional, el tema fue *"EL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL Y LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA"*.

Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordialmente,

**NELSON MANUEL BRICEÑO CHIRIVÍ**  
Magistrado

Se anexa ponencia en 7 páginas y un CD.