

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA PRESTACIÓN DE LOS
SERVICIOS DE SALUD Y LOS ACTOS MÉDICOS.

ANA MARÍA MONTOYA URIBE

TRABAJO DE GRADO

UNIVERSIDAD CES

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

TRABAJO DE GRADO

CONTENIDO:

RESUMEN

PALABRAS CLAVE

INTRODUCCION

1. CAPITULO I. LA SALUD COMO DERECHO Y COMO SERVICIO PUBLICO
2. CAPITULO II. PRESTACION DE SERVICIO DE SALUD Y ACTOS MEDICOS
3. CAPITULO III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - TITULOS DE IMPUTACION
4. CONCLUSIONES
5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

RESUMEN

El trabajo de grado está basado en la hipótesis de que es el Estado el responsable de la prestación de los servicios de salud y los actos médicos. Para llegar a este resultado se hizo una investigación cualitativa donde se profundizaron temas como la responsabilidad, los títulos de imputación y los eximentes de esta; teniendo como tema central la salud y la prestación de sus servicios. Luego de realizar un rastreo sobre el desarrollo de los temas anteriormente mencionados se llega a la conclusión que el Estado es responsable de garantizar la salud como derecho fundamental y servicio público esencial.

PALABRAS CLAVES

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, SERVICIO PUBLICO, DERECHO FUNDAMENTAL, PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS, ACTO MEDICO.

WORD KEY

STATE RESPONSABILITY, PUBLIC SERVICE, FUNDAMENTAL RIGH, PROVISION OF PUBLIC SERVICES, MEDICAL ACT

INTRODUCCIÓN

En el país desde hace varios años se presentan inestabilidades y problemáticas en el tema de la salud, tales como: no pago por la prestación del servicio, falta de acuerdos entre las instituciones prestadoras de salud y las empresas responsables del pago, falta de afiliación de los ciudadanos a entidades prestadoras de salud, deficiente y deteriorada calidad en la prestación del servicio y la precaria atención al usuario.

Todo esto descalificando y vulnerando el derecho a la salud que aunque la Constitución Política de 1991 no calificó como fundamental, pues es un derecho de segunda generación; si lo reconoció como un derecho conexo al derecho a la vida y a la dignidad humana. Sea o no un derecho fundamental, las situaciones que se están viviendo en el país generan desequilibrio que afecta el derecho a la salud de la población colombiana.

La salud fue reconocida como un derecho autónomo y fundamental por la Corte Constitucional en varias ocasiones, pero fue la Tutela 760 del 2008, la que hizo que fuera totalmente aceptado como derecho fundamental, y como tal, debería ser responsabilidad del Estado todo lo que respecta a su prestación.

Así entonces, la salud en un principio no era un derecho fundamental, pero luego fue reconocido como tal por la Corte Constitucional, y en consecuencia , empieza a ser un deber del Estado garantizar la ejecución y prestación del servicio de salud a los ciudadanos. Es de anotar que al estar a cargo del Estado cumple características de servicio público y como tal debe ser prestado de manera efectiva y con calidad, cumpliendo con los de principios de eficiencia, universalidad y solidaridad como lo dicta la legislación, la Carta Política de 1991.

La prestación de los servicios de salud, en cumplimiento de la estructura del sistema de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993 y en desarrollo de la Constitución del 1991, se fundamenta en los principios de los servicios públicos, además de los principio de equidad, obligatoriedad, protección integral, la libre escogencia, la autonomía de las instituciones, la descentralización administrativa, la participación social, la concentración y la calidad, los cuales fundamentan la prestación de los servicios de salud.

Entre los diferentes principios mencionados, para el tema que se quiere tratar en este trabajo de grado, hay que destacar la **protección integral** y la **calidad**; donde el primero hace referencia a la protección completa en la prestación del servicio de salud, pues se debe brindar un servicio informativo, preventivo, además de diagnósticos, tratamientos y rehabilitación cuando ésta se necesite, todo esto teniendo en cuenta el plan obligatorio de salud que se tiene en Colombia; y el segundo principio debe destacarse toda vez que es obligatorio brindar una ói atención oportuna, personalizada, humanizada, Integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.ö (Ley 100 de 1993. Art.153. No. 9)

La salud es un derecho de las personas, el cual debe ser garantizado por el Estado, ya que es un servicio público cuya prestación estará a cargo de entidades públicas o privadas, por lo tanto, es éste el que debe de responder por los perjuicios que se produzcan generados en la ineficiente prestación del servicio público de salud, tales como inatención de los pacientes, atención tardía, faltas generadas en omitir la ejecución o desarrollo de los principios que el sistema tiene como bases de funcionamiento y el plan de desarrollo para el cumplimiento de la prestación efectiva de este servicio público garantizando el derecho fundamental a la salud.

Teniendo en cuenta que desde la Constitución de 1991 se ha avanzado en la salvaguarda del derecho a la salud, inicialmente se consideró un derecho conexo a la vida, posteriormente un derecho fundamental y un servicio público esencial; en este escenario el gran interrogante es ¿el Estado si es y está siendo el responsable y el garante de la salud? La respuesta sería sí, pero no como debería.

A partir de 1991 y teniendo en cuenta que en la Constitución se consagró la herramienta de la **tutela** como mecanismo de protección de derechos fundamentales de las personas cuando se vulneren o amenacen por una acción o una omisión de cualquier autoridad pública o privada, así entonces cuando se ve quebrantado o perjudicado su derecho a la salud se utiliza este elemento para protegerlo, y como en este caso el derecho es garantizado por el Estado este debe de responder de manera inmediata para que las empresas a su cargo, bien sean las públicas o las privadas que presten los servicios de salud en su nombre, ejecuten las acciones pertinentes para cesar la vulneración o la amenaza del derecho fundamental evitando la materialización de un daño o disminuyendo los perjuicios generados por un daño ya existente. En los casos

en donde es el Estado el que presta directamente los servicios de salud por medio de hospitales públicos o instituciones prestadoras de salud y el daño ya se ha materializado, y no es posible atenuar sus efectos, la persona afectada cuenta con un medio de control para reclamar al Estado la responsabilidad. Este medio es la reparación directa, donde las pretensiones de la víctima se fundamentan en una acción, una omisión o retardo del Estado que causó un perjuicio, ya sea material o moral.

Para determinar la responsabilidad es necesario analizar la actuación de todos los actores involucrados en la prestación de servicios de salud, básicamente Entidades Promotoras de Servicios de Salud (E.P.S.) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -I.P.S.- publicas -E.S.E.- y privadas.

El Estado viene realizando esfuerzos para que se proporcione la prestación real del servicio de salud en todo el territorio nacional, a través de entidades públicas y privadas, las cuales efectúan la prestación del servicio público de salud, por medio de profesionales que desarrollan los actos médicos pertinentes, ya sea de diagnóstico, tratamiento o rehabilitación; pero vale cuestionarse ¿Qué pasa con la calidad y la atención oportuna?

El derecho a la salud se ve diezmado, bien sea por la deficiente calidad en la prestación o por la inoportunidad en la misma, lo que genera perjuicios patrimoniales y extramatrimoniales que deben ser indemnizados. ¿Cuándo esto sucede, quién se hace cargo de los daños ocasionados? ¿Es la institución prestadora de salud, el médico quien debía haber prestado el servicio o lo prestó precariamente; la entidad prestadora de salud quien tiene contratado al médico o el Estado por ser garante del derecho quién debe responder por la deficiente prestación del servicio? o ¿Quién debe hacerlo y cómo?

Para dar respuesta al interrogante se inició una investigación cualitativa sobre qué es la salud, cómo se desarrolla la prestación de servicios de salud y cuáles son los diferentes títulos de imputación de responsabilidad del Estado, sus tipos y los eximentes de esta.

Será entonces el desarrollo de esa investigación el contenido de este trabajo de grado. El orden de los capítulos nos irá ubicando en el tema central: **La responsabilidad del Estado por la prestación de servicios de salud y los actos médicos**. Así en el Capítulo I hablaremos del derecho a la salud como derecho fundamental y como servicio público esencial, en el Capítulo II se desplegará el concepto de la prestación

de los servicios de salud, cómo se desarrolla y finalmente en el Capítulo III se desarrollará el tema de responsabilidad, los diferentes títulos de imputación aplicados al Estado y los diferentes eximentes de responsabilidad. Lo que nos dará mayor cohesión a lo antes desarrollado.

CAPÍTULO I.

LA SALUD COMO DERECHO Y COMO SERVICIO PÚBLICO

La salud se reconoce como una necesidad humana, sin embargo, el acceso a ésta como derecho se torna complejo y polémico ya que se entra en el debate de si es un derecho fundamental, un servicio prestacional, un servicio público o un derecho de naturaleza mixta debido a que se conectan varios derechos constitucionales y se presta como un servicio público esencial. En el presente trabajo se cataloga y trata como un derecho mixto.

Sea importante iniciar con las definiciones de salud que han sido adoptadas en Colombia, según se desprende de las citas de la Corte Constitucional al momento de pronunciarse sobre la materia:

“La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud (OMS), establece que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (í) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (í) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.” Y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se dispone que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (í).”*(Citado por la Corte Constitucional Colombiana en tutela T 180/2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud es: un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. La salud por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ausencia de afecciones y enfermedades en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. (T 760/ 2008.MP.Manuel José Cepeda Espinosa).

La salud y por tanto la prestación de servicios de salud, tiene dos significaciones diferentes pero no excluyentes: La primera como se ha dicho anteriormente, es un derecho fundamental reconocido como tal por la Corte Constitucional aunque haga parte de los derechos sociales, lo que significa que el Estado debe garantizar su protección; y a su vez es un servicio público esencial prestado por el Estado. Las diversas percepciones referentes al tema se ven evidenciadas en sentencias producidas por las altas cortes y en escritos de doctrinantes que abordan el tema. .

La Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (T 180/2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

El derecho a la salud hace parte de los denominados derechos sociales, económicos y culturales (DESC) de la Constitución Política de Colombia, y con su nombre se puede hacer una idea general de lo que significa el derecho a la salud en este país, estos derechos son los conocidos como de segunda generación y tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos. Todo esto ya

que Colombia es un Estado Social de Derecho y prevalece el bienestar colectivo por encima del particular. Esto da lugar a que el derecho a la salud este consagrado constitucionalmente como derecho social, económico y cultural en el Capítulo II de la Constitución Política. Es un derecho jurídicamente protegido como pilar para alcanzar el fin de un Estado Social de Derecho, pues es una forma de organización estatal encaminada a realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional siendo el derecho a la salud un complemento a la protección de la dignidad humana.

Así las cosas, se pueden dar dos enfoques diferentes, como derecho fundamental y como servicio público, pero en ambos el Estado es el encargado de su prestación.

La salud como derecho fundamental: Se consideran derechos fundamentales aquellos que son inherentes a la persona humana, y que estén dirigidos al logro de la dignidad humana, y sean traducibles en un derecho subjetivo. Por tanto, siendo la salud un derecho que busca el bienestar mental, físico y social del ser humano llega a ser un derecho subjetivo y complementa el derecho de la dignidad humana donde por conclusión se ha reconocido como un derecho fundamental.

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (T 760/ 2008.MP.Manuel José Cepeda Espinosa)

El derecho a la salud es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. Además el derecho a la salud se volvió fundamental por la conexidad que tiene con el derecho a la vida, la dignidad y la integridad personal; y en algún punto con el mínimo vital, aunque la Corte Constitucional ha estado analizando el tema y sobre este se ha llegado en unas ocasiones a esta declaración:

õHoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos ó unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.õ (T 760/2008.MP.Manuel José Cepeda Espinosa)

La Corte modificó su jurisprudencia al postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado Social de Derecho y por tanto, ostenta la categoría de fundamental. Dicha posición fue adoptada por esta Corporación y consideró:

õAsí las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado óLey 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la

Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas ó contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos (í) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.ö(T 113/13.MP: Jorge Iván Palacio Palacio)

Los derechos tienen su posición de fundamentales pues la protección referente a las personas es innegable, además están salvaguardados tanto por la Constitución como por el desarrollo legislativo y jurisprudencial, *õLa fundamentalidad de los derechos no depende ó ni puede depender ó de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constituciónö. (T-016 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.)*

Hay que tener en cuenta que los derechos constitucionales no son absolutos; pueden ser limitados por criterios como la proporcionalidad y la racionalidad según las miramientos de la jurisprudencia constitucional, aunque se puede decir que el derecho fundamental de la salud trae consigo una protección importante, pues para la no afectación o la suspensión de esta, existe la acción de tutela como medio idóneo para su protección. Ahora bien, es imperioso hacer saber que hoy en Colombia, no se tutela la salud como un derecho conexo, si no como un derecho autónomo. Uno de los argumentos centrales de esta tesis, además de las ya expuestas es que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para los demás derechos que componen o afectan en algún momento el derecho a la salud, aunque en un momento de nuestra historia se dio a la salud desde el punto de vista de los derechos la consideración y trato

de un derecho fundamental por conexidad y la jurisprudencia constitucional había señalado en múltiples ocasiones *que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable", en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.* (T-395 de 1998. MP. Alfredo Beltrán Sierra)

Así entonces, es claro que la posición y tesis inicial que el derecho a la salud era un derecho conexo, y no autónomo, se desvaneció y perdió fuerza, ya se abrió camino el hecho de que la salud debe ser tomada y tratada como como un derecho en sí mismo, constituyéndose como autónomo. Es de resaltar que sin salud los otros derechos se ven vulnerados, pues sí no hay salud, no hay dignidad viéndose tentado también el derecho a la vida, y así lo ha reconocido y defendido la Corte Constitucional expresando que *Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad*

como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud. (T-760/ 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

Lo más importante a resaltar en el tema de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, es la acción de tutela como mecanismo de protección, ya que la alta tendencia de vulneración al derecho a la salud, se intenta salvaguardar iniciando una acción de tutela; trayendo a la realidad el hecho que es un derecho reconocido como fundamental, pues se pide la protección de la salud como tal y el derecho a una vida digna o el derecho a la integridad personal. Se toma como un conjunto de derechos a proteger y no al derecho a la salud como complemento del resto, sobre e lparticular es clara la Corte Constitucional *“Este Tribunal ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en cuanto a la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental, de manera que corresponde al Estado, así como a los particulares involucrados en la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.”* (T199/2013. MP. Alexei Julio Estrada)

De otro lado, Colombia suscribió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y esto implica en forma automática que al hacerse parte adquiere por lo menos tres obligaciones: respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales, además de estas obligaciones el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considera que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte los cuales son, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Dicho lo anterior el Comité registra en la salud obligaciones específicas, lo cual hace que haya un reconocimiento superior, un declaración de importancia a un derecho que si se bien se cree conexo no debería tener este tipo condiciones pues a saber que si es el complemento de los otros cuyas características y obligaciones son específicas y se deberían ver reflejadas en este. En el caso de la salud como derecho tiene sus propias condiciones y delimitadas para la prestación, y para que se vea concretado el derecho, lo que lo hace reconocedor de un mayor grado de importancia.

Complementando lo anterior el derecho fundamental a la salud, comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, el cual ha sido objeto de la mayoría de acciones de tutela.

Segundo enfoque: la salud como servicio público. *Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, consagran el derecho a la seguridad social y determinan que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado que debe ser prestado en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.* (T 201/09 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.)

La salud en los inicios se vio como una actividad residual del Estado hasta convertirse hoy en una obligación en la prestación de servicios que cumplan con las expectativas de traer bienestar a los ciudadanos de Colombia como Estado Social de Derecho, pero para que esa evolución se vea reflejada, se debe tener en cuenta que se ha ido construyendo poco a poco esa concepción de servicios públicos con diferentes teorías y proposiciones, como Enrique Gil lo dijo en su libro La responsabilidad medica derivada de los actos administrativos en el sector salud:

*La actividad sanitaria no responde a la construcción clásica o tradicional de servicio público, así como tampoco lo hace la reelaboración que de dicho concepto se realiza para explicar el régimen jurídico de actividades que, aunque relacionadas con interés general, tienen una clara connotación empresarial. En consecuencia, los elementos que dan identidad propia al servicio de salud responden a una mezcla y redefinición de las dos posturas señaladas, pues no solo debe reafirmarse su naturaleza *social* y *asistencial* sino que, además, parte de dos presupuestos que, aunque parezcan contradictorios, en realidad son complementarios: 1. Una amplia participación de los particulares para garantizar una cobertura total, y 2. Una intervención intensa del Estado que implica el ejercicio de una *libertad de empresa dirigida*.*

Siendo el Estado entonces el encargado de coordinar, administrar y garantizar la salud por medio del Sistema Integral de Seguridad Social, dando cumplimiento al postulado de Colombia como Estado Social de derecho, se han dejado claras las obligaciones estatales. Desde el punto de vista prestacional, la salud es un servicio público y un fin

del Estado en su enfoque público, *el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado* (art. 4º, Ley 100 de 1993). En tal sentido el Estado tiene la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud. (T-760/ 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

De otro lado, sus representantes: Instituciones Prestadoras de Salud y Entidades Prestadoras de Salud prestan los servicios públicos de salud dando cumplimiento a la política del servicio público. Las prestaciones son realizadas directamente por el Estado por medio de las ESE e indirectamente por las IPS privadas y EPS, dándoles potestades administrativas, financieras y técnicas a particulares para la prestación; pero siempre siendo el administrador, coordinador y vigía de la prestación.

La organización del país como Estado Social de Derecho ha intervenido de manera mayoritaria en los cambios de prioridades y derechos a garantizar, *Es cierto que la instauración constitucional de un Estado Social conlleva ineludiblemente que el sector público intervenga en muchas de las actividades que se consideran vitales para la satisfacción de necesidades básicas. Bajo esta premisa cobra relevancia el concepto de servicio público, el cual ya no sirve para identificar sectores sometidos a normas jurídico-administrativas o para determinar la jurisdicción componente, sino que constituye en un instrumento más para asegurar sociedades justas y equitativas. Por este motivo es importante tener presente que dentro de la noción de servicio público se enmarcan diversas realidades, multiplicidad de regulaciones y diversidad de razones que justifican una actividad publicación diferentes grados de intensidad* (Gil, 2012, pág. 27)

Solo estas situaciones, nuevamente es importante retomar a Enrique Gil en su libro La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud, pues se refiere a éste servicio público determinando que *Es necesario indicar que, aunque la doctrina intentó totalizar las responsabilidades de la Administración mediante el*

concepto tradicional de servicio público, aun en aquellas actividades que seguían teniendo una connotación más asistencial que económica, la construcción teórica resultaba bastante encorsetada para responder de forma eficiente a las necesidades que demandaba la sociedad. Por ello, desde un comienzo el servicio a la seguridad social (y dentro del mismo la salud) tuvo una forma de organización novedosa que de cierta forma condicionó cada una de las características enunciadas en la aparte anterior. Así, aun cuando el Estado asume directamente la prestación del servicio de salud, no puede afirmarse de manera tajante que el particular haya sido desplazado completamente de la actividad; es cierto que su papel se convirtió en residual, sin embargo y a diferencia de lo que ocurrió en otros servicios públicos, se trataba de una prestación desigual pero compartida en la que, en muchos casos, se permitió el ejercicio de la iniciativa privada como una alternativa o complemento para mejorar o aumentar la actividad de asistencia ofrecida por el sector público. (Gil, 2012, pág. 20)

Para el desarrollo y la puesta en realidad del derecho a la salud, nombrado Sistema de Seguridad Social en Salud, donde se dará la prestación de los servicios de salud con todas las condiciones anteriores deben existir representantes del Estado; y estos son las entidades y personas que ejecuten las actividades y servicios necesarios para garantizarles a todos los habitantes del país la promoción, la protección y la rehabilitación de la salud. *La legislación y la jurisprudencia constitucional las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar la existencia de un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible dadas las condiciones y capacidades existentes* *La garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que los servicios deben ser prestados.* (T-760/ 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

Para concluir, este enfoque, se enfatiza en que la salud, no es solo un derecho, también es un servicio público esencial, *Es el conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad la*

cobertura de determinadas prestaciones a los ciudadanos. Son brindados por determinadas entidades, por lo general el Estado, y satisfacen primordialmente las necesidades de la comunidad o sociedad donde estos se llevan a cabo. Los servicios públicos pueden cumplir una función económica o social, o ambas), y pueden ser prestados de forma directa por las administraciones públicas o bien de forma indirecta a través de empresas públicas o privadas. En las bases fundamentales del Derecho Administrativo, y de acuerdo a la Jurisprudencia Francesa, el servicio público es definido como un elemento fundamental que busca la satisfacción del interés general, prestado a través de una persona o de un organismo público. (Ministerio de la protección social. Memorando sobre los servicios públicos esenciales)

Todo lo anterior nos señala que el Estado es el encargado de la prestación, la protección y que se garantice la prestación de servicios de salud a los habitantes de Colombia tanto como el servicio público como derecho fundamental. Teniendo en cuenta que el Estado puede delegar la prestación de los servicios en entidades públicas y privadas para el goce efectivo y el cumplimiento constitucional del servicio a la salud, no así delegándole la responsabilidad total a estas, pues la responsabilidad recae en cabeza del estado y no en sus delegados, *oí aun cuando el Estado, deje de prestar directamente los servicios públicos, sigue siendo el directo responsable, pues al tratarse de actividades colectivas, debe asegurarse una prestación eficiente y una cobertura a todos los ciudadanos. Es más, aquellos supuestos en los que el mercado no responda a la demanda de una zona geográfica determinada, no se cumpla con el estándar mínimo de calidad o se trate de labores que por su naturaleza no generan rentabilidad, se impone a los operadores cargas como condición ineludible.* (Gil, 2012, pág. 24)

Ha quedado claro qué se entiende por servicio público y que es el Estado quien debe prestarlo; y es en el artículo 365 de la Carta Política donde se deja claro que por ser los servicios públicos una finalidad del Estado, recae en el la responsabilidad de su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, y otorgándole la posibilidad de entregar la prestación a entidades públicas o particulares, sin delegar la regulación, la vigilancia y el control pues sigue siendo el Estado responsable. Cuando las instituciones encargadas de prestar el servicio de salud son de naturaleza pública, serán órganos pertenecientes a la administración, las que se llaman Empresas Sociales del Estado o cuando son entidades territoriales las que llevan el mando de la prestación

del servicio de salud, sus actuaciones serán legalmente vigiladas, aun cuando sean actividades descentralizadas. Por otro lado, las entidades particulares tendrán independencia administrativa, técnica y financiera, pero deberán cumplir con las indicaciones que dé el Estado para la correcta prestación de servicio de salud, como por ejemplo las políticas públicas para la prestación, o las elementos para llegar a una habilitación de servicios (aunque estos deben ser cumplidos por todas las instituciones, clínicas u hospitales que brinden los servicios).

Todo esto permite concluir que es el Estado el responsable de los servicios públicos esenciales, entre ellos la seguridad social y es el garante y protector de los derechos fundamentales.

CAPITULO II.

PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD. ACTOS MEDICOS. ACTOS ASISTENCIALES.

Desde 1991 el amparo constitucional a la salud es el reflejo de la finalidad de la nueva organización del Estado. Un cambio dirigido a la colectividad y a la protección de diferentes derechos fundamentales como es la salud ha dado lugar a modificaciones tanto legales como estructurales. Ahora el Estado es el coordinador, regulador, supervisor y encargado de la vigilancia de la prestación de los servicios públicos, cuya prestación directa recae en la tercerización tanto en las comunicaciones, el servicio de aseo, mantenimiento de las vías, alumbrado público, y el servicio público de la seguridad social. El Estado ha compartido la conducción y la administración de la prestación de servicios de salud con particulares pero siendo estos sometidos a la supervisión por parte de la Superintendencia de Salud y el Ministerio de Protección Social.

El Estado colombiano para dar cumplimiento a su obligación de prestación de servicios de salud creó un sistema donde coexisten el sector privado y el sector público, para garantizar a todos los colombianos un Plan Integral de Salud, y para el logro del cometido se establecieron dos regímenes diferenciados: el contributivo y el subsidiado. El primero cobija a todas las personas que tienen capacidad de pago, las cuales coadyuvan a la financiación del sistema mediante el aporte de cotizaciones individuales

y familiares. El segundo es para aquellos sectores de la población que están en condición de pobreza y que, no tienen la posibilidad de sufragar en todo o en parte el valor del servicio, razón por la cual el pago de la cotización se realiza con recursos fiscales o de solidaridad.

La administración del régimen contributivo está a cargo de las entidades promotoras de salud, y éstas a su vez son las encargadas de la afiliación y las cotizaciones, pero lo que se recibe no constituye ni un ingreso ni una ganancia de la entidad, pues esta actúa bajo la delegación el Fondo de Garantía y Solidaridad (FOSYGA), a donde llegara la diferencia luego de cobrarse el valor de los servicios.

En este esquema, las Entidades prestadoras de salud ó EPS ó pueden tener naturaleza pública, privada o mixta y obedecer a diferentes formas de administración, ofrecer los servicios mediante las llamadas Instituciones prestadoras de servicios óIPSó donde se materializa efectivamente la prestación del servicio, estas también pueden ser públicas, privadas o mixtas y tener autonomía financiera, administrativa y técnica.

El régimen subsidiado financia la atención de la salud de la población vulnerable, dicha financiación proviene de los recursos públicos de los entes territoriales, (como el sistema general de participaciones, el monopolio de juegos de suerte y azar, rentas cedidas a los departamentos y al Distrito de Bogotá, regalías transferidas por la Nación y del Fondo de solidaridad y garantía óFOSYGAó). La administración del régimen subsidiado se encarga de las direcciones locales, distritales o departamentales de salud las cuales deberán suscribir contratos con EPS o Cajas de Compensación Familiar que hagan posible el acceso oportuno y de calidad del plan de servicios. Haciendo énfasis en que las instituciones públicas aseguran que la población vulnerable (sin capacidad económica para cotizar) tuviera derecho a la promoción, protección y recuperación de la salud, pues todos los habitantes del territorio debemos tener una atención básica gratuita.

El Estado Colombiano plantea como principios constitucionales la descentralización y autonomía de los entes territoriales y en razón de ello, se convierten en prestadores de servicios públicos. Siendo el Estado el que presta los servicios de salud por medio de: hospitales públicos (ESES: empresas sociales del Estado), en 3 niveles de complejidad; los hospitales de primer nivel eran administrados por los municipios y los de segundo y

tercer nivel por los departamentos. A estos les llegaba una porción de los recursos del sistema general de participaciones (según lo determinó la Ley 715 de 2001) para que garantizaran el Plan de Atención Básica. Y por medio de las IPS y las EPS, donde su contratación y su régimen es privado, pero deben prestar el PAB, y los demás servicios especializados o las otras actividades como desarrollo de la prestación del servicio público de la seguridad social.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (públicas óESE-) privadas son contratados por Entidades Prestadoras de Salud, o Administradoras del Régimen Subsidiado, o Aseguradoras de Riesgos Laborales para prestar los servicios de: diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. Que son la finalidad, a donde se quiere llegar con la prestación del servicio.

Se le denomina *prestación de servicios de salud* a toda actividad que se desarrolla para dar lugar a la promoción, prevención y la recuperación de la salud. Estas actividades se ven ejecutadas en los actos médicos asistenciales. Son los médicos los que tienen la responsabilidad de prestar la asistencia sanitaria encaminada a satisfacer el interés terapéutico del paciente.

Las entidades públicas y privadas tienen una obligación prestacional desplegada en los actos médicos. Por tanto, la obligación principal del médico es la prestación del acto médico; o en su definición las actividades o diligencias que debe cumplir el médico para resolver adecuadamente el caso del cual conoce; está conformado por varias etapas que se concatenan para lograr el objetivo final que es el diagnóstico y el tratamiento. El diagnóstico es la etapa encaminada a establecer el cuadro clínico del enfermo, en particular la naturaleza y tipología de la enfermedad; esta precedido por el proceso informativo del paciente y seguido por la auscultación o exploración; del diagnóstico dependerá el tratamiento y el tratamiento como ya quedó establecido es la finalidad del diagnóstico y el objetivo de éste es erradicar, atemperar, o mitigar la enfermedad padecida por el paciente hasta donde ello sea viable, busca restablecer, preservar o mejorar la salud.

Los actos médicos como tratamiento de enfermedades no traen obligaciones de resultados, pues los médicos se comprometen a utilizar todos los medios a su alcance para mitigar las dolencias o molestias del paciente ocasionadas por la enfermedad,

deformidad o accidente con procedimientos médico-quirúrgicos, apoyándose de sus conocimientos científicos y técnicos, además con diligencia y cuidado; todo esto sin poder garantizar un resultado, y habiendo advertido los posibles riesgos y complicaciones que estos procedimientos pudieren generar. Otra cosa sería las cirugías estéticas, que son los actos médicos que se realizan específicamente para llegar al resultado querido.

El acto médico tiene cuatro características importantes: debe ser realizado por un profesional, la ejecución debe regirse a la *ōlex artisō* (ley del arte: conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente), debe tener como objetivo la curación o la rehabilitación del enfermo. Todo esto en concordancia con las normas legales con estricto cumplimiento de la Ley 23 de 1981 (Código de ética médica)

Para que se dé un acto médico deben entrar en juego varias circunstancias: Una persona podrá voluntariamente estar interesada en resolver sus problemas de salud, o prevenir tenerlos solicitando una cita médica y esto origina un acto médico; podrá darse también en una circunstancia de urgencia, o cuando una persona diferente al paciente solicita ayuda a un médico. Las entidades públicas y privadas tienen una obligación prestacional desplegada en los actos médicos.

Los actos médicos traen con ellos consecuencias positivas y negativas, las acciones médicas son un tanto complejas, y al no saber cuáles serán los resultados puede ser un poco incierto el futuro para aquellas personas a las que se les presta el servicio.

Por tanto la actividad médica trae consigo daños, los cuales pueden ser causados por acción, omisión u retardo de los médicos, auxiliares y de los mismos pacientes. *ōLa actuación médica asistencial, bien sea por acción o por omisión, puede dar origen a una responsabilidad. La obligación que se deriva de la actividad medica asistencial no es la de obtener como resultado en cada caso la curación del enfermo, pero si hay una obligación de proporcionarle todos los medios en el cuidado que requiera según el estado de ciencia. Todo acto médico asistencial que se realice contrariando, o no cumpliendo preceptos contenidos en la ley del arte, si produce un daño en el paciente, constituye el criterio fundamental para el señalamiento de responsabilidad que se*

imputa al prestador del servicio de salud, que no es más que la culpa medica asistencial o la falla del servicio público en salud (Duque, 2014, págs. 61-62)

CAPITULO III.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - TITULOS DE IMPUTACIÓN ó

Colombia en su Carta Política establece principios y valores superiores como son la dignidad, la libertad, la igualdad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad; que son preceptos normativos constitucionales de obligatorio acatamiento, permitiendo consolidarse como un Estado social de Derecho, y como tal debe hacerse responsable por los daños o perjuicios que sufran las personas por no cumplir con sus obligaciones. (Esguerra, pág. 882)

Son entonces los hospitales públicos ó ESE, las instituciones prestadoras de salud ó IPS ó y las clínicas privadas las que prestan los servicios de salud por medio de actos médicos, desplegando los fines del Estado hacia el bienestar colectivo. Y de ahí se identifica que son las IPS y las ESE las entidades donde más se le imputa responsabilidad al Estado por las acciones, omisiones o retardos en la prestación del servicio de salud, pues es él el que está prestando directamente los servicios. Las EPS o sus médicos se ven afectados por demandas de responsabilidad civil cuando los servicios son prestados por ellos como entidades particulares, queriendo decir esto que son entidades diferentes a las designadas por el Estado donde éste solo vigila y controla su gestión mas no interviene directamente en la prestación.

La responsabilidad del Estado se estructura con base en el artículo 90 de la Constitución que consagra: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

Para que exista una indemnización es necesario que concurren los siguientes elementos: un hecho, un daño, culpa y nexo de causalidad entre el hecho y el daño cuando haya culpa. Los elementos más importantes en la responsabilidad del Estado son el daño y la culpa.

HECHO: es la acción u omisión realizada por el Estado o sus agentes.

Para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario entonces que esa violación del derecho haya pasado de la potencia al acto; que lo que era riesgo, una amenaza o una eventualidad más o menos probable o próxima, se haya precipitado y convertido en realidad. Por encima de todo, que al hacerlo haya tenido el efecto de ocasionar un daño. Allí hay, pues, de por medio, un hecho o una omisión que ya pasaron óo comenzaron a pasar- y que, en todo caso, se tradujeron o irremisiblemente habrán de traducirse en un perjuicio cierto para alguien.ö (Esguerra, pág. 904)

DAÑO: es el perjuicio; el daño debe ser antijurídico, que la persona no está obligada a soportar.

Establecida la presencia del daño injusto (antijurídico), habrá que precisar que lo originó, y ello implica indagar o verificar la causalidad; causalidad jurídica óo imputación como se verá- antecede y determina la existencia del daño como entidad fenoménica, independientemente de la valoración subsiguiente sobre la justicia o injusticia, que no apunta al desvalor de la conducta sino más bien al deber de si quien lo sufre debe soportarlo o no. Y no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque, de lo contrario, el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone. Cuando al acontecimiento lesivo proviene de un acto ilícito, la conducta será antijurídica como contradicción del obrar del sujeto respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto; en cambio, cuando se vulneren a la persona bienes jurídicos o intereses legítimos que se debían proteger, ese quebrantamiento o daño es contra ius para quien lo padece, porque el Estado en principio debe velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas. En esta medida la antijuricidad implica un desvalor de la acción o conducta o desvalor del resultado.ö (Esguerra, pág. 32)

Ley 446 de 1998 en su artículo 16 donde se define la valoración del daño deja claro que 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 y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

CULPA: según la Corte Suprema de Justicia es en pocas palabras el error de conducta que no habría cometido una persona diligente y prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor (del daño). Esto es desde el punto de vista extracontractual. El error de conducta es una falla en el comportamiento, se requiere un patrón de comparación; es una persona diligente y prudente colocada en las mismas circunstancias externas, no las internas.

NEXO CAUSAL: El nexo de causalidad es la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho es una relación de causa-efecto, la cual permite determinar el hecho que ocasionó el daño y que finalmente produjo el perjuicio. Es el enlace que liga un hecho culposo con el daño causado.

El vínculo causal es indispensable por cuanto la conducta del demandado debe ser la causa directa, necesaria y determinante del daño.

õDeterminar quién es el obligado a reparar el daño hace referencia a la imputación objetiva, en la medida en que liga el resultado al sujeto, relación que no es necesariamente de adjudicación material y exige una previa capacidad o calidad para esa atribuibilidad. La imputación subjetiva concierne a los factores de atribución. Así la imputación puede entenderse como un juicio empírico valorativo; la imputabilidad deja de ser un supuesto referido a la acción y al daño para constituirse también en fundamento de la obligación, es decir, a que título se impone la responsabilidad y allí encontraríamos los sistemas de atribución, subjetivos (dolo y culpa) y los objetivos.õ (Botero, Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2011, págs. 32-33)

Cuando se está frente a un caso donde no existe la presunción de culpa (culpa probada) es necesario que el demandante pruebe el hecho, la conducta culposa o dolosa y el nexo de causalidad entre la dicha conducta causalidad y el daño, tal como sucede en los eventos de responsabilidad médica.

En los eventos en los cuales se presume la culpa (culpa presunta), quien pretende la reparación sólo debe probar la existencia del hecho, el daño y el nexo de causalidad entre ellos.

Cuando se habla de la posibilidad que el Estado sea responsable, es decir cuando al verificar los elementos todos se conjugan se debe analizar si ésta responsabilidad es atribuible al Estado de tal forma que pueda serle imputada la responsabilidad.¹

Los títulos de imputación son variados según sea de tipo objetiva o subjetiva, pero para el tema que ocupa este trabajo en la imputación subjetiva es la falla en el servicio la aplicable. La falla en el servicio según lo indica su propio nombre es la imputación que se le da al Estado por la falla que comete sea de manera negativa o positiva en la prestación de los servicios de salud.

Hay dos clases de falla en el servicio que son usadas para la imputación de responsabilidad del Estado en la prestación de servicios de salud.

La falla en el servicio probada: donde es el agente del Estado quien genera la falla o falta en el servicio; el demandante tiene la carga de la prueba pues todo aquel que hace una afirmación está obligado a probarla.

El demandante deberá probar el daño antijurídico, perjuicios derivados del daño (lucro cesante, daño emergente, daño a la salud, afectación de la vida de relación), factor imputación, debe suministrar los elementos probatorios.

El demandado deberá demostrar que su agente fue idóneo, que contaba con pericia, experiencia requerida que fue oportuno, su actuar demostró diligencia, cumplimiento de protocolos y normas; de esta manera se exonerará de responsabilidad.

La falla del servicio presunta: donde la falla del servicio se presume, el actor no tiene la obligación de aportar la prueba de la falla en el servicio, pero si debe demostrar el hecho

¹ *La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).* (Consejo de Estado. CP. Hernán Andrade Rincon.2011)

causante del daño y el nexo causal, éste régimen hace presumir la falla pero no exonera al juzgador el análisis de la misma, ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar prueba en contrario que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que se imputa.

La imputación objetiva para el tema de la responsabilidad del Estado recae en dos tipologías, la del riesgo excepcional y la del daño especial, todo esto pues el Estado es garante de la prestación de servicios de salud además donde no es la culpa lo importante si no el daño.

El riesgo excepcional está encaminado en la responsabilidad del Estado por actividades peligrosa. Si el riesgo se concreta en un daño origina indemnización a cargo del Estado.

El daño especial se basa en la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, pues en el momento en que un ciudadano soporte una carga especial surge el deber del Estado de indemnizar.

En los regímenes de responsabilidad objetiva, el demandante debe probar el daño y el nexo de causalidad.

Los títulos de imputación antes mencionados llevan implícito la reparación integral del daño, y esta reparación frente a la responsabilidad del Estado se busca por medio de la reparación directa, consagrada en el artículo 140 de la Ley 1473 del 2011.

La persona que se considere perjudicada con una acción u omisión del Estado podrá demandar la reparación del daño antijurídico, utilizando la reparación directa como medio de control.

El Estado responderá cuando la causa del daño se produzca por la acción (hechos) u omisión (dejar de actuar cuando se tiene el deber jurídico de actuar) que sea imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo instrucción de la misma.

El Juez debe determinar que el daño sufrido por la víctima sea causado por la Entidad demandada, que le sea imputable a dicha Entidad y que tenga el carácter de antijurídico.

Eximentes de responsabilidad: el demandado sólo puede exonerarse demostrando ausencia de nexo de causalidad o la causa extraña (aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona haciendo improcedente la declaratoria de responsabilidad).

La Administración se exonera probando que no produjo el daño, que actuó con diligencia y cuidado, es decir que no falló, que el daño fue producido por una causa extraña, por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero o que hay ausencia de nexo causal.

En los procesos de responsabilidad médica el título de imputación aplicado por la jurisprudencia es el de falla en el servicio por culpa probada, significa que el demandante tiene la carga de probar la acción u omisión del Estado que le causó un daño antijurídico; puesto que la actividad médica es de medios y no de resultados, lo que significa que tanto las instituciones como el cuerpo médico ponen a disposición del paciente o usuario todos los recursos para procurar el resultado esperado que consiste en la curación de la patología pero hay eventos en los cuales éste resultado no se consigue por las condiciones especiales del paciente que no responde a los tratamientos o porque se materializa un riesgo inherente al procedimiento médico; el médico y las instituciones de salud se exoneran de responsabilidad demostrando que actuaron con la diligencia y cuidado requeridas, que la actuación médica no se produjo por impericia, imprudencia, negligencia o violación de reglamentos; lo que significa el cumplimiento a cabalidad de todos los protocolos exigidos para llevar a cabo el procedimiento cuestionado; que el daño fue producido por una causa extraña, por culpa exclusiva de la víctima, el paciente no cumplió sus obligaciones de acatar las instrucciones del cuerpo médico o de que el daño fue causado por un tercero o que hay ausencia de nexo causal.

Le corresponde al paciente demostrar que la actuación del médico o de las instituciones de salud no fue acorde con la *lex artis* es decir que no se cumplió a cabalidad con los protocolos médicos razón por la cual se le causó un daño, que debe ser indemnizado.

Dicho entonces lo anterior la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios de salud tiene diferentes formas de imputarse: las fallas en el servicio y los daños o perjuicios en la prestación de estos se pueden evidenciar en las diferentes entidades que prestan tales servicios.

Las fallas en el servicio se ven en todas las Entidades Prestadoras de Salud, los hospitales particulares, en las IPS y en las ESE. La forma en que las personas piden, en la actualidad, la reparación de los daños es distinta. En las EPS e IPS privadas se demanda a la entidad y/o a los médicos contratados por estas, quienes fueron los directamente relacionados con la prestación del servicio. Pero en el caso de las IPS públicas óESE- se demanda a la entidad, es decir al Estado, pues es él, por intermedio de médicos, y demás profesionales de la salud es el que presta el servicio.

La responsabilidad del Estado en la prestación de servicios se sustenta en el Capítulo II de Constitución Política como derecho social, económico y cultural, y los artículos 48,49 y 365 como servicio público; y se sostiene en el artículo 90, haciéndose real cuando se inicia un proceso administrativo de reparación directa con los fundamentos de la imputación subjetiva y objetiva.

Se puede evidenciar del estudio realizado que el Estado si es el responsable por la prestación de servicios de salud pues tiene como obligación garantizar y proteger el derecho a la salud en su carácter de derecho fundamental y a prestar los servicios por tener calidad de servicio público esencial, lo que significa que al presentarse fallas en estas prestaciones, desencadenadas en actos médicos, o cuando se generen perjuicios y daños a las personas por estos actos, se podrá demandar al Estado mediante la acción de reparación directa teniendo como fundamento jurídico la responsabilidad subjetiva que tiene el Estado por la falla en el servicio, dependerá del caso concreto la manera de probar la falla y en quien recae la carga de la prueba. Pero se hace claro que el Estado debe de responder por los daños generados y debe de indemnizar a los afectados directos e indirectos de una manera integral.

CONCLUSION

La salud es un derecho fundamental y un servicio público a cargo del Estado, su prestación es coordinada, administrada y vigilada por el éste en calidad de garante, razón por la cual se le atribuye responsabilidad patrimonial por las fallas que se presenten en la prestación del servicio; independiente si están a cargo de manera directa de EPS (entidades promotoras de salud) e IPS (instituciones prestadoras de salud) públicas o privadas.

El Estado y su renuncia al monopolio en la prestación de servicios de salud para estructurar un modelo plural en colaboración armónica con el sector público y privado compromete aún más su gestión y su responsabilidad ya que se constituye en el garante de la prestación y acceso al servicio público para los asociados; de hecho tiene amplias facultades para intervenir el mercado tal como sucede por ejemplo la toma de decisiones como la inclusión de medicamentos y tratamientos en el POS, la regulación en los precios de los medicamentos. Así mismo las entidades que conforman el sistema de salud están vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. República de Colombia. Congreso de la Republica. Constitución Política de Colombia 1991.
- II. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 180 2013. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- III. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 760 2008. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.
- IV. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 016 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.
- V. Observación general 14. (2000). Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 22º período de sesiones.
- VI. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 133 13. MP. Jorge Iván Palacio.
- VII. República de Colombia. Ministerio de la Protección Social. Memorando sobre servicios públicos esenciales. 2011
- VIII. Gil, E. (2012). *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- IX. Botero, E (2011). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá. Temis S.A.
- X. Esguerra, J.C. (2013). *Responsabilidad patrimonial del estado en Colombia como garantía constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- XI. Gil, E. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá. Temis S.A.
- XII. República de Colombia. Consejo de Estado. 2011. C.P Hernán Andrade Rincón.
- XIII. Duque, A. (2014). *Tema de la prueba en la responsabilidad médica*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- XIV. Universidad de Antioquia. ¨La Acción de Tutela.¨: versión digital disponible: http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_tutela.html (marzo 2015)

- XV. Yepes, Sergio.(2008). *La Responsabilidad civil medica*. Medellín; Biblioteca Jurídica Diké.
- XVI. García, Diego. (2009). *Manual de responsabilidad y del Estado*. Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional Ltda.