

Mexicali, 5 de diciembre de 2019

## **La responsabilidad patrimonial de las Empresas Sociales del Estado frente a la garantía del derecho a la salud en Colombia**

### **Patrimonial responsibility of State-owned Enterprises before guaranteeing the right to healthcare in Colombia**

*Marienela Cabrera Mosquera\**

#### **Abstract**

The responsibility to provide the public service of healthcare in Colombia lies in the State, and it can be provided by public, private or a mixture of both institutions. Furthermore, there is a general program of social security organized in different levels of complexity and attention. The public provision is made through the State-owned Enterprises, decentralized institutions, legal identity, own budget, and administrative autonomy. As there are some risks that these enterprises must deal with when providing healthcare to their patients, they can be legally responsible upon third parties, and that is why this paper will try to determine the degree of such a responsibility.

**Keywords:** social security, responsibility, essential public service, hospital level, complexity, attention

#### **Resumen**

La responsabilidad sobre la prestación del servicio de salud en Colombia radica en el Estado, y puede ser realizada por instituciones públicas, privadas o de carácter mixto. Además, existe un régimen de seguridad social organizado por niveles de complejidad y atención. La prestación estatal directa se realiza mediante las Empresas Sociales del Estado, entidades descentralizadas, con personería jurídica y patrimonio propio, y autonomía administrativa. Ante los riesgos que corren las instituciones de salud en la atención a los pacientes, por lo cual puede verse afectada su responsabilidad frente a terceros, en el presente estudio se pretende establecer el grado de dicha responsabilidad.

**Palabras clave:** seguridad social, responsabilidad, servicio público esencial, nivel hospitalario, complejidad, atención

Recibido: 29 de junio de 2019

Aceptado: 20 de septiembre de 2019

---

\* Abogada, Universidad de la Amazonía; Especialista en Derecho Administrativo y candidata a Magister en Derecho Administrativo, Universidad Libre de Colombia; candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Baja California. Correo electrónico: mariac-escobarc@unilibre.edu.co

## I. Introducción

Dentro del marco constitucional, el tema de la prestación de los servicios de salud para la población colombiana se encuentra garantizado el artículo 49 superior y desarrollado con la Ley 100 de 1993. De acuerdo con el postulado constitucional, se establece que: “los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación comunitaria.”<sup>1</sup> Por lo tanto, dentro de los cambios que se propuso con la promulgación de la Ley 100 de 1993, los cuales se centran en distribuir las competencias y reasignar la prestación de los servicios de salud, esta pasó del Ministerio de Salud a manos de las Empresas Sociales del Estado. Así pues, se tiene unos nuevos actores o integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud I.P.S., las cuales pueden ser de carácter público, privado o mixto.

Dentro de esta categoría de instituciones prestadoras de servicios de salud I.P.S., se encuentran las Empresas Sociales del Estado, a través de las cuales el Estado presta de forma directa los servicios de salud. Dichas instituciones fueron dotadas, según la ley *ibídem*, de autonomía para, entre otras cosas, determinar su tamaño y nivel de complejidad en la atención en salud. De esta manera, en el acto de creación de las Empresas Sociales del Estado, se determina su nivel de complejidad de atención en salud, el cual en Colombia está clasificado en cuatro niveles, establecidos en la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud.

A pesar de que el sistema de salud esté estructurado y se preste por niveles de complejidad, por disposición legal, el acceso al servicio siempre será a través del primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes, el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general; quiere decir ello que, en la atención inicial de un paciente cuando la I.P.S. no cuente con algún servicio requerido por el usuario, este deberá ser remitido a otra I.P.S del mismo municipio o al más cercano que disponga de dicho servicio.

Dentro de este marco regulatorio, se tiene que la responsabilidad en la prestación de servicios de salud que les asiste a las Empresas Sociales del Estado va acorde, de una parte, al nivel de complejidad en el cual fue categorizada, al equipo o personal que se encuentre adscrito y según sus recursos disponibles. De acuerdo con lo citado, se impone a las Empresas Sociales del Estado la obligación de brindar atención médica en las complejidades establecidas dentro de los distintos niveles y conforme a los postulados de protección del derecho a la vida e integridad personal, dentro de un esquema de humanización de servicios asistenciales. No obstante lo anterior, en la prestación del servicio de salud, enmarcado dentro del sistema de seguridad social en salud, se generan hechos dañosos, los cuales deben ser reparados a luz del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado. Al ser las Empresas Sociales del Estado un actor público, integrante del

---

<sup>1</sup> CONST. POL. COL., art. 49.

sistema de seguridad social en salud, están llamadas a reparar los hechos dañosos que generen con su actividad.

Cuando en la prestación de los servicios de salud, enmarcados dentro del sistema de seguridad social en salud, se generan hechos dañosos a la población que accede a las instituciones que prestan estos servicios, los mismos deben ser reparados a luz del régimen de responsabilidades legales establecidas para cada caso. Al ser las Empresas Sociales del Estado actor integrante del sistema de seguridad social en salud, vale preguntarse ¿cómo se debe establecer el grado de responsabilidad que tienen las Empresas Sociales del Estado según su nivel de complejidad en la atención ante las fallas acaecidas en la prestación del servicio de salud a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud? Este será el problema de reflexión.

Por disposición legal, todos los colombianos tienen los servicios de salud asegurados, en virtud de la universalidad del derecho fundamental de la salud, bien sea para las personas con capacidad de pago en el régimen contributivo o para las personas sin capacidad de pago, quienes deben contar con una afiliación en el llamado régimen subsidiado, o, en su defecto, para la población pobre no asegurada, quienes deben ser participantes vinculados del sistema,<sup>2</sup> servicios que deben ser prestados dentro de los criterios de eficiencia, calidad, continuidad, oportunidad e integralidad. Por eso, cuando la prestación de los servicios de salud se realiza de forma directa por parte del Estado y se genera daños a los asociados, la responsabilidad a imputar debe enmarcarse en la capacidad técnica y operativa de la institución pública que presta el servicio de salud, es decir, dentro de los límites de la complejidad en la atención de los servicios asistenciales que presta. Esta es la posición que asumirá la presente reflexión.

Dado lo anterior, con el presente documento, se busca establecer cómo se debe articular el grado de responsabilidad que pueden tener las Empresas Sociales del Estado en la prestación del servicio de salud y, para ello, el presente artículo reflexionará en torno a los temas que hacen parte de esta problemática.

Atendiendo a lo anterior, el artículo inicia abordando el concepto de derecho a la salud, su importancia y su relación con otros derechos fundamentales como la dignidad humana y la vida. Posteriormente, se establece cómo se debe llevar a cabo la obligación de la prestación de los servicios de salud. Luego, se plantea la responsabilidad del Estado en términos generales atendido a la cláusula del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, para luego, en el siguiente apartado, desglosar el tema respecto la responsabilidad estatal causada por la falla del servicio en cuanto a los servicios médico-asistenciales y las obligaciones que tienen las Empresas Sociales del Estado en Colombia. Finalmente, se expresarán las conclusiones pertinentes en

---

<sup>2</sup> LEY 100 DE 1993, art. 154, literal B.

relación con la responsabilidad patrimonial de las Empresas Sociales del Estado y la necesidad de su articulación, considerando su nivel de complejidad y atendiendo las obligaciones de las cuales son titulares.

## II. La salud y la dignidad humana en Colombia

Como lo han manifestado autores como Natalia Ángel Cabo, “la salud es tal vez la preocupación más constante que tenemos los seres humanos. Tradicionalmente se ha dicho que, sin salud, no vale el trabajo o el estudio, porque si carecemos de ella todo lo demás pierde su sentido; (...). Es por eso que la salud se ha convertido también en un derecho que le exige al Estado garantizar unos mínimos que nos permitan vivir dignamente.”<sup>3</sup> Según proclama el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York a mitad de 1946, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”<sup>4</sup> Dicha definición ha sido acogida y desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana, en la que se ha reconocido que la salud comporta todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, lo cual implica, de suyo, un reconocimiento a la trascendencia de los aspectos físico, psíquico y social dentro de los cuales conduce su existencia.<sup>5</sup>

Verbigracia, en Sentencia T-307 de 2006, la misma Corte Constitucional argumentó que: “la salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”<sup>6</sup> De modo que la salud, no solo es la no alteración de la esfera física del ser humano sino también la no alteración de su esfera psíquica.

Colombia, siendo un Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, tiene la obligación respecto del derecho a la salud, que su acceso sea oportuno, de calidad y asequible a toda la población. Así mismo tiene el deber de generar las condiciones necesarias para que sus

---

<sup>3</sup> NATALIA ÁNGEL CABO ET AL., MANUAL DE CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA cap. 7 (2007).

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud., Constitución, <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7> (visitada por última vez el 30 de diciembre de 2019).

<sup>5</sup> Véase también, Ana María Montoya Uribe, *Responsabilidad del Estado frente a la prestación de los servicios de salud y los actos médicos* (2015) (trabajo de grado, Universidad CES).

<sup>6</sup> *Sent. T-940 de 2012*, C. Const.

instituciones, en este caso, instituciones prestadoras de servicios de salud (I.P.S. públicas), ofrezcan servicios en condiciones de calidad, oportunidad, disponibilidad, integralidad y accesibilidad, lo que permite el ejercicio del derecho a la salud en condiciones de dignidad.

La salud en Colombia es un derecho fundamental cuya objetividad radica, de una parte, en la necesidad que tengan quienes solicitan un servicio ante las empresas prestadoras o sociales del Estado y, de otra, de los recursos que tengan estas instituciones, a través de las cuales principalmente la Nación realiza la prestación de los servicios de salud, ya que dicha prestación se cumple en representación del Estado, de conformidad a lo estipulado en el artículo 49 superior y el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo a la doctrina constitucional, cuando este derecho se encuentra amenazado pese a ser autónomo, llega a vulnerar otros derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas, lo que transgrede derechos inherentes a la persona, frente a lo cual la jurisprudencia constitucional ha advertido que: “la Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, y garantizándolo bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”. Además, ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de las personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”<sup>7</sup>

Así mismo ha manifestado la Corte, en cuanto a la prestación del servicio de salud: “hay que admitir que, al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público.”<sup>8</sup>

De acuerdo a los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales y al conocimiento que se tiene sobre el sistema de salud en Colombia, acertado es concluir que la salud es un derecho inherente al ser humano, que no necesariamente tiene que estar establecido en la Constitución, sino que por derecho propio éste se debe garantizar sin necesidad de ver el status social del protegido y sin tener en cuenta el origen de la persona o su clase social sino que debe atender a la necesidad del servicio médico o de salud requerido para el restablecimiento de la normalidad orgánica funcional o psíquica de la persona.

---

<sup>7</sup> Sent. T-001 de 2018, C. Const.

<sup>8</sup> Sent. SU-562 de 1999, C. Const.

### III. Responsabilidad del Estado

Como lo señala Natalia Mendoza y Luis Motta, “la concepción vigente de la responsabilidad del Estado ha sido producto de un proceso bastante lento en el que inicialmente el Estado no aceptó la responsabilidad, para más adelante pasar a reconocerla.”<sup>9</sup> Dentro del derecho administrativo, se determina la responsabilidad que tiene el Estado, bien por actos, operaciones, omisiones o vías de hecho, cuando estos causen un perjuicio o daño antijurídico -es decir, un daño “que no debe ser soportado por la víctima en razón de la inexistencia de norma que disponga soportarlo,”<sup>10</sup>- al ciudadano del común, quien está legitimado para reclamar y de tutelar los derechos que le han sido vulnerados por parte del Estado o sus agentes, responsabilidad que puede llegar a determinar en los siguientes sentidos: “el concepto de la responsabilidad estatal, aunque no se consagra la responsabilidad de una manera absoluta y general, para determinarla se concibe una jurisdicción especial, para que mediante unos procedimientos propios se diriman los posibles conflictos que surjan entre el Estado y cualquier particular, también consagra la remisión por analogía al derecho civil para estructurar las sanciones que deben ser impuestas a los funcionarios por sus faltas (tanto por acción como por omisión) en el ejercicio de su función, aun cuando se considera que la Responsabilidad del Estado por el daño causado con ocasión de la prestación de un servicio público, ha de separarse de las normas generales del Código Civil.”<sup>11</sup>

Siendo así las cosas, se ha de considerar al Estado como persona jurídica que está en la obligación de responder en el plano extracontractual por los actos de sus funcionarios, ya que estos tendrían el carácter de agentes del Estado y, por lo tanto, y según las normas del derecho civil o administrativo, se vería en la obligación de responder por los hechos ilícitos de sus agentes. De otro lado, la Constitución Política de 1991 determina la Responsabilidad Patrimonial del Estado, estipulando que el mismo responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Dentro del universo constitucional, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable que deba ser sancionada, sino por el quebrantamiento patrimonial que hay que reparar. El artículo 90 constitucional contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, la cual dispone que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. Dicha responsabilidad se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo

---

<sup>9</sup> Natalia Paulin Mendoza Parra & Luis Handerson Motta Escalante, *Responsabilidad médica del Estado colombiano frente a la carga de la prueba según la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado* (2011) (tesis de maestría, Universidad Libre).

<sup>10</sup> WILSON RUIZ, PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (2007).

<sup>11</sup> Natalia Maya Díaz, *La responsabilidad del estado por el error jurisdiccional* (2000) (tesis maestría, Pontificia Universidad Javeriana).

a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio. Tal como ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son, esencialmente, el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño, y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado.<sup>12</sup>

#### IV. Falla en el servicio médico asistencial

Como lo indica Ciro Güechá, “la noción de falla ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma actividad.”<sup>13</sup>

Una falla en el servicio, o responsabilidad subjetiva, se presenta, cuando el servicio no se presta, o cuando se hace en forma irregular, o finalmente cuando se presta de forma tardía y el resultado puede ser catastrófico; esto en cuanto a tratar de establecer una falla en el servicio. La falla en el servicio fue tratada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 30 de junio de 1962, donde se establecieron como características arraigadas a la misma las siguientes: “se pasa de una culpa individual a una culpa de la administración en virtud de una falla en el servicio prestado; se presumirá la culpa del Estado, por el hecho de prestar en indebida forma los servicios que debe prestar, entre los que se encuentran los servicios públicos; la persona que sufre perjuicios deberá probar el nexo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio; solo podrá eximirse de responsabilidad al Estado cuando se demuestre que la falla en el servicio se dio por consecuencias extrañas, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero, o culpa exclusiva de la víctima; y, cuando el daño se produzca por un servidor del Estado en ejercicio o en virtud de sus funciones, el Estado tendrá que responder por el daño y luego este ejercerá la acción de repetición contra el funcionario ejecutor del daño.”<sup>14</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado afirma que la falla en el servicio se divide en diferentes categorías, éstas son: falla probada (Sentencia del 3 de mayo de 1999, Sección Tercera), falla anónima (Sentencia del 25 de febrero de 2009, Sección Tercera), falla presunta (Sentencia del 11 de mayo de 2006, Sección Tercera), y falla relativa (Sentencia del 6 de marzo de 2008, Sección Tercera). Cuando se habla de falla del servicio médico asistencial, y según la actual posición jurisprudencial del Consejo de Estado, la categoría de la falla en el servicio es la falla probada, y

---

<sup>12</sup> *Sent. del 7 de junio de 2012*, Subsec. C, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

<sup>13</sup> Ciro Nolberto Güechá Medina, *La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado*, XV REVISTA PROLEGÓMENOS, núm. 29, 92-99 (2012).

<sup>14</sup> *Sent. del 30 de junio de 1962*, Sala Civil y Agraria de la C.S.J.

como título de imputación falla probada del servicio.<sup>15</sup> Como ha dicho el Consejo de Estado: “en casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.”<sup>16</sup>

Es así, como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han logrado el desarrollo que este tema merece y, en sus inicios, se profirieron dos sentencias que cabe destacar: en primer lugar, la de Corte Suprema de Justicia el 30 de junio de 1962 con ponencia del Dr. José J. Gómez, y la segunda, que provino del Consejo de Estado el 29 de julio de 1974. En ambas, se hace un minucioso recuento de la evolución doctrinaria de la responsabilidad estatal en Colombia, con lo cual se destaca, que no siempre se defendió la misma tesis, sino que, por el contrario, sufrió serias modificaciones hasta lograr hoy por hoy, la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se ha emitido sobre la llamada responsabilidad estatal.

En particular, sobre la falla probada del servicio, el Consejo de Estado ya ha mencionado desde hace varios años que en ella al particular le corresponde demostrar la falla del servicio. Así pues, “se caracteriza este régimen, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia, por tres elementos constitutivos, a saber; una falta o falla del servicio, un perjuicio y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia.”<sup>17</sup> Respecto de la falla presunta (la cual se fundamenta también en la falla del servicio, pero la carga de la prueba no le corresponde al particular, ya que es la administración quien debe demostrar, para exonerarse, que no se presentó la falla), el Consejo de Estado ha formulado que “la ausencia de falla del servicio demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto.”<sup>18</sup>

## **V. Responsabilidad del Estado frente a la prestación del servicio de salud**

La responsabilidad patrimonial por la actividad médica involucra todas las actuaciones que se presenten desde el momento en que la persona ingresa al centro médico y cobija no sólo los

---

<sup>15</sup> Véase también, Alier Hernández Enriquez, Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado, 8 Revista Médico Legal, núm. 3, 32, 33 (2002).

<sup>16</sup> *Sent. del 26 de mayo de 2011*, Subsec. A, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

<sup>17</sup> *Sent. Del 20 de febrero de 1989*, Sec 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

<sup>18</sup> *Sent. Del 20 de febrero de 1989*, Sec 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

llamados actos puramente médicos o realizados por el profesional de la salud, sino también los actos preparatorios o posteriores, al igual que los servicios de hospedaje prestados por la institución.<sup>19</sup> El derecho a la salud implica la obligación a cargo del Estado de garantizar la prestación de servicios médico asistenciales en la cantidad, oportunidad y eficiencia requeridas, mediante los cuidados, intervenciones y procedimientos necesarios para restablecer la salud, al igual que la implementación de políticas públicas en esta materia.<sup>20</sup>

Para la prestación de estos servicios, se cuenta con los establecimientos clínicos, hospitalarios y similares que pueden ser públicos, privados o mixtos, y se clasifican según el tipo de servicios que ofrezcan, como instituciones hospitalarias e instituciones ambulatorias de baja, media y alta complejidad, cuya vigilancia está a cargo del Estado.<sup>21</sup> Los servicios prestados por la institución médica comprenden no solo las obligaciones estipuladas por las partes, sino también las que por ley le pertenecen,<sup>22</sup> teniendo en cuenta que puede tratarse de actos puramente médicos o realizados por el profesional de la medicina, y actos paramédicos que por lo general son ejecutados por personal auxiliar bajo las órdenes del médico para controlar al paciente y que incluye el suministro de medicamentos y el uso de instrumentos en óptimas condiciones, y, finalmente, actos extra médicos que corresponden a los servicios de hostelería, tales como alojamiento, manutención etc., en desarrollo del deber de seguridad y preservación de la integridad física de los pacientes.<sup>23</sup> Previo a la determinación de la responsabilidad patrimonial frente a prestación inadecuada o inexistente de estos servicios, es menester analizar el contenido obligacional legal de cada institución prestadora de servicios de salud.

Según la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, los servicios de salud tienen responsabilidades por niveles de complejidad. Tales niveles de la atención en salud en Colombia son: “NIVEL I: médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados; NIVEL II: médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados; y NIVEL III y IV: médico especialista con la participación del médico general y/o profesional paramédico.”<sup>24</sup>

Para efectos de clasificación de los procedimientos quirúrgicos dentro de estos niveles de complejidad, se establecen diferentes grupos de actividades, intervenciones y procedimientos,

---

<sup>19</sup> Véase también, Jairo Alexander Rojas Bareño, *La responsabilidad patrimonial del estado colombiano por falla en la prestación del servicio médico de entidades de salud del estado* (2017) (trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia).

<sup>20</sup> *Sent. del 18 de febrero de 2010*, Subsec. C, Secc. 3.ª, S.C.A del C. Edo.

<sup>21</sup> RESOLUCIÓN 4445 DE 1996, MIN. SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, art. 1 y 2.

<sup>22</sup> Véase, Amparo Susana Mogollón Pérez, *Acceso de la población desplazada por conflicto armado a los servicios de salud en las Empresas Sociales del Estado de primer nivel de la ciudad Bogotá, Colombia* (2004) (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona).

<sup>23</sup> *Id.* en 7.

<sup>24</sup> RESOLUCIÓN 5261 DE 1994, MIN. SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, art. 20.

así: “NIVEL I: grupos 01, 02, 03; NIVEL II: grupos 04, 05, 06, 07, 08; NIVEL III: grupos 09 y siguientes; NIVEL IV: se establece de acuerdo con el procedimiento practicado en las patologías catastróficas.”<sup>25</sup>

En el año 2006, con la implementación del Sistema de Garantía de la Calidad en Salud y con la adopción del Manual Único de Estándares y de verificación (Resolución 1043 de 2006),<sup>26</sup> aparecen los conceptos de servicios de baja, mediana y alta complejidad asociados a los estándares de los niveles de complejidad de la atención en salud;<sup>27</sup> en donde se determinan las condiciones respecto de la capacidad técnica, científica y administrativa que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar los servicios de acuerdo a su nivel de complejidad.

En este estado de cosas, surge la teoría de la atención según su nivel de complejidad y los recursos técnicos o de equipamiento, de los cuales se puede inferir que la responsabilidad patrimonial del Estado asumida, de una parte debe atender al nivel de complejidad en la atención en que se encuentre categorizada la Institución Prestadora del Servicio de Salud I.P.S., que para el caso que nos ocupa, se trata de las Empresas Sociales del Estado, y de otra parte, la existencia y disponibilidad de la capacidad operativa e instalada de la Institución a la que se le imputa el daño ocasionado, la cual está en representación jurídica del Estado, ya que actúa a nombre del mismo.

Bajo este concepto o concepción de prestar el servicio de salud a los colombianos, es pertinente diferenciar claramente los componentes o servicios que integran cada uno de los diferentes niveles de complejidad en la atención, lo que debería ser una condición *sine qua non* para evaluar correctamente el tema de la responsabilidad patrimonial que tienen las Empresas Sociales del Estado, es decir, los Hospitales Públicos, por la prestación de servicios de salud.

Teniendo en cuenta que las obligaciones y, por ende, las responsabilidades que recaen en las Empresas Sociales del Estado, en cuanto a los servicios médicos prestados por ellas, adquieren la tipología de responsabilidad de carácter oficial, frente a los usuarios o pacientes son obligaciones de medio, es decir, acordes con la complejidad y equipamiento de que dispongan tales empresas. Es importante tener en cuenta que cuando se hace referencia al Estado, debe entenderse no solamente la representación jurídica de la Nación, sino todos los organismos que conforman la administración pública en los diferentes niveles que hayan sido creados a partir del Régimen de Seguridad Social en Colombia, Ley 100 de 1993.

Como se ha venido manifestando, la Constitución Política de 1991 en su artículo 90, expresa que el Estado asume la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le

---

<sup>25</sup> *Id.* en art. 23.

<sup>26</sup> DECRETO 1011 DE 2006, MIN. SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, art. 2.

<sup>27</sup> RESOLUCIÓN 1043 DE 2006, MIN. SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

sean imputables causados por la acción o por omisión por parte de las entidades o autoridades, en este caso, por servicios médicos a cargo de las Empresas Sociales; como representantes del Estado, es a estas a quienes se les ha delegado esa obligación y responsabilidad. El profesional de la medicina en calidad de agente estatal, genéricamente hablando, cuando causa un daño antijurídico a un paciente, bien sea por impericia, imprudencia, o negligencia, deslegitima al Estado, ya que transgrede uno de sus fines, el cual es la efectividad de los principios, derechos y deberes, lo que *per se* compromete la responsabilidad del Estado frente a dichas actuaciones.

## **VI. Las obligaciones tuteladas a las Empresas Sociales del Estado en Colombia**

Al hacer referencia a las obligaciones, en este caso de los Hospitales Públicos, sin importar el nivel de asistencia en el que hayan sido calificados, se debe, en primer lugar, establecer los parámetros que para tal fin se tienen, en este caso, el Consejo de Estado al respecto afirmó: “FALLA DEL SERVICIO MEDICO/OBLIGACIÓN DE MEDIO. La falla del servicio médico no implica una obligación de resultado, sino de medio. En el sub-lite esa obligación de medio fue incumplida en forma flagrante, porque todo da a entender que el servicio de maternidad del hospital no funcionó de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica y que otra hubiera sido la suerte de la paciente si se hubieran puesto a su servicio los medios adecuados y oportunos que su estado (embarazo) requería y que sus condiciones morfológicas mostraban. No es disculpa la gran cantidad de casos que allí se atienden precisamente porque su especialidad impone mejores técnicas y una infraestructura de servicio más completa.”<sup>28</sup>

Lo que significa en palabras más concretas es que se constituye en una obligación de medio, cuando se comprometen, en este caso los Hospitales, a dar la atención necesaria, colocando la diligencia, el cuidado, y dando el tratamiento científicamente correcto para que la persona se recupere, pero si esto no ocurre, no hay falla en el servicio. Si el Estado, por medio de su representante, quien presta el servicio médico, demuestra que prestó los medios suficientes y disponibles a su alcance, que el médico era un profesional capacitado, que el servicio de recuperación también lo fue, que manejo farmacéutico igualmente lo fue, que se le brindó y prestó la atención acorde con el nivel de complejidad de la institución prestadora, y que una vez realizada dicha atención, el paciente luego fallece, no habría lugar a reclamarle por falla en el servicio pues el Estado ha cumplido con las obligaciones de medio que le correspondían.

Es importante tener en cuenta que cuando se le reclama responsabilidad al Estado, o a cualquier entidad prestadora de servicios de salud, aunado al nivel de complejidad de los servicios médicos prestados, se debe tener en cuenta que la prestación de tales servicios médicos depende de

---

<sup>28</sup> *Sent. del 14 de febrero de 1992, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo*

medio y no de resultado. De medio, pues se le presta el servicio acorde con el equipamiento con que cuente la institución según su nivel de atención, y no de resultado pues no se puede predecir qué sucederá una vez se le haya prestado dicho servicio, o que posteriormente surja otro problema de salud que no sea producto de la atención por la cual la persona acudió inicialmente a la institución.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 11 de febrero de 2009, hizo el siguiente pronunciamiento: “la anterior clasificación por niveles se refiere al tipo de actividad, intervención y procedimiento, así como el personal idóneo para su ejecución, mas no a las instituciones como tal, es decir, dicha información cobra mayor relevancia si se estudia la responsabilidad personal y no la institucional. Para este último tipo de responsabilidad, se debe tener en cuenta el nivel de complejidad del centro de salud. Aquellos que están clasificados en el nivel II, están obligados a prestar, directamente o través de convenio, la atención médica general y especializada, los exámenes de laboratorio señalados en el artículo 106 de la Resolución, los exámenes radiológicos contenidos en el artículo 107 ibídem, los medios diagnósticos indicados en el artículo 108 (electroencefalograma simple y anatomía patológica), y otros procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos que, en los casos médicos neurológicos, se limitan al encefalograma simple y a la punción lumbar. Al revisar las obligaciones exigidas a las entidades clasificadas en el Nivel III de complejidad, se advierte que deben prestar, directamente o a través de convenio, entre otros exámenes radiológicos, todas las tomografías axiales computarizadas.”<sup>29</sup>

Bajo la anterior tesis, se determina que no es dable endilgar responsabilidad a las instituciones prestadoras por servicios o procedimientos médicos que no están obligadas a prestar o por protocolos médicos que no hacen parte de su contenido obligacional, el cual está dado según el nivel de complejidad de atención para el cual han sido creadas.

## **VII. Responsabilidad de la administración por la prestación de servicios de salud**

Siguiendo la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional se observa que el régimen de responsabilidad en Colombia ha sido históricamente subjetivo. Sin embargo, al lado de este modelo predominante se ha ido construyendo un régimen complementario que ha permitido hacer responsable al Estado por actuaciones en que no se requiere la demostración de la culpa.

Así, la Constitución de 1991, recogiendo la jurisprudencia de las Cortes colombianas, ha establecido la posibilidad de condenar al Estado utilizando los títulos objetivos de imputación, es decir: el daño especial y el riesgo excepcional.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> *Sent. del 11 de febrero de 2009*, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

<sup>30</sup> Véase también, HUGO ANDRÉS ARENA MENDOZA, *EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA* (2018).

En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene la obligación de probar el daño y el nexo causal entre este y la acción u omisión de la administración para que se pueda deducir su responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud de la conducta del Estado, que resulta, en este caso, irrelevante.<sup>31</sup>

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad por los servicios médico-asistenciales, como ya se dijo, el título de imputación es el de falla probada del servicio. Sobre dicha responsabilidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que le corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos y, para que no haya lugar a imputar responsabilidad a la entidad, esta debe probar que en su actuación no se incumplió con el contenido obligacional de sus deberes.<sup>32</sup>

Sobre el tema el Consejo de Estado en Sentencia de 24 de julio de 2013, sostuvo que: “respecto de la falla del servicio probada ha de decirse que surge a partir de la comprobación de haberse producido el hecho como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional a cargo del Estado determinado en la Constitución Política y en la ley, (...). Por su parte, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de la declaratoria de responsabilidad en tales casos si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los que se encontraba obligada –positivos o negativos- o, si demuestra que medió una causa extraña como fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero”<sup>33</sup> (subrayado fuera del texto).

Las Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas e instituciones prestadoras de servicios de salud creadas por ministerio de la ley o por las asambleas o concejos, en el ámbito de responsabilidad frente a la garantía del derecho a la salud, deben acreditar el cumplimiento del contenido obligacional de su objeto social, el cual está determinado en el acto de creación y circunscrito al nivel de complejidad de los servicios en la atención de la salud para el cual han sido creadas. Vale la pena entenderse esta acreditación como medio de exoneración de la responsabilidad, dado que no se puede endilgar responsabilidad por servicios de nivel II y III de atención, a un centro médico de nivel I de atención, acorde con lo dispuesto en el Decreto 1011 de 2006 y, en especial, en la Resolución No. 5261 de 1994 en cuanto a la responsabilidad según los niveles de complejidad en que se categorizan las Empresas Sociales del Estado.

## VIII. Conclusiones

---

<sup>31</sup> *Sent. del 8 de junio de 2011*, Subsec. A, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

<sup>32</sup> *Sent. del 24 de julio de 2013*, Subsec. A, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

<sup>33</sup> *Sent. del 24 de julio de 2013*, Subsec. A, Sec. 3.<sup>a</sup>, S.C.A del C. Edo.

La responsabilidad que tienen y adquieren las Empresas Sociales del Estado, en cuanto a la prestación de los servicios de salud, debe ser acorde a la categorización de los niveles de complejidad en que se han clasificado. Por eso, la responsabilidad patrimonial frente a la prestación de dichos servicios está ligada, tanto a la capacidad operativa o física como a la capacidad científica de dichas empresas, todo esto acorde con los postulados que las normas jurídicas han establecido y a los lineamientos del propio régimen de seguridad social, y no dentro de la órbita de responsabilidad del Estado frente al deber de garantizar el derecho a la salud.

Para establecer la responsabilidad de las Empresas Sociales del Estado han de tenerse en cuenta otros elementos que van aunados al ejercicio mismo del derecho a la salud, elementos que deben cobrar relevancia no solo al momento de requerir un servicio, sino al establecer el grado de responsabilidad patrimonial. Por eso, habrá de analizarse el contenido obligacional, los alcances y medios que pueden llegar a tener dichos establecimientos, pues, como se ha descrito en este documento, la atención en salud depende, de un lado, de las capacidades técnicas y científicas, en cuanto al equipamiento e infraestructura física y, de otro lado, de la capacidad profesional del recurso humano allí dispuesto al servicio de los usuarios.

En este sentido, y según la complejidad de los servicios prestados por dichas empresas, es que se puede determinar el grado de su responsabilidad patrimonial, asumida desde el contenido obligacional impuesto por las normas que regulan el funcionamiento del régimen de seguridad social en salud y adquirido mediante el acto de creación de la Empresa Social del Estado.