
La Wrongful Conception como daño antijurídico reparable en la jurisprudencia del Consejo de
Estado

Américo Vittorino Yepes

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Escuela de Postrados y Educación Continua

Facultad de Derechos y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Sincelejo

2020

La Wrongful Conception como daño antijurídico reparable en la jurisprudencia del Consejo de
Estado

Américo Vittorino Yepes

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Especialista de Derecho Administrativo

Director

Dairo Díaz Fernández

Magister en Derecho Administrativo

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Escuela de Postrados y Educación Continua

Facultad de Derechos y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Sincelejo

2020

Nota de Aceptación

4.2 (Cuatro Punto Dos)



Director



Evaluador 1

Evaluador 2

Ciudad, Sincelejo, 2 de diciembre de 2020

Tabla de Contenido

Resumen.....	5
Abstract	6
Introducción	7
Identificación de la providencia.....	8
Posición jurídica de la parte actora	8
Posición jurídica de la parte demandada.....	10
Problema(s) jurídico(s):	11
Fallo(s) de instancia	11
Consideraciones	11
Posición del Consejo de Estado	12
Análisis crítico de la providencia.....	14
Referencias Bibliográficas	18

Resumen

La responsabilidad del Estado colombiano ha tenido diferentes fuentes y causas y se ha fundamentado en diferentes títulos de imputación, entre los que se encuentra la falla del servicio, la falla probada del servicio, daño especial, entre otros, con base en los cuales se busca demostrar que el Estado a través de sus entidades tuvo responsabilidad por los daños antijurídicos que se le imputan, sin embargo, dentro de la jurisprudencia que se ha desarrollado en sede el Consejo de Estado no se había tratado la vida como un daño reparable por parte del Estado colombiano, lo cual constituye una evolución de la jurisprudencia en la materia. En razón de lo anterior, en este trabajo se tiene por finalidad analizar la Wrongful Conception como daño antijurídico reparable en la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente la Sentencia Expediente 41262 de 2016. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la jurisprudencia del Consejo de Estado se pudo establecer que en Colombia si es posible obtener reparación por los daños sufridos por la anticoncepción fallida, por la vulneración que causa esta al derecho a la libertad de autodeterminación reproductiva.

Palabras clave: wrongful, daño, responsabilidad estatal, jurisprudencia.

Abstract

The liability of the Colombian State has had different sources and causes and has been based on different titles of imputation, among which are the failure of service, proven failure of service, special damage, among others, based on which it is sought to demonstrate that the State through its entities had responsibility for the antijudicial damages that are imputed to it, however, within the jurisprudence that has been developed in the Council of State, life had not been treated as a reparable damage by the Colombian State, which constitutes an evolution of the jurisprudence on the matter. In view of the above, the purpose of this paper is to analyze Wrongful Conception as an antijudicial reparable damage in the jurisprudence of the Council of State, Ruling Expediente 41262 of 2016. The above, taking into account that in the jurisprudence of the Council of State it was established that in Colombia it is possible to obtain reparation for the damages suffered by the failed contraception, due to the violation that this causes to the right to freedom of reproductive self-determination.

Keywords: wrongful, damage, state liability, jurisprudence.

Introducción

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en establecer los elementos y aspectos importantes de la responsabilidad del Estado, en este sentido, se ha dispuesto que para que se configura la responsabilidad del Estado colombiano es necesario que se satisfagan una serie de requisitos, que encuentran su fundamento en el artículo 90 constitucional.

A partir de lo anterior, son tres los elementos que deben concurrir para que se configure dicha responsabilidad, la existencia de un daño antijurídico, que sea imputable al Estado y que exista una relación de causalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (5 de octubre de 2011). Sentencia Radicado No 20170 de 2011. [Cp. Olga Melida Valle de la Hoz]).

De forma general hay muchas circunstancias y causas que pueden dar origen a la responsabilidad estatal, pero en esta oportunidad se hace énfasis en la responsabilidad del Estado por servicios médicos, la cual se ha ido consolidando en los últimos años, debido a los avances científicos, a los aspectos que se deben tener en cuenta en la relación paciente médico, la praxis médica, entre otros aspectos.

Con base en lo anterior, específicamente en el marco de la responsabilidad médica se revisará lo atinente a la responsabilidad del Estado por el daño ocasionado por la vida, lo cual se conoce actualmente como la anticoncepción fallida o wrongful conception, que es un nuevo concepto introducido en el campo de la responsabilidad estatal y que tiene como antecedentes la jurisprudencia del Tribunal Superior Español y casos de la misma naturaleza en Estado Unidos.

Partiendo de ello, el objetivo general se centra en analizar la Wrongful Conception como daño antijurídico reparable en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo este trabajo resultado de un análisis de la Sentencia Expediente 41262 de 2016.

Identificación de la providencia

Corporación: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, subsección B.

Sentencia Expediente No: 41262 de 2016.

Fecha: 5 de diciembre de 2016.

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

Tipo de Acción: Reparación Directa.

Actora: Helena.

Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y E.P.S. Comparta.

Posición jurídica de la parte actora

Hechos relevantes

1. La actora asistía a un programa de planificación familiar, con el fin de evitar quedar en embarazo, toda vez, que ya tenía 4 hijos y su situación económica, social y cultural no se lo permitía. La iniciación de la planificación fue en el año de 2008.

2. La actora mes a mes cumplía con su control, aplicándosele un anticonceptivo en ampollas.

3. A pesar de estar cumpliendo con el control de la planificación familiar, el 4 de febrero de 2009 la demandante asistió a control en el que se verificó que se encontraba en embarazo, dando a luz a su hijo el 14 de abril de 2009.

Argumentos jurídicos

La demandante jurídicamente planteo lo siguiente:

- psicológicamente para tener otro hijo, toda vez que, el fin de la planificación familiar que estaba realizando era con el fin de evitarlo.
- Asegura que tanto la E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y E.P.S. Comparta actuaron en forma negligente y con desconocimiento de los protocolos, normas y guías aplicables, lo que determinó que el programa de planificación no fuera efectivo y culminó con el nacimiento posterior del hijo no deseado.
- Plantea además que la E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca no le dio el manejo farmacéutico adecuado al medicamento, por lo que considera la actora que el medicamento se encontraba adulterado.
- En lo que respecta a la EPS Comparta, afirma que esta no cumplió con su deber de evaluación, en relación con los prestadores de servicios de salud de su red, del sistema de garantía de la calidad de sus prestadores y obviar realizar y seguimiento de los lotes de medicamentos comprados por la I.P.S.
- No se le brindo por parte del prestador de salud información sobre riesgos y beneficios del método de planificación familiar escogido y de la existencia de un período de adaptación.

Pretensiones

De acuerdo a los hechos y argumentos jurídicos expuestos por la parte demandante, solicito lo siguiente:

1. Que se declare que la I.P.S. EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEPARTAMENTAL DE PRIMER NIVEL MORENO Y CLAVIJO DE ARAUCA (...) y la Empresa Promotora de Salud COMPARTA E.P.S. son solidaria, civil y administrativamente responsables de todos los daños antijurídicos y perjuicios tanto de orden material, moral como fisiológico que le fueron causados a la señora Helena.

2. Que se ordene a las entidades demandadas pagar por concepto de indemnización por daños morales, sufrimiento, dolor y preocupación la suma de 1000 SMLMV.
3. Que se ordene a las entidades demandas a pagar por concepto de indemnización por daño a la vida en relación la suma de \$ 90.000.000 millones de pesos.
4. Que se ordene a las entidades demandas a pagar por concepto de indemnización por daño emergente causado a la señora Helena la suma de 1 millón de pesos.
5. Que se ordene a las entidades demandas a pagar por concepto de indemnización por daño emergente futuro para asegurar la educación del menor la suma de \$180.000.000 millones de pesos. Así mismo, solicito pago por daño emergente futuro en el que se busca asegurar una pensión en vida al menor, por la suma de \$ 149.070.000 millones de pesos.
6. Se ordene a las entidades demandas a pagar por concepto de indemnización por daño emergente futuro para asegurar el pago del sistema de seguridad social en salud en favor del menor, por la suma de \$18.637.500 millones de pesos.
7. Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

Posición jurídica de la parte demandada

Excepciones

EPS Comparta: Expuso como excepciones la inexistencia de culpa y de relación de causalidad entre la atención desplegada por la entidad de salud y el daño sufrido por la actora, toda vez, que la atención brindada a la misma fue idónea, diligente e inmediata.

Así mismo, propuso la excepción de fuerza mayor, en el entendido de que el embarazo obedeció a una situación ajena, irresistible e imprevisible para la EPS.

E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca: No propuso excepciones.

Argumentos de defensa

EPS Comparta: Manifestó que la actora no cumplió de forma consecuente con el control mensual exigido por el programa de planificación familiar, lo que pudo extraer del análisis de su historia clínica. Así mismo, indico que el medicamento aplicado a la actora (Ampolla Nofertyl) se encontraba en el término de vigencia, sin presentar alteraciones, lo que fue verificado por el laboratorio fabricante “LafrancoI”.

Finalmente expresa que al momento de que la actora se afilió a la EPS ya se encontraba en embarazo.

E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca: Asegura que el medicamento aplicado a la demandante no está adulterado o no presentaba alteraciones que pudiesen afectar su efectividad, lo que fue certificado por el laboratorio fabricante “LafrancoI”.

Problema(s) jurídico(s):

¿La demandante acreditó haber padecido un daño antijurídico por la anticoncepción fallida y si este es imputable a las entidades demandadas?

¿El mismo hecho de la concepción es susceptible de ser calificado como un daño y si es posible que se comprometa la responsabilidad del Estado prestador del servicio de salud en casos de anticoncepción fallida?

Fallo(s) de instancia

La primera instancia fue adelantada ante el Tribunal Administrativo de Arauca.

Consideraciones

El Tribunal Administrativo de Arauca considero que en el trámite de la acción de

reparación directa no obro otro medio probatorio que la historia clínica de la paciente para demostrar la falla del medicamento, sin embargo, del análisis de la misma cual se pudo establecer que la paciente reportaba un riesgo reproductivo con el método utilizado, con una probabilidad de embarazo del 50%.

Aunado a lo anterior, indico que la carga de la prueba estaba en cabeza de la actora, es decir, era Helena quien debía demostrar la falla del servicio, en este sentido al d quo admite que la actora no demostró que el medicamento se encontrase adulterado o su ineffectividad se debería al vencimiento de dicho anticonceptivo.

En el mismo sentido, arguye el Tribunal que no les corresponde a las entidades demandas demostrar causa extraña y afirma finalmente que los anticonceptivos no reportan una efectividad absoluta, teniendo un margen de error.

Decisión

El Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demandante.

Posición del Consejo de Estado

Consideraciones respecto del problema jurídico planteado

Tesis: Si puede haber lugar a que se declare la responsabilidad del Estado en casos de anticoncepción fallida en Colombia, en los casos donde se vulnere la libertad de autodeterminación reproductiva.

Fundamento. Para el consejo de Estado en Colombia la wrongful concepción si es considerada como un daño, pero solamente bajo una sola circunstancia que está dada por la vulneración del derecho a la autodeterminación reproductiva, especialmente en los casos de

planificación familiar cuando no se entrega la información completa sobre los riesgos y beneficios de los mismos, toda vez, que la información es un componente esencial de este derecho. Ello bajo el evento cuando un tercero interviene ilegítimamente en la decisión positiva o negativa respecto de la procreación, a través de cualquier conducta activa u omisiva que impida su pleno ejercicio.

En consonancia con lo anterior, plantea además que para que el daño sea reparado debe ser antijurídico y también debe ser cierto, determinado y determinable, toda vez, que en la jurisprudencia del Consejo de Estado ha quedado descartado que sean simples conjeturas o afirmaciones sin sustento probatorio en la que se fundamenten las pretensiones de la acción de reparación directa que se inicie.

En síntesis, de lo anterior, el Consejo de Estado afirma que se debe acreditar *“la certeza del daño y para ello se requiere demostrar la existencia de una decisión libre, personal y definitiva previa, como un proyecto de vida personal o familiar, según el caso, y como reflejo de una posición consciente e informada”*

A partir de lo anterior, para que el daño sea resarcible bajo el concepto de anticoncepción fallida se debe acreditar que la concepción vulneró la libertad reproductiva y, por ende, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.

Se añade que el daño sufrido se evidencia en la vulneración del derecho a la autodeterminación reproductiva, lo cual evidencia sus consecuencias no en el hecho del nacimiento, sino en las consecuencias lesivas que implica en el proyecto de vida de quien lo sufre.

En el caso bajo estudio, la imputación del daño sufrido por la actora es atribuible a la ESE E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca, toda vez, que durante la consulta de planificación familiar solicitada por la demandante se omitió brindar información sobre los riesgos y beneficios del método anticonceptivo, lo que impidió a la actora decidir con conocimiento de causa que método anticonceptivo aplicarse.

Decisión

El Consejo de Estado decide:

1. Revocar la sentencia de 17 de marzo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda.
2. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Empresa Social del Estado Moreno y Clavijo de Arauca de los daños al proyecto de vida de la señora Helena, que se derivaron de la violación del derecho a la libertad de autodeterminación reproductiva, quien deberá cancelar la suma de 50 SMLMV a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.
3. Absolver a la EPS COMPARTA.

Las demás pretensiones fueron negadas.

Análisis crítico de la providencia

En la Sentencia bajo estudio se buscó determinar si la anticoncepción fallida puede ser considerada como un daño que es susceptible de ser reparado. Para responder poder dar el punto de vista frente a lo manifestado por el Consejo de Estado se parte de lo Expuesto por Lamo & Lamo (2017) quienes afirman que el wrongful supone un tipo de responsabilidad por el hecho mismo de la vida y que ha tenido sentido por el aumento de la planificación familiar y la falta de eficacia de los métodos anticonceptivos en determinados casos (Lamo y Lamo, 2017).

En consonancia con lo anterior, Morante (2017) completa lo expuesto en el párrafo anterior afirmando que el a partir del Wrongful conception, se considera la vida como un daño, en el entendido de que al fallar los métodos anticonceptivos las mujeres y las familias pueden ver truncados sus proyectos, planes, puesto que, acuden a este tipo de métodos para evitar quedar en embarazo, toda vez que, es decisión de cada persona tener o no hijos en un momento determinado

de su vida. Lo cual se evidencia en la afectación del derecho a la libre autodeterminación reproductiva.

La postura que plantean estos dos autores que en el caso de anticoncepción fallida si hay lugar a que se establezca responsabilidad, ha sido adoptada por el Consejo de Estado colombiano, quien admite como única causa de ello, la violación del derecho a la libre autodeterminación reproductiva. Considerando que ello se presenta cuando no se le brinda toda la información necesaria al paciente sobre los beneficios, riesgos, margen de error, efectos adversos y probabilidades de quedar embarazada con el método de planificación familiar que se le suministra (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (5 de diciembre de 2016). Sentencia Expediente 41262 de 2016. [Cp. Ramiro Pazos Guerrero]).

A partir de lo expuesto, se está de acuerdo con la posición del Consejo de Estado, toda vez, que, la falta de información en relación con los métodos anticonceptivo afecta el derecho a la libre autodeterminación reproductiva, por cuanto, al carecer de ella la persona que se lo ha de aplicar no tendrá conciencia de la probabilidad de embarazo que tiene, los riesgos del producto en lo que respecta a su efectividad o si debe usar otro método anticonceptivo mientras el aplicado se adapta a su cuerpo. Cabe indicar que las ampollas requieren de un tiempo de adaptación al cuerpo, que de no cumplirse a cabalidad no surtirán el efecto esperado y si la paciente no tiene esa información no podrá tomar las medidas para evitarlo.

Bajo este supuesto es plausible la posición de esta corporación al reconocer una problemática de la vida diaria, en especial de las mujeres quienes quedan en embarazo por no comprender los riesgos y beneficios de los productos que les aplica las entidades donde le prestan la atención salud en relación con el método anticonceptivo que se les ha de aplicar o se les viene suministrando. En este sentido, al carecer de información muchas mujeres pueden quedar embarazadas sin quererlo, siendo expuestas a cargar con un embarazo no deseado, puesto que en Colombia no está permitido el aborto bajo esta circunstancia, y hacerlo significaría incurrir en el delito de aborto, que está plenamente tipificado en el Código Penal.

Sin duda alguna, el hecho de tener un embarazo por la intervención ilegítima de un tercero, trae como consecuencia la afectación del proyecto de vida, en el entendido de que el mismo hecho de aplicar controladamente un método anticonceptivo, se engendra la voluntad de la persona de no quedar en embarazo y al quedar por falta de información ello puede causar serias afectaciones, que deben ser reparadas por parte de quien incumplió con su deber de informar.

Es de advertir que, a partir de la sentencia bajo estudio, en Colombia se consagra una nueva causa de responsabilidad del Estado, lo cual constituye un avance en materia de responsabilidad estatal que se aleja de la línea jurisprudencial que se ha desarrollado en la materia.

A pesar de que la sentencia bajo estudio representa un gran avance en materia de responsabilidad estatal, es importante mencionar que este nuevo tipo de responsabilidad implica un reto para el ordenamiento jurídico, puesto que, le corresponde al legislador determinar el alcance de esta nueva figura jurídica, pero además, es necesario que se especifique en cuáles más situaciones hay lugar a indilgar responsabilidad al Estado por ello, toda vez, que la sentencia se centra únicamente en la vulneración del derecho a la libertad de autodeterminación reproductiva a partir de la falta de información sobre los riesgos y beneficios del productos que se aplica en el marco de un programa de planificación familiar y este derecho comporta un contenido amplio.

Dentro de los retos que existen en la materia, se reportan en el ámbito probatorio, toda vez, que el Consejo de Estado en su fundamento plantea que se debe probar la certeza del daño, es decir, que realmente existió y que no basta con simples afirmaciones, sin embargo, exonera a la actora de probar las negaciones y afirmaciones, con base en lo dispuesto en el artículo 177 del Código de procedimiento Civil donde se estipula que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba” afirmando que deben ser las demandadas que desvirtuaran la negación frente a la entrega de información, aun cuando se reportara en la historia clínica un riesgo del 50% de quedar en embarazo a la paciente.

Ante esta situación es necesario que se puntualice que medios de pruebas son pertinentes y útiles, toda vez, que el Consejo de Estado lo deja abierto a cualquier medio de prueba y además se puntualice si realmente en este evento las afirmaciones y negaciones están libre de pruebas, como también el título de imputación, para identificar quien tiene la carga de la prueba.

Referencias Bibliográficas

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (5 de diciembre de 2016). *Sentencia Expediente 41262 de 2016*. [Cp. Ramiro Pazos Guerrero].

Lamo, J. y Lamo, L. (2017). *Las acciones por wrongful conception en el ordenamiento jurídico colombiano: la vida sana no deseada resultante de un mecanismo de anticoncepción fallido como un daño indemnizable* [Tesis de grado publicada, Pontificia Universidad Javeriana].
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34116/LamoBlancoJorgeEduardo2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Morante, J. (2017). *La vida como daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano*. [Tesis de maestría publicada, Universidad Nacional de Colombia].
<http://bdigital.unal.edu.co/61929/1/1052075888.2017.pdf>