

La deficiente función del estado en la prestación de servicio en salud y asistencia médica en enfermedades de origen profesional

The poor role of the state in the provision of service in health
and medical assistance in diseases of professional origin

CLAUDIA CARVAJAL AGUDELO

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo en Derecho Laboral y en Seguridad Social. Candidata Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 07/03/2019

Evaluado: 11/04/2019

Aceptado: 22/07/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Carvajal-Agudelo, C. (2020). La deficiente función del Estado en la prestación de servicio en salud y asistencia médica en enfermedades de origen profesional. *Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7(13)

Resumen

El propósito de este artículo es reflexionar en torno a la responsabilidad del Estado a raíz de las discrepancias que se presentan a la hora de determinar la calificación de una contingencia o enfermedad profesional desde el punto de vista de su origen, ya sea laboral o común a efectos de la asunción del tratamiento del paciente desde la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) o la respectiva Entidad Prestadora de Salud (EPS). Esta situación representa una gran dificultad para el paciente, pues en algunas ocasiones se ve afectada la prestación continua del servicio de salud, lo que trae consigo una pérdida real de oportunidad para que el paciente alcance su estabilización y/o recuperación. Para abordar si dicha discrepancia entre la ARP y la EPS genera una afectación real en el marco del sistema de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, se abordará tres secciones principales, la primera relativa al marco jurídico colombiano de salud frente a una enfermedad profesional, la segunda desarrollará un análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional referente a la continuidad en la prestación de servicios en salud durante la determinación definitiva del origen de una enfermedad profesional y, por último, se presentarán los argumentos que sustentan la pérdida de oportunidad por estas discrepancias al suspender el servicio de salud.

Palabras clave: Pérdida de oportunidad, Servicio integral de salud, Enfermedad profesional, obligación estatal, Responsabilidad estatal.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on the responsibility of the State as a result of the discrepancies that arise when determining the qualification of a contingency or occupational disease from the point of view of its origin, whether labor or common for purposes. of the assumption of the patient's treatment from the Professional Risk Administrator (ARP) or the respective Health Provider Entity (EPS). This situation represents a great difficulty for the patient, since on

some occasions the continuous provision of the health service is affected, which entails a real loss of opportunity for the patient to achieve stabilization and / or recovery. To address whether said discrepancy between the ARP and the EPS generates a real impact within the framework of the social security system contemplated in Law 100 of 1993, three main sections will be addressed, the first one relating to the Colombian legal framework for health in the event of a disease. The second will develop a jurisprudential analysis of the Constitutional Court regarding the continuity in the provision of health services during the definitive determination of the origin of an occupational disease and finally, the arguments that support the loss of opportunity due to these discrepancies will be presented. by suspending the health service.

KEYWORDS: Missed opportunity, Comprehensive Health Service, Occupational Disease, State obligation, State Responsibility

Introducción

Según la Constitución Política de Colombia, en el Artículo 48 está consagrado que todos los elementos que componen la seguridad social constituyen en sí mismos un derecho irrenunciable, el cual debe amparar a todas las personas que están sometidas a la jurisdicción de Colombia. Esta prerrogativa debe garantizarse de manera obligatoria y coordinada entre actores públicos y privados, a fin de cumplir adecuadamente con los principios de solidaridad, universalidad y eficacia administrativa (Sentencia T-341, 2013).

En ese punto es importante mencionar que es una obligación legal el establecimiento o determinación de la contingencia que afecta la salud mediante la concreción del origen de la patología o accidente, esto implica que, dependiendo del origen de dicha enfermedad profesional, esta será asumida por la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) o por la Entidad Promotora de Salud (EPS) correspondiente. Con todo, si existen discrepancias entre las entidades

involucradas estas tienen la obligación de dirimir sus diferencias sin afectar la prestación del servicio médico al paciente, teniendo como autoridad, que podrá revisar la situación, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez (Sentencia T-555, 2006).

Ahora, lamentablemente se ha evidenciado que, por trámites administrativos relativos a las discrepancias en las calificaciones que dan la EPS y la ARL a las enfermedades profesionales, se han venido desconociendo los tratamientos médicos que requieren los pacientes bajo la premisa de que ninguna de las entidades mencionadas quiere asumir el tratamiento por no estar de acuerdo con el origen de la enfermedad; dichas vulneraciones se han ventilado recientemente en el plano jurídico mediante acciones de tutela que, a su vez, ha conocido la Corte Constitucional muy a pesar de que la reglamentación del Decreto 1295 de 1994, desde su Artículo 5, consagra que, en virtud de una enfermedad profesional o accidente de trabajo, el trabajador tiene derecho a que la Entidad Promotora de Salud le preste sus servicios, con excepción de los tratamientos de rehabilitación profesional.

Lo anterior significa al prestarse los servicios de salud, se generarán gastos que, si se demuestra su relación directa con un riesgo profesional, deberá hacerse cargo la administradora de riesgos laborales, sin que ello sea obstáculo para que la atención inicial de urgencia sea prestada por una institución prestadora de servicios de salud (Sentencia T-041, 2019).

Por lo tanto, al menos desde el enfoque previsto por la Corte Constitucional, no existe discusión en cuanto a que sea necesario calificar el origen de la contingencia para lograr obtener la prestación continua del servicio médico, no obstante, aunque esta sea indispensable para establecer la entidad obligada al cubrimiento de los gastos (Sentencia T- 642, 2009), ya había dilucidado que, aunque existan controversias entre las EPS y las ARS (Administradoras de Ries-

gos de la Salud), no se pueden constituir como obstáculos para la adecuada atención de los pacientes.

Entonces tenemos una situación en la que hay todo un marco constitucional de protección de la continuidad de la prestación del servicio médico sin importar que exista discrepancia en cuanto a qué entidad está obligada al cubrimiento de las prestaciones asistenciales y económicas. Sin embargo, cuando dichos trámites administrativos o discrepancias logran afectar la prestación del servicio, y en ese sentido eventualmente la recuperación del paciente, es válido preguntarnos: ¿se genera una pérdida de oportunidad para su recuperación? Y ¿Existe un daño antijurídico excesivo y que no deba soportar el ciudadano?, estos interrogantes convergen en la siguiente pregunta de reflexión: ¿se garantiza por parte del Estado la continuidad de la prestación de servicio en salud durante la determinación definitiva del origen de una enfermedad profesional en Colombia? Esta pregunta inexorablemente nos lleva a considerar la categoría de “pérdida de oportunidad” que podría acaecerle al paciente debido a esos trámites o discrepancias mencionados, pues en muchos casos se interrumpe la continuidad del servicio médico afectando la probabilidad de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, lo que a su turno representaría una responsabilidad estatal por la omisión en su deber de regulación y fiscalización de la prestación del servicio médico, sea que se preste por un particular o por agentes estatales.

Como se ha venido sosteniendo, la prestación continua del servicio médico es una obligación estatal, la cual, de interrumpirse bajo excusas de discrepancias en cuanto al origen de la enfermedad profesional del paciente, estaría incurriendo en una responsabilidad estatal que eventualmente puede llegar a probar una pérdida de oportunidad real e irremediable de recuperación del paciente por la interrupción del servicio durante dichas discrepancias o trámites administrativos.

Para abordar dicha temática, se ha decidido en este artículo reflexivo describir el marco jurídico que regula la prestación de servicio en salud en Colombia; posteriormente se desarrollarán las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional referente a la progresión de la disponibilidad de servicios del área de la salud durante el proceso de determinación definitiva del origen de una enfermedad profesional en Colombia, a fin de analizar la pérdida de oportunidad por la no continuidad en la prestación de servicios en esas circunstancias.

Marco jurídico que regula la prestación de servicio en salud en relación con la determinación de una enfermedad profesional

Desde la perspectiva de la seguridad social, la noción de enfermedad profesional se origina en la necesidad de distinguir las enfermedades que afectan al conjunto de la población, también llamadas de origen común, de aquellas que son el resultado directo del trabajo que realiza una persona, pues generan derechos y responsabilidades diferentes (Ministerio de Protección Social, 2004).

Entonces, la enfermedad profesional, como categoría conceptual, tiene ciertos elementos comunes entre los cuales se destaca:

El énfasis que se realiza sobre la noción de causalidad, la cual está sustentada la mayoría de las veces en la demostración de la exposición del trabajador a un agente nocivo presente en el ambiente de trabajo que pueda causar la enfermedad en cuestión. (Ministerio de Protección Social, 2004, p. 4)

Dicho lo anterior, el tratamiento legal de las enfermedades profesionales, sea de origen laboral o común, empieza mediante el Artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo que contempla, entre otras cosas, que una enfermedad profesional es una consecuencia directa del trabajo desempeñado, ya sea que su afección sea por agentes físicos, químicos o biológicos (Congreso de la Republica, 1950).

Lo anterior en concordancia con el Artículo 201 del mismo código, que introdujo una tabla taxativa con dieciocho patologías de origen profesional que fue posteriormente derogada por el Artículo 5 del Decreto 1477 de 2014. La nueva regulación, frente a esas patologías, se estima fue de gran relevancia, porque además de no ser restrictiva en cuanto a las enfermedades profesionales que podrían presentarse, incluyó un mayor amparo al mencionar, en su Artículo 2, que para considerarse una enfermedad como laboral bastaría demostrar la relación con los factores laborales de riesgo.

Como antecedente normativo, el Decreto 614 de 1984, en su Artículo 2, señaló como ámbito de aplicación de la salud ocupacional la protección a la persona respecto de los riesgos derivados del trabajo.

Luego tenemos un salto exponencial con el Decreto 2463 de 20 noviembre del 2001, el cual, en su Artículo 6, establece las modalidades y procedimientos de calificación del origen del accidente, además atribuye la responsabilidad de calificación a las EPS como la llamada inicialmente a prestar los servicios médicos y luego a la ARP (Gómez, 2011).

Ahora, de presentarse discrepancia por el origen de la enfermedad, el Decreto 2463 indica que debe ser absuelta por una junta compuesta por representantes de ambas entidades, en caso de que con ello no se resuelva la situación, el paciente podrá entonces solicitar el trámite ante la junta regional de calificación de invalidez (Gómez, 2011).

Como se ha venido señalando, este margen de discrepancias en medio de los trámites administrativos termina afectando la recuperación del paciente al ser desconocida la continuidad del servicio en razón a diferencias para determinar el origen de su enfermedad profesional.

Estas circunstancias, con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, tuvieron un nuevo viraje en tanto se unifican los regímenes normativos del sistema de seguridad social, generando una mayor participación de la gestión pública con administración privada, tratando de aminorar dicha afectación en razón a la determinación definitiva del origen de la enfermedad profesional.

Dicha integración, se asume, se realizó en concordancia con el marco jurídico de la Ley 776 de 2002, en conjunto con los decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001, los cuales, como piedra angular normativa de la situación analizada, pregonan la obligación de prestar los servicios médicos a la vez que se acude a determinar o calificar la enfermedad desde el punto de vista de su origen.

Esta calificación del origen de una contingencia o enfermedad profesional se realiza siguiendo los procesos indicados en los decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001, que convergen en establecer que el término para resolver definitivamente la calificación del origen de una enfermedad es un lapso de treinta días (T-555, 2006, p. 21).

Ahora bien, al momento de desconocerse el término provisto para determinar la calificación de la enfermedad, o por el simple hecho de suspender un tratamiento médico por falta de determinación definitiva de la enfermedad profesional, sin duda hay una vulneración a los derechos más fundamentales tales como la dignidad humana, la salud y el debido proceso (T-555, 2006).

Por lo anterior la Corte Constitucional ha tenido que referirse a la continuidad del servicio independientemente de las discrepancias sobre el origen de la enfermedad profesional; ya la Ley 100 de 1993, en su Artículo 208, había llamado la atención de los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional, esto es así porque en el Libro Tercero de la Ley 100 se indica el orden adecuado de pago por parte de las entidades involucradas de acuerdo a la calificación de la enfermedad.

En ese sentido se ha considerado, a manera de reflexión, que el Estado tiene una obligación estatal de vigilancia, control e incluso de sanción sobre estas entidades que se condensa en límites legales y jurisprudenciales que redundan en la protección de pacientes que requieren la atención de los servicios de salud sin que sean óbice los trámites administrativos encaminados a la determinación definitiva del origen de la enfermedad profesional, pues de no actuar el Estado como vigilante de la correcta actuación administrativa, podría hasta considerarse que se estaría presentando casos de responsabilidad estatal.

Así las cosas, las entidades no deben desconocer que, aunque existan diferencias administrativas, el Decreto 1771 de 1994 reglamentó la procedencia de reintegros o reembolsos íntegros entre ARP y EPS, los cuales son aplicables al caso de discrepancias de origen de enfermedad profesional y a la respectiva atención que se preste hasta la determinación definitiva de estas; hacer lo contrario conlleva a que se vulnere el derecho que le asiste al trabajador de recibir de manera oportuna el tratamiento de rehabilitación, traduciéndose tal actuar en una pérdida de oportunidad de recuperación para el afectado.

Es importante mencionar que, de acuerdo con el marco jurídico vigente, la calificación del origen de los eventos de salud es fundamental porque determina quién debe reconocer y pagar las prestaciones asistenciales o económicas de los trabajadores (Ministerio de Protección Social, 2004).

Ahora, si bien pueden surgir controversias sobre la calificación del origen que debe supeditarse a un proceso de discusión técnica entre representantes de la EPS y de la ARP, con el objetivo de dirimir dicha controversia y, eventualmente, en caso de no llegar a acuerdo, las Juntas de Calificación de Invalidez son las llamadas a dirimir estas controversias, sin que este proceso se convierta en un nuevo obstáculo para desconocerse la prestación continua de prestación de salud, pues ello no solo transgrede garantías esenciales de las personas, sino

que, además, podría transitar en la responsabilidad estatal por afectar la oportunidad de recuperación del paciente, circunstancia atribuida por la omisión de control y fiscalización de dichas entidades.

Precedente jurisprudencial en relación con la adecuada asistencia de las enfermedades profesionales frente a discrepancias por su origen ¿debe responder el Estado?

Dicho lo anterior, se procederá a establecer la línea jurisprudencial por parte de la corporación de la Corte Constitucional frente a las posturas del Consejo de Estado en relación con la pérdida de oportunidad en un contexto de indeterminación del origen de una enfermedad profesional por parte de la ARP o EPS.

Sea lo primero mencionar que la jurisprudencia ha sido tradicionalmente definida en Colombia como fuente auxiliar o secundaria de derecho, de hecho, así lo contempla el Código Civil en cuanto a que: “(...) las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 33).

Esta posición que niega el precedente jurisprudencial fue modificándose con el tiempo. Para los franceses se empezó a hablar de jurisprudencia constante y para el resto de los europeos de doctrina legal; estas figuras convergían, según la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2006), en que la interpretación reiterada que hiciera la corte de cierre obligaba a las instancias judiciales inferiores a respetarla.

Para Colombia, a partir de la constitución de 1991 se empezó a gestar un sistema jurisprudencial fuerte y no meramente indicativo, al menos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de hecho, cuando se analiza el Artículo 4 de la Ley 169 de 1896 frente al condicionamiento de exequibilidad de la Corte Constitucional, se puede inferir que una línea jurisprudencial puede establecer-

se para trazar un posible precedente jurisprudencial, y que este es posible unificarlo y darle su respectivo valor sin importar la corte de su procedencia, a saber; se cita *in extenso* el extracto de la Ley 169 (Congreso de la Republica, 1896).

Es importante mencionar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-836 de 2001 buscó establecer unificar el tratamiento del valor de la jurisprudencia sin que sea un factor determinante el origen de la corporación que la emite en tanto: “La doctrina del precedente judicial aplicada en la jurisdicción constitucional es aplicable, exactamente por las mismas razones jurídicas, al tratamiento de la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado” (C-836, 2001, p. 14).

Habiendo aclarado que es posible trazar una línea jurisprudencial tanto en la jurisdicción constitucional o en el órgano judicial de preferencia, se procederá a ilustrar el escenario constitucional sobre los obstáculos al acceso adecuado a la prestación de servicios médicos cuando ocurren discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional. Luego de ello, como quiera que habiendo revisado las 354 sentencias del Consejo de Estado que desarrollan la teoría de la pérdida de oportunidad, se llegó a la conclusión de que no existe una sentencia que fácticamente incluya la pérdida de oportunidad del factor salud que haya ocurrido, en concreto, por discrepancias entre la ARL y la EPS. Se procederá a ilustrar las sentencias que más se asemejan fácticamente al problema propuesto y desarrollado ampliamente en el escenario constitucional, a saber:

Figura 1. Nicho citacional. Primer nivel y segundo nivel

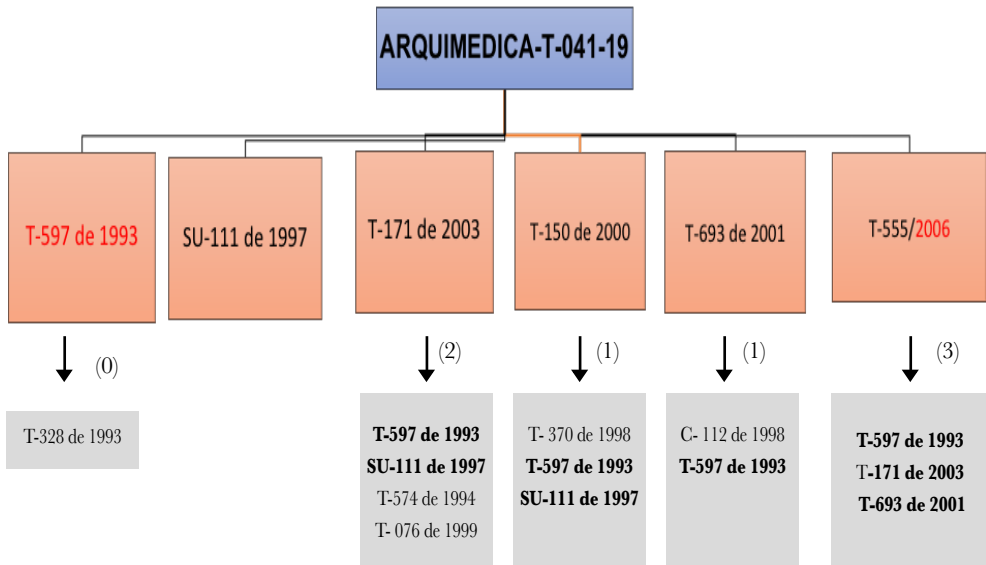
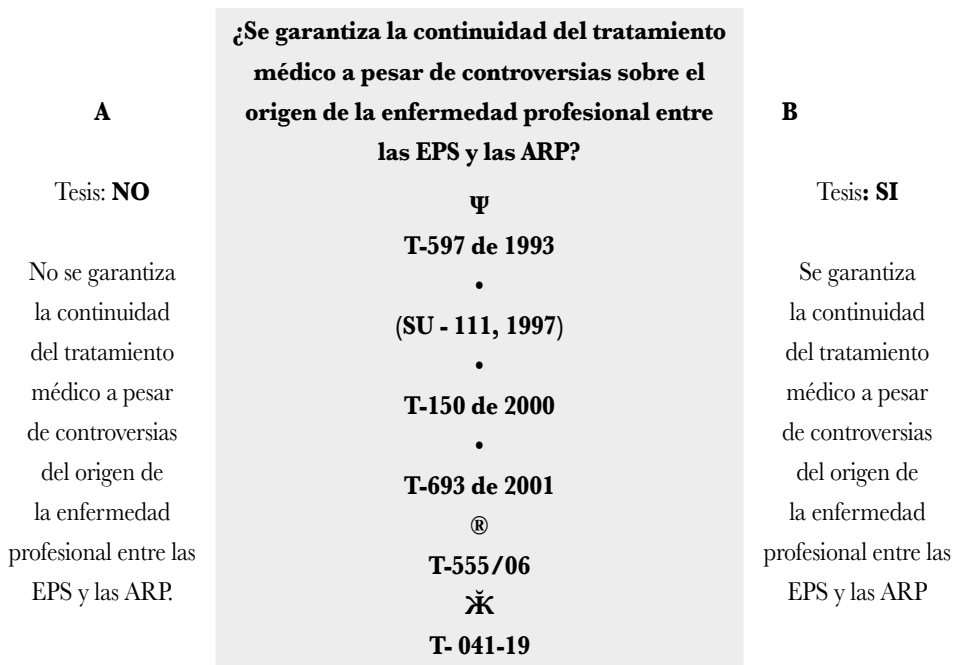


Figura 2. Análisis de la garantía la continuidad del tratamiento médico a pesar de controversias sobre el origen de la enfermedad profesional



Nota: **Ψ**: Sentencia fundadora de línea; **•**: Sentencias hito consolidadora de línea; **✂**: Sentencia Arquimédica; **®**: Sentencia reconceptualizadora de línea; **#**: Sentencia que se apartó de la tesis consolidada.

Como puede evidenciarse en las gráficas anteriores, las sentencias hitos resaltadas en el nicho citacional de nivel 1 y 2 conservan indemnidad fáctica en cuanto a afectaciones por falta de continuidad en tratamientos médicos ante la indeterminación o controversias en el origen de una enfermedad profesional entre las ARL y EPS. La Corte Constitucional, en cada sentencia hito, construyó un escenario constitucional en el que resaltó el valor intrínseco de la dignidad humana ligada al derecho a la salud de cada paciente que padece una enfermedad profesional y que, por simples obstáculos administrativos, no puede desmejorarse su situación e impedir que acceda a su respectivo tratamiento, precisamente para que no pierda la oportunidad de recuperar su salud.

Aunque desde esta etapa del artículo se está construyendo un análisis jurisprudencial desde el enfoque de la Corte Constitucional debido al uso implícito del concepto de pérdida de oportunidad, se procederá a definirlo, esto para dar continuidad al mencionado análisis. Dicho concepto implica, según la Sentencia 51542 (2019) del Consejo de Estado:

Un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. (...) para que el daño se tenga por acreditado, la Sala advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la oportunidad que se pierde (...) finalmente, que aquellos se encontraban en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización en ese libelo. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá tomarse el daño como cierto. (p. 2)

Ahora, sobre la continuidad de los servicios y tratamientos médicos durante la indeterminación del origen de la enfermedad profesional, la mayoría de decisiones son sentencias consolidadoras de línea sobre la tesis consistente en que debe garantizarse la misma, independientemente de los obstáculos administrativos entre la ARL y EPS, por lo que se estima que la posición de la Corte Constitucional ha prevalecido de manera pacífica desde la sentencia fundadora T-597 de 1993 hasta la arquimédica T-041-19, es decir, la primera sentencia que dio origen a la línea jurisprudencial y la última sentencia que expuso la situación analizada respectivamente.

La sentencia fundadora es clara en sostener que el derecho a la salud debe ser amparado sin que sea una razón para su limitación los obstáculos administrativos de entidades, aunque no desarrolló a cabalidad la problemática pues la Ley 100 apenas estaba empezando a operar; lo cierto fue que sentó las bases para las siguientes sentencias que se mencionaran. De hecho, la Sentencia T- 538 (1994) indicó que el Estado debe garantizar los tratamientos que permitan proveer los medios necesarios para la recuperación del paciente.

Así mismo, esta posición fue gestándose sin mayores precedentes que establecieran subreglas relativas al amparo constitucional de las partes cuando se veían sometidas a yerros y obstáculos atribuibles a las entidades. En este sentido, la sentencia se apoya en el vacío legal existente en aquel entonces en tanto no existía el Decreto 2463 de 2001 y la Ley 776 de 2002, expuestos en el primer acápite de este artículo reflexivo; esa falta de regulación legal permitió consagrar visiones reformistas llamadas a establecer la necesidad de reglamentar la continuidad del servicio médico y los respectivos tratamientos, aunque no se tenga determinado el origen de la enfermedad profesional.

Posteriormente, mediante la Sentencia SU-111 (1997), la Corte Constitucional consolidó su posición para sostener que no se puede someter a los pacientes a la

interrupción o aplazamiento de una solución radical para la salud de estos, pues supondría la prolongación de la afección, vulnerando con ello los cimientos de la dignidad humana como eje de los derechos fundamentales.

Tal como se ilustró en la figura de la línea jurisprudencial, esta posición fue consolidada pacíficamente en las sentencias T- 150 del 2000, T- 171 del 2003 y T- 370 de 1998, en las cuales, al igual que el marco fáctico de la sentencia fundadora, desestimó la posibilidad de limitar o restringir un tratamiento médico por diferencias entre la ARL y EPS en cuanto al origen de una enfermedad profesional; de hecho, las tres sentencias citadas concuerdan en que el derecho a la salud no puede desconocerse por obstáculos administrativos, pues aunque las EPS y ARL tengan justificaciones económicas y hasta legales, estas no pueden estar por encima de las garantías fundamentales que debe proveer el Estado a las personas sometidas a su jurisdicción.

Siguiendo esta misma línea, la sentencia consolidadora T-125 (2002), para resolver el mismo problema jurídico relativo a la continuidad de los tratamientos y servicios médicos frente a las controversias suscitadas por la ARP y la EPS señaló que, además del derecho a la salud, se transgrede el derecho al debido proceso al no determinar quién debe responder por el tratamiento en el tiempo reglamentario de ley.

Es importante mencionar que la Corte Constitucional no varió en ninguna decisión su posición ampliamente consolidada en los precedentes de balance constitucional referidos previamente, muy por el contrario, en la Sentencia T - 555, (2006) recordó que, para garantizar la apropiada calificación de las enfermedades profesionales se tienen las indicaciones que provee la Ley 776 de 2002 y los decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001 en los que, en ninguna circunstancia, se permite la suspensión de los servicios médicos en tanto la calificación es un requisito meramente administrativo que no está obligado a padecer el paciente.

Estos aspectos fueron consolidados de manera detenida en la sentencia arqui-médica T-041-19, la cual no solo retomó la tesis anterior, sino que la dotó de subreglas específicas que se encuentran vigentes en el balance constitucional de esta línea jurisprudencial.

Es evidente que las sentencias hitos relacionadas en esta línea jurisprudencial sostuvieron una pugna entre las ARL y las EPS para la asunción de la atención médica por enfermedad profesional; sin embargo, todas se mantuvieron desde la sentencia fundadora hasta la arqui-médica en una misma línea en favor de la atención continua de los servicios y tratamientos médicos sin importar las discrepancias administrativas que se presentaran entre ARL y EPS.

Sobre lo anterior vale la pena mencionar que, muy a pesar de que las líneas jurisprudenciales constitucionales son sólidas en lo referente a eliminar esta práctica de suspender tratamientos y servicios médicos por discrepancias en el origen de la enfermedad profesional, lo cierto es que cada una de las sentencias analizadas surgió precisamente porque fue necesario recurrir a vías constitucionales para garantizar estos derechos que no admiten limitación o restricción, según se indicó por la Corte Constitucional. Ahora, en el caso de que, por ese lapso de tiempo en el que el paciente estuvo en un limbo jurídico y no recibía atención ni de la ARP o de la EPS, podría señalarse lo siguiente: ¿se afectó la oportunidad de mejoría o de rehabilitación en el paciente? ¿De ser cierto, se estaría generando una responsabilidad estatal?

Aunque pareciera una pregunta de simple respuesta, lo cierto es que, en la actualidad, no es fácil dilucidarlo en tanto no existe un precedente fáctico idéntico que absuelva estas dudas en el órgano jurisdiccional natural para dirimir la responsabilidad estatal, es decir, el Consejo de Estado, aunque esto, como se ha mencionado, no es óbice para que se traigan, a manera de analogía, algunos precedentes jurisprudenciales sobre la pérdida de oportunidad

médica en el Consejo de Estado para realizar el respectivo análisis de una eventual responsabilidad.

La pérdida de oportunidad en la recuperación del paciente como un título de imputación de responsabilidad estatal

Como se ha indicado, la teoría de la pérdida de oportunidad, para el caso de estudio pérdida de oportunidad de curación, se conoce como el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud; a partir de este probable daño antijurídico podría endilgarse una responsabilidad estatal a la luz de la constitución que pregona, desde su Artículo 90, que el Estado deberá responder por el daño que le sea imputable, ya sea por acción u omisión de los agentes estatales (Constitución Política, 1991, p. 23).

Ahora bien, la pérdida de oportunidad ha sido objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en no pocas ocasiones, de hecho, existen 354 sentencias relacionadas a esta temática, pero tradicionalmente se ha estudiado desde dos ópticas: una que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un “daño autónomo”, y otra que afirma que el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal, sin embargo, no existe precedente directo en la que la pérdida de oportunidad se haya presentado por suspensión de tratamientos y servicios médicos por discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional, sin que ello sea óbice, como se ha reiterado, para que pueda reflexionarse sobre el tema en analogía abierta con sentencias en las que se haya presentado la pérdida de oportunidad de recuperación médica, sea que se entienda por el lector como que pueda encajar por nexo causal o por daño autónomo (Sentencia 25869, 2013).

A propósito de lo anterior, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia 25706 (2017) se pronunció sobre el tema, en el sentido

de que entendió esta figura como daño con identidad y características propias, cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada: “así, desde la óptica del daño se erige la pérdida de una oportunidad como la lesión a un interés jurídico tutelado y, en esa medida, para su configuración es necesario que se trate de la pérdida de una oportunidad seria” (25706 , 2017, p. 19).

La misma sentencia menciona que la oportunidad perdida debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que:

La acción u omisión de la autoridad generadora de daño, disminuyó la probabilidad de ganar o, aumentó la de perder, de manera relevante para el derecho. Lo anterior obedece al concepto mismo de interés legítimo, en el que se fundamenta la pérdida de oportunidad como daño, en la medida en que debe tratarse de una posición de ventaja reservada para el titular del interés; por lo anterior, esa oportunidad debe contar con unos mínimos de relevancia jurídica, que permitan calificarla como valiosa o real. (p. 19)

Teniendo en cuenta este precedente, es válida la afirmación que hizo el mismo Consejo de Estado, pero esta vez mediante una sentencia de tutela de radicado 44201 (2019) en la que cuestionó la responsabilidad que le asistían a las dos entidades por la indebida prestación del servicio de salud al no realizar los actos médicos necesarios y exigibles de acuerdo al diagnóstico del paciente, la sala concluyó que: “sí hubo una falla en la atención médica que generó el daño anti-jurídico reclamado, que, en este caso, no corresponde a la muerte propiamente dicha de la señora Bello González y su bebé sino a la pérdida de la oportunidad de supervivencia de los dos” (44201, 2019, p. 2).

En otro caso relevante, el Consejo de Estado, refiriéndose a unas lesiones padecidas por un paciente en un hospital en el cual el paciente quedó con secuelas

luego de una cirugía que le fue practicada, recalcó que, para la teoría de la pérdida de oportunidad no debe ser de mera especulación, sino que debe estar esclarecido, cuál era la posibilidad palpable de la víctima de lograr la recuperación de su salud, en otras palabras, debe comprobarse científicamente que existió una frustración real de recuperación por la actuación médica. Estos aspectos de certeza deben evaluarse con cuidado debido a que la teoría de la pérdida de oportunidad no puede volverse en una mera dificultad de establecer un nexo causal (17725, 2010).

Quiere decir lo anterior que, para el caso central de análisis de este artículo es necesario demostrar que, de suspenderse la prestación de las medidas médicas, constituiría no solo una hipótesis para que la víctima pueda ser objeto de tratamientos que le permitan su recuperación o mejorar las condiciones de su vida desmejorada por la enfermedad, sino que ahora la ventaja de recuperación debe ser posible frente a diversos factores, entre estos pueden resaltarse las condiciones médicas del paciente debido a que, si no se demuestra que se está en presencia de la pérdida de oportunidad, se estaría transitando hacia el análisis de la existencia del nexo causal entre las actuaciones médicas, por lo que no se tendría un caso de responsabilidad del Estado por la pérdida de oportunidad, sino por la teoría de la falla en el servicio.

Conforme a lo anterior, se ha analizado el escenario constitucional en torno a las discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional y cómo la Corte Constitucional ampara el derecho a la continuidad de los tratamientos y servicios médicos independientemente del origen de la enfermedad, por lo que la interrupción de estos tratamientos hicieran perder la oportunidad palpable o real de recuperación del paciente, se estaría incurriendo en un daño antijurídico no soportable para los pacientes y se abriría el camino para la demostración de la responsabilidad estatal bajo dicha teoría.

Ahora, la doctrina internacional, en cabeza de López (2007), se ha encargado de establecer unos criterios que podrían considerarse aplicables al caso de Colombia para lograr un daño indemnizable respecto de la pérdida de oportunidad, tales como:

- 1) Existencia de la relación causal adecuada entre la frustración de la *chance* del perjudicado y la actuación del dañador: en este caso, la afectación del paciente al suspenderse los tratamientos para su rehabilitación y recuperación por discordias para la definición de la enfermedad profesional; debe corroborarse de manera científica con probabilidad de acierto la posibilidad real de pérdida de recuperación de la salud o vida del paciente por la suspensión o negación del tratamiento médico, pues en caso de que esta circunstancia no esté clara, se podría pregonar otro título de imputación como la falla del servicio médico.
- 2) Antijuridicidad de la actuación del dañador: como se ha venido anunciando desde el acápite 1 y 2 de este artículo, existe toda una estructura jurídica que impide la suspensión de los tratamientos médicos por asuntos administrativos, por lo que, en caso de que no se trate de un hospital público, el Estado podría entrar a responder ya no como actor causal directo, sino como vigilante omisivo de dicha actuación, lo que en todo caso representaría un daño antijurídico por omisión.
- 3) La ventaja de concreción por interferencia antijurídica: es claro que la negación del servicio médico por las discordias administrativas es una conducta irregular de las entidades que disponen la suspensión del servicio del paciente, impidiéndole a este la evolución positiva de su recuperación y, en especial, los procesos que son necesarios para establecer el origen de la enfermedad padecida y, por lógica material, la probabilidad de lograr, con el tratamiento que fue suspendido, la oportunidad de recuperarse o salvar su vida.
- 4) El punto medio de probabilidades que tenga el paciente debe estar in-

clinado favorablemente, lo cual podrá demostrarse estadísticamente a fin de seguir el conducto ordinario que permitiera la probabilidad de obtener una ventaja de no haber actuado el demandando como parte del nexo causal.

Del anterior análisis se puede concluir que existe una delgada línea entre la falla en el servicio y la pérdida de oportunidad como título de imputación, tanto así que, ante la acreditación de una falla del servicio no es necesario determinar el umbral que permita establecer la pérdida de oportunidad en la medida que entra la entidad pública a responder por no haber prestado el servicio a tiempo sin que se discuta la privación de la oportunidad, y es ese quizá uno de los factores que ha llevado a considerar la dificultad para demostrar dicho título de imputación por pérdida de oportunidad en el caso de estudio, pues de presentarse un suceso dañoso por la suspensión o negación del servicio médico de rehabilitación o recuperación, termina siendo más probable la demostración bajo la falla en el servicio que con la pérdida de oportunidad.

Esto es así porque bastara demostrar la irregularidad en el actuar público, es decir, la culpabilidad de la administración, además de acreditar el daño y el respectivo nexo causal, por lo que es requerido evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y, por el contrario, se presenta como vulnerador de derechos en los términos expuestos por el Consejo de Estado desde su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente nro. 14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005.

Conclusión

A lo largo de este artículo reflexivo se pudo establecer una serie de situaciones contrarias al Estado de derecho y al marco jurídico constitucional que no solo representan falencias en el Estado, sino que, además, implican desconocimientos de garantías esenciales del ser humano.

En efecto, esto se refiere al desconocimiento de la obligación legal de determinación de la contingencia que afecta la salud mediante la concreción del origen de la patología o accidente, la cual viene siendo transgredida por las Administradora de Riesgos Profesionales (ARP), o de la Entidad Promotora de Salud (EPS) correspondiente, lo que implica, en términos prácticos, que mientras ellas dirimen la asunción del tratamiento del paciente, este, en muchos casos, se ve sometido a la suspensión del tratamiento médico o a su negación, lo que en muchos casos constituye una falla en el servicio y, como se pudo ilustrar, la concreción de títulos de imputación como el de la pérdida de oportunidad, pues lamentablemente se ha evidenciado que por trámites administrativos relativos a las discrepancias en las calificaciones que dan la EPS y la ARL a las enfermedades profesionales, se han venido desconociendo los tratamientos médicos que requieren los pacientes, restando allí posibilidades reales de recuperación o de conservación de su calidad de vida previo al suceso dañoso.

Luego de analizar el marco jurídico aplicable, es claro que de presentarse discrepancia por el origen de la enfermedad, el Decreto 2463 indica que estas serán resueltas por la junta integrada de representantes de las entidades administradoras de salud y riesgos profesionales; no obstante, las indicaciones contenidas en la Ley 100 de 1993 implican que debe darse continuidad al servicio, facultando el recobro posterior a la entidad correspondiente mientras se dirime dicha situación administrativa.

Además de ello, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en conjunto con los fallos del Consejo de Estado, señalan sin lugar a equívocos que suspender este tipo de tratamientos médicos puede representar la pérdida de oportunidad real de un paciente de recuperarse y, en ese sentido, desconocer la probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud redundaría en la concreción de una responsabilidad

estatal a partir de este probable daño antijurídico en los términos del Artículo 90 de la Constitución Política.

Ahora, si bien las sentencias analizadas ilustran la aplicación de la pérdida de oportunidad como un título de imputación autónomo con identidad y características propias cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada bajo estrictas demostraciones de una real pérdida, a veces sucede que demostrar el nexo causal termina diluyendo esta reclamación en otros títulos de imputación como lo es la falla en el servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, se revisaron más de 300 sentencias que se analizaron, entre su haber la pérdida de oportunidad como título de imputación, aunque en la mayoría se condenó al Estado en realidad fue por el título de imputación de la falla en el servicio, precisamente porque en aquellos eventos en donde no se trate de una oportunidad, sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia del nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por la falla del servicio médico, por lo que sin duda aún falta que el Consejo de Estado dote a este título de mayores elementos causalísticos que permitan su aplicación directa.

Referencias

Congreso de la Republica. (15 de agosto de 1887). Ley 153. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.*

Diario Oficial 7151. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805>>

Congreso de la Republica. (31 de diciembre 1896). Ley 169, Sobre reformas judiciales. Diario Oficial 10235. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17755>>

- Congreso de la Republica. (5 de agosto de 1950). Decreto 2663, Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial 27407. <<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Decreto-2663-de-1950.pdf>>
- Consejo de Estado. (24 de octubre de 2013). Sentencia 25869, 25869. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de noviembre de 1994) Sentencia T-538. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de noviembre de 1995). Sentencia T-150. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de marzo de 1997). Sentencia U-111. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de julio de 1998). Sentencia T- 370. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de febrero del 2000). Sentencia T- 077. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2002). Sentencia T-125. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de febrero de 2003). Sentencia T- 171. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (3 de enero de 2006). Sentencia T-555. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de julio de 2006). Sentencia T-555. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de septiembre del 2009). Sentencia T-642. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de junio de 2013). Sentencia T-341. República de Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (25 de septiembre de 2017). Sentencia T-596. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de junio de 2018). Sentencia T- 223. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (4 de febrero de 2019). Sentencia T-041. República de Colombia.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2006). *Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Gómez, C. (2011). Aspectos normativos en la legislación colombiana para la determinación de la enfermedad profesional. *Revisa CES Salud*, 2(1), 85-90.
- López, M. (2007). *Tratado de responsabilidad médica, responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Ed. Legis
- Ministerio de Protección Social. (2004). *Informe de Enfermedad Profesional*. Ministerio de Protección Social.
- República de Colombia. (2020). Constitución política de 1991. Legis.