

**LA DEFICIENTE FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA PRESTACION DE SERVICIO  
EN SALUD Y ASISTENCIA MEDICA 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<sup>1</sup>

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 (A.R.P) o la respectiva Entidad Prestadora de Salud (E.P.S). Esta situación representa una gran dificultad para el paciente, pues en algunas ocasiones se ve afectado 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 A.R.P y la E.P.S 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

*Perdida 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

---

<sup>1</sup> 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.

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.

#### KEY WORDS

*Missed opportunity, Comprehensive Health Service, Occupational Disease, State obligation, State Responsibility*

**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)

## I. 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 ser amparado 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 (A.R.P), o de la Entidad Promotora de Salud (E.P.S) correspondiente. Con todo, si existen discrepancias entre las entidades involucradas éstas 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 entre la E.P.S y A.R.L 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 venido ventilando recientemente en el plano jurídico mediante acciones de tutela, que a su vez ha conocido la Corte Constitucional muy a pesar que la reglamentación del Decreto 1295 de 1994 desde su artículo cinco consagra que en virtud de una enfermedad profesional o accidente de trabajo, el trabajador que tienen derecho a que la Entidad Promotora de Salud le preste sus servicios, con excepción de los tratamientos de rehabilitación profesional.

Lo anterior, significa que los eventuales al prestarse los servicios de salud, se generaran gastos que si se demuestra su relación directa con un riesgo profesional, deberán 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 ésta sea indispensable para establecer la entidad obligada al cubrimiento de los gastos ya (Sentencia T- 642, 2009) había dilucidado que aunque existan controversias entre las (E.P.S.) y la Administradoras de Riesgos de la Salud (A.R.S) , no se pueden constituir como obstáculos para la adecuada atención de los pacientes.

Entonces, tenemos una situación en la que existe todo un marco constitucional de protección de la continuidad de la prestación del servicio médico sin importar que existan discrepancia en cuanto a que 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, por lo que es válido preguntarnos: ¿Se genera una pérdida de oportunidad para su recuperación? ¿Existe un daño antijurídico excesivo y que no deba soportar el ciudadano?, estos anteriores 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 la “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 suficiente 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 este 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, se 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, posteriormente se desarrollaran las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional referente a la progresión de la disponibilidad 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.

## **II. 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, porque generan derechos y responsabilidades diferentes. (Ministerio de Protección Social, 2004)

Entonces, la enfermedad profesional como categoría conceptual tienen 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, pág. 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 tabla con 18 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 2001, el cual en su artículo 6 establece las modalidades y procedimiento de calificación del origen del accidente, además atribuye la responsabilidad de calificación a las E.P.S, como la llamada inicialmente a prestar los servicios médicos y luego a la A.R.P. (Gómez, 2011)

Ahora, de presentarse discrepancia por el origen de la enfermedad, el Decreto 2463 indica que deben ser absueltas 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 he venido 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, estos convergen en establecer que el término para resolver definitivamente la calificación del origen de una enfermedad en un lapso de treinta días. (T - 555, 2006, pág. 21)

Ahora, al momento de desconocerse dicho termino 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 es una vulneración a los derechos más fundamentales, tales como la dignidad humana, salud y 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 sus artículo 208 había establecido sobre 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 sanción sobre estas entidades que se condensada en límites legales y jurisprudencial que redundan en la protección de paciente que requiere la atención de los servicios de salud, sin que sea 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 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 quien 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.

### **III. 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 A.R.P o E.P.S.

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, pág. 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 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.

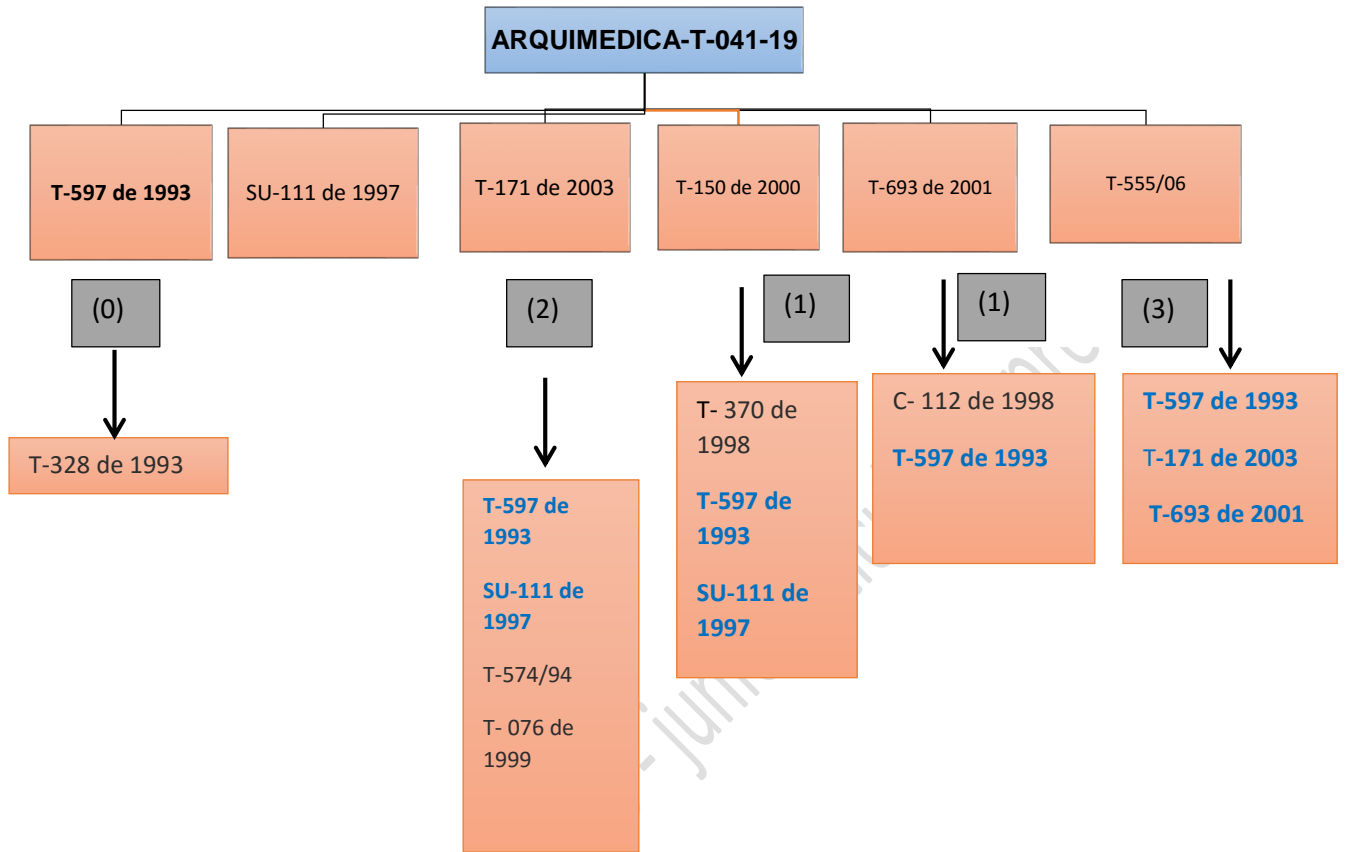
Para Colombia a partir de la constitución de 1991 se empezó a gestar un sistema jurisprudencial fuerte y no meramente indicativo al menos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de hecho cuando se analiza el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 frente al condicionamiento de exequibilidad de la Corte Construccional se puede inferir que una línea jurisprudencial puede establecerse 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, pág. 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 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 EPS, se procederá a ilustrar las sentencias que más se asemejan fácticamente al problema propuesto y desarrollado ampliamente en el escenario constitucional, a saber:

## **GRAFICA**

### **NICHO CITACIONAL 1 NIVEL Y 2 NIVEL**



Vis Iuris Vol. 7 No 13, enero - junio 2020

<b>A</b>	<b>¿Se garantiza la continuidad del tratamiento médico a pesar de controversias del origen de la enfermedad profesional entre las E.P.S. y las ARP?</b>	<b>B</b>
<p>Tesis: <b>NO</b></p> <p>No se garantiza la continuidad del tratamiento médico a pesar de controversias del origen de la enfermedad profesional entre las E.P.S. y las A.R.P</p>	<p><b>Ψ</b> <b>T-597 de 1993</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●</li> </ul> <p><b>(SU - 111, 1997)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>T-150 de 2000</b></li> <li>● <b>T-693 de 2001</b></li> </ul> <p><b>®</b> <b>T-555/06</b></p> <p><b>Ж</b> <b>T- 041-19</b></p>	<p>Tesis: <b>SI</b></p> <p>Se garantiza la continuidad del tratamiento médico a pesar de controversias del origen de la enfermedad profesional entre las E.P.S. y las A.R.P</p>

**Ψ:** Sentencia fundadora de línea

●: Sentencias hito consolidadora de línea

**Ж:** Sentencia Arquimedica

**®:** 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 un 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 en análisis jurisprudencial desde el enfoque de la Corte Constitucional, debido al uso implícito del concepto de pérdida de oportunidad, se procederá a definir para dar continuidad al mencionado análisis, este 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 (p2)

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 continuidad del servicio de salud independientemente de los obstáculos administrativos entre la ARL y EPS, por lo se estima que la posición de la Corte Constitucional ha prevalecido de manera pacífica desde la sentencia fundadora T-597 de 1993 hasta la Arquimedica 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 su recuperación.

Así mismo, esta posición fue gestándose sin mayores precedentes que establecieron 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 Ley 776 de 2002 expuestos en el primer acápite del 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 ilustra en el gráfico de la línea jurisprudencial, esta posición fue consolidada pacíficamente en las sentencias (T- 150, 2000), (T- 171, 2003) y (T- 370, 1998), en las cuales al igual que el marco fáctico de la sentencia fundadora se 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 o 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 EPS señaló que además del derecho a la salud, se transgrede el mismo derecho al debido proceso al no determinar quien 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 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 proveen 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 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 profunda en la sentencia Arquimédica 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 A.R.L y E.P.S para la asunción de la atención médica por enfermedad profesional; sin embargo, todas se mantuvieron desde la sentencia fundadora hasta la Arquimédica 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 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 caso que por ese lapso de tiempo en el que el paciente estuvo en un limbo jurídico en el que no recibía atención ni de la A.R.P y E.P.S, podría pregonarse que ¿se afectó la oportunidad de mejoría o rehabilitación en el paciente? ¿De ser cierto, se estaría generando responsabilidad estatal?

Aunque pareciera una pregunta de fácil respuesta, lo cierto es que en la actualidad no es fácil dilucidarlo, en tanto no existe un precedente factico 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 en este artículo reflexivo, no es óbice para que se traigan a manera de analogía algunos precedentes jurisprudenciales sobre pérdida de oportunidad médica en el Consejo de Estado para realizar el respectivo análisis de una eventual responsabilidad.

#### **IV. 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 responsabilidad estatal a la luz de la constitución que pregonaba desde su artículo noventa 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, pág. 23)

Ahora, 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 medica sea que se entienda esta por el lector que pueda encajar por nexo causal o por daño autónomo. (Sentencia 25869, 2013)

Apropósito 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 en 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, pág. 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. (p19)

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 el que cuestionó la responsabilidad que le asistían a dos entidades por la indebida prestación el 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 antijurídico 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, pág. 2)

En otro caso relevante, el Consejo de Estado refiriéndose a unas lesiones padecidas por un paciente en un Hospital en el que el paciente quedó con secuelas luego de una cirugía que le fue practicada, recalcó que para que la teoría de la pérdida de oportunidad no debe ser de una 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 perdida de oportunidad no puede volverse en una mera dificultad de establecer un nexo causal (2010, 17725)

Quiere decir lo anterior 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, ahora la ventaja de recuperación debe ser posible frente a diversos factores, entre estos, puede 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 el análisis de la existencia del nexo causal entre en 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 entorno a las discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional y como la Corte Constitucional ampara el derecho a la continuidad de los tratamientos y servicios médicos independientemente del origen de la enfermedad, por lo que como se ilustró en algunos casos del Consejo de Estado, de demostrar que la interrupción de estos tratamientos hicieron perder la oportunidad palpable o real de recuperación del paciente, se estaría incurriendo en un daño antijurídico no soportable para los pacientes, por lo que se abriría el camino para la demostración de 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 sobre 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 lo es 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 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 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 inclinado favorablemente lo cual podrá demostrarse estadísticamente a fin de seguir el conducto ordinario y normal 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 esa 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 No.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, me refiero 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 (A.R.P), o de la Entidad Promotora de Salud (E.P.S) correspondiente y que implica en términos prácticos que mientras estas dirimen la asunción del tratamiento del paciente, este

en muchos casos se ve sometido a la suspensión del tratamiento médico o a la negación del mismo, 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 entre la E.P.S y A.R.L a las enfermedades profesionales, se han venido desconociendo los tratamientos médicos que requieren los pacientes, restando allí posibilidades reales de recuperación o 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 por 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, lo que 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, por lo que a veces demostrar el nexo causal termina diluyendo la 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 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 aquéllos eventos en los cuales 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 aun falta que el Consejo de Estado dote a este título de mayores elementos causalísticos que permitan su aplicación directa y no diluida en títulos como la falla en el servicio.

## REFERENCIAS

25706 , 25706 (Consejo de Estado 2017).

44201 , 11001-03-15-000-2019-00442-01 (Consejo de Estado 2 de mayo de 2019).

51542 (Consejo de Estado 2019).

Aguilera, M. D. (2011). Habitantes del agua: el complejo lagunar de la ciénaga Grande de Santa Marta. *Banco de la Republica* , 12 - 52.

Angulo, C. (1978). *Arqueología de la ciénaga Grande de Santa Marta*. Bogotá: Banco de la República.

C- 836 (Corte Constitucional 2001).

CIDH. (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Washington, D.C: CIDH.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2014). *El Derechos Humano al Agua - Agua Potable y Saneamiento Basico*. Mexico: Perifericos.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua , 11.577 (Corte Interamericana de Derechos Humanos Agosto de 31 de 2001).

Congreso de la Republica. (1887). *Ley 153*. Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica. (1896). *Ley 169*. Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica. (1950). *Decreto 2663*. Bogota: Congreso.

Constitución Política (Congreso de la Republica de Colombia 1991).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

DANE. (2005). *Departamento Administrativo Nacional de Estadística*. Obtenido de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-general-2005-1>

Davila, S. (2015). *EL AGUA COMO UN DERECHO HUMANO* . Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Defensoria del Pueblo . (2014). *ACCIONES PARA EL IMPULSO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN COLOMBIA: Una mirada crítica al sector de agua potable y saneamiento básico.* . Bogotá: Defensoria.
- Defensoria del Pueblo. (2008). *Resolución Defensorial No. 55* . Bogotá: Defensoria del Pueblo.
- Defensoria del Pueblo. (2009). *ABC del Derecho Humano al Agua* . Bogotá: Defensoria.
- Defensoria del Pueblo. (2009). *Resolución Defensorial No 57*. Bogotá: Defensoria del Pueblo
- Dejusticia. (2017). *Intervención ciudadana del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – en el proceso de tutela T-604281*. Bogotá: Dejusticia.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Garay, J. R. (2004). *Los manglares de la ecorregión ciénaga grande de Santa Marta: pasado, presente y futuro*. Santa Marta: Invemar.
- Gleeson, B. &. (2003). *Environmental Justice*. Malden.
- Gómez, C. A. (2011). Aspectos normativos en la legislación Colombiana para la determinación de la enfermedad profesional. *Revisa CES Salud*, 88.
- Instuto Interamericano de Derechos Humanos. (2003). *Tierra y Territorialidad Indigena en el Paraguay*. Obtenido de <http://enlaceacademico.ucr.ac.cr>: [http://enlaceacademico.ucr.ac.cr/sites/default/files/publicaciones/paraguay\\_panama\\_tierra\\_y\\_territorio.pdf](http://enlaceacademico.ucr.ac.cr/sites/default/files/publicaciones/paraguay_panama_tierra_y_territorio.pdf)
- López, M. M. (2007). *Tratado de responsabilidad médica, responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Argentina: Ed.
- Ministerio de Protección Social. (2004). *Informe de Enfermedad Profesional*. Bogotá: Ministerio de Protección Social.
- OEA. (2019). *Implementación del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento a través del Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible de la OEA*. OEA.
- ONU . (2002). *Resolución No 15* . ONU.
- ONU. (1979). *Declaración de Mar de Plata sobre el Agua*.
- ONU. (2010). *Asamblea General*.
- Peña, C. M. (2018). *Derecho Humano al Agua*.
- Puentes, D. L. (2018). *La perdida de oportunidad en materia medica*.

Quesada, G. C. (2009). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24270.pdf>. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24270.pdf>: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24270.pdf>

Resolución 45, Asamblea General (ONU 1994).

Ruiz, O. C. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas. *Numero 5*, 43 - 69.

Sentencia 25869, 25869 (Consejo de Estado 24 de octubre de 2013).

Sentencia T- 077, Sentencia T- 077 (Corte Constitucional 2000).

Sentencia T- 538, Sentencia T- 538 (Corte Constitucional 29 de Noviembre de 1994).

Sentencia T- 642 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia T-041 (Corte Constitucional 2019).

Sentencia T-341 , Sentencia T-341 de 13 de junio de 2013 (13 de junio de 2013).

Sentencia T-555 (Corte Constitucional 2006).

SU - 111 (Corte Constitucional 1997).

T - 555 (Corte Constitucional 2006).

T - 555 (Corte Constitucional 2006).

T- 150 (Corte Constitucional 2000).

T- 171 (Corte Constitucional 2003).

T- 223 (Corte Constitucional 2018).

T- 370 (Corte Constitucional 1998).

T- 596 (Corte Constitucional 2017).

T-125 (Corte Constitucional 2002).

Tribunal Administrativo del Magdalena, 47001233100020120004101 (Tribunal Administrativo del Magdalena 2013).

Tribunal Administrativo del Magdalena, 47-001-2333-000-2018-00132-00 (Tribunal Administrativo del Magdalena 2019).

Vivas, A. P. (2018). *Investigación y valoración de nueva venecia, Ciénaga Grande de Santa Marta*. Bogotá: Universidad Javeriana.