

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A	
Dependencia	Aprobado		Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		iii(53)	

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	MARIA CAMILA PEREZ CARRASCAL Y LICETH ANGELY RIOS MEZA		
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES.		
PLAN DE ESTUDIOS	PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO NOCTURNO.		
DIRECTOR	ELIO ANTONIO MOTAGUT ACEVEDO		
TÍTULO DE LA TESIS	ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA CONTRA LAS EPS POR INCUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS DE TUTELA.		
RESUMEN (70 palabras aproximadamente)			
<p>EN EL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN SE ANALIZÓ LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA EN BUSQUEDA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO OCASIONADO POR PARTE DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD A CAUSA DE LA NEGLIGENCIA U OMISIÓN EN DAR CUMPLIMIENTO A FALLOS DE TUTELA.</p>			
CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS: 53	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:1



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA CONTRA LAS EPS POR INCUMPLIMIENTO
DE LOS FALLOS DE TUTELA**

MARIA CAMILA PEREZ CARRASCAL

LICETH ANGELY RÍOS MEZA.

**Monografía de investigación presentada como requisito para optar al título de
ABOGADA.**

DIRECTOR

Dr. ELIO ANTONIO MONTAGUT ACEVEDO.

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
PROGRAMA DE DERECHO**

Ocaña, Colombia

Noviembre, 2019

Agradecimientos

Gracias a Dios, porque sin él, nuestros pasos se hubieran perdido en el laberinto de la incertidumbre, pero con su luz, encontramos el sendero cierto que orientó nuestra ruta, hacia la conquista exitosa de aquellas situaciones que nos dificultaron en algún momento, la idónea presentación de esta monografía.

Nuestro abrazo de gratitud sincera, al Dr. Elio Montagut Acevedo, por el proactivo asesoramiento, información y ánimo que nos inculcó a lo largo de la investigación, para que escaláramos con decisión, la cima del éxito que hoy cumplimos mediante la exposición de esta sufrida monografía

Nuestra gratitud, también va dirigida al selecto grupo de profesores, que nos dieron sus doctos conocimientos y apoyo y naturalmente, a nuestra Alma Mater, por prodigarnos los espacios académicos para que esto fuera posible

¡Mi Dios les pague!

MARIA CAMILA PEREZ CARRASCAL.

LICETH ANGELY RIOS MEZA.

Dedicatoria

Su presencia bastó para hacerme feliz y su sonrisa sanó cada una de mis heridas. Ahora vive en mi corazón y nunca saldrá de ahí porque es dueña de mi vida. Los años que vivimos fueron pocos, pero me bastaron para hacerla feliz. Ella sabe que la amé y lo seguiré haciendo hasta cuando mi universo expire.

MARIA CAMILA PEREZ CARRASCAL.

Dedico esta monografía a mi madre amada: Mariela Carrascal Sánchez por su apoyo y confianza, acciones que fueron definitivas para poder culminar esta carrera. Cómo no dedicarte este esfuerzo madre, pues sin tu abnegada dedicación, jamás hubiera podido tener la fortaleza y ánimo para empezar y terminar este tema de investigación.

LICETH ANGELY RIOS MEZA.

Índice

Capítulo 1. El derecho a la salud y su garantía de protección	1
1.1. El Derecho a la Salud en Colombia	1
1.2. Administración y Financiamiento del derecho fundamental de salud	9
1.3. La Garantía de la Acción de Tutela en la Protección del Derecho de Salud	11
Capítulo 2. El medio de control de la reparación directa en la vulneración del derecho a la salud.	16
2.1 Definición de daño	16
2.2 Elementos de la definición que impactan sobre la noción de reparación	17
2.2.1. <i>Intereses pecuniarios</i>	17
2.2.2. <i>La lesión sobre intereses individuales o sobre intereses colectivos</i>	18
2.3 Procedencia de la reparación directa contra las entidades promotoras de salud.....	19
2.4. Requisitos para acceder a él medio de control de reparación directa	20
Capítulo 3. El estado y su relación con las entidades promotoras de salud.....	21
3.1 Estudio de caso donde se vincula la entidad promotora de salud	26
Conclusiones	33
Referencias.....	36

Introducción

A partir del siglo V, a.C, el hombre supo entender el papel de la Polis en el proceso organizacional de la sociedad. Esta simiente, fue la base primordial para que el individuo evolucionara y superara las etapas que a lo largo de los años y los siglos, le ha correspondido protagonizar.

Fue de esta manera, como el hombre del pleistoceno superó el primitivismo de la era cuaternaria, el feudalismo servil y finalmente la edad moderna, que le ha permitido usufructuar todo el andamiaje tecnológico, que hoy en la posmodernidad, avasalla su espíritu libertario y crítico, que ha hecho del hombre del tercer milenio, lo que hoy conocemos de él.

Pero esta evolución de la especie humana, no habría sido posible, si esta no hubiera construido en los albores del siglo XVIII, una visión de Estado – gracias a los enciclopedistas franceses – quiénes a partir del concepto de República, como la concibieron romanos y griegos, le infundieron su propia concepción de Estado, sin el humanismo absolutista de aquellos antiguos modelos de la prehistoria.

Este pequeño preámbulo tiene la intención de adentrar al lector hacia un análisis del papel que el Estado colombiano viene cumpliendo al interior de sus propias reglamentaciones legislativas, específicamente en lo que tiene que ver con los Derechos fundamentales que se proclaman y se respetan en un verdadero Estado de Derecho.

Al respecto, es de atender, lo que de manera categórica afirma el magistrado Vladimir Naranjo, cuando dice que “ Es evidente que el Estado aparece como un ser espiritual y a la vez como una agrupación humana; que él es tanto un ente ordenador de la conducta, como titular abstracto y permanente del poder: que puede ser, en ciertas circunstancias, un instrumento de dominación de clase o un obstáculo para la libertad individual, como puede y debe ser también una situación de convivencia en la forma más elevada”. (Naranjo, V. (2018 pg. 83)

Ahora queda claro, qué si bien el Estado moderno tiene la finalidad de perseguir el bien común, trabajar en pro de sus integrantes y garantizar las condiciones mínimas para que las personas vivan dignamente en sociedad, esto en Colombia es letra muerta, al menos, en el caso de la Salud, eje temático de esta monografía. En la cual plantearemos el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente instaurar el medio de control de reparación directa contra entidades promotoras de salud, como medio idóneo para solicitar la indemnización de los perjuicios ocasionados?

De acuerdo con lo anterior, esta monografía versa sobre la responsabilidad que tiene el Estado frente a un daño antijurídico que se le ocasione a un paciente cuando la Entidad Promotora de Salud niega o retrasa un servicio de salud. Del mismo modo, establecer el vínculo que existe entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud.

Lo anterior tiene por objeto darle respuesta al problema jurídico planteado, cuya finalidad es demostrar si es procedente el medio de control de reparación directa contra las Entidades Promotoras de Salud cuando por su acción u omisión ocasionan un daño antijurídico al afiliado y, así mismo declararles responsables de indemnizar dicho daño.

Para darle respuesta al problema jurídico planteado es importante aplicar el estudio de la administración y financiamiento de Entidades Promotoras de Salud para determinar el vínculo que existe entre estas Entidades y el Estado.

Es propicio recordar, que el derecho a la salud en Colombia se desarrolla con la ley 100 (1993), la cual se encargó de regular el Sistema de Seguridad Social en Salud. Lastimosamente, esta misma ley que buscó crear un conjunto de instituciones, normas y procedimientos para proporcionar una cobertura integral al sistema de salud, bajo la férula de estar llamada a preconizar ser, una panacea social para las injusticias cometidas en los anteriores modelos de salud, resultó ser peor el remedio que la enfermedad, pues siendo la salud un servicio público a cargo del Estado (Const., 1991), los lineamientos para acceder a ella, ha sido un proceso exclusivista; hecho que hizo que en su momento la jurisprudencia colombiana se encargara de darle estatus de derecho fundamental en conexidad con la vida, para blindarla justamente de las injusticias, tanto las conocidas como las futuras. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-597, 1993).

En este sentido, la doctrina de la Corte Constitucional, hizo de obligatorio cumplimiento, que las Entidades Promotoras de Salud, - que son los que a la fecha administran y financian los

servicios de salud - garantizaran sin dilación y con base en la prioridad de la atención, la prestación urgente del servicio de salud a sus afiliados, ordenándoles perentoriamente a las llamadas EPS que fueran consecuentes con el objeto social que las creó, de acuerdo con los parámetros legislativos que ordena Ley 100 de 1993.

Dicha jurisprudencia también previó que en caso de no prestar un servicio eficiente y oportuno al afiliado que lo solicita, las EPS que así procedieran, de facto estarían vulnerando su derecho fundamental a la salud, razón por la cual, la persona afectada deberá acudir ante la administración de justicia para que un juez de la república, le ampare su derecho fundamental a través de un fallo de tutela (Decreto 2591, 1991).

Este es en esencia, el núcleo temático de la presente monografía, cuyo contenido se explyea en páginas posteriores, donde se explica el vínculo que existe entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, en el cual se busca probar, cuándo hay acciones punitivas y cuándo hay omisiones dolosas por parte de las EPS, a partir del incumplimiento parcial o total de las obligaciones que legalmente adquieren al momento de prestar el servicio de salud.

Lo anterior tiene por objeto, darle respuesta al problema jurídico planteado y demostrar que el estado es responsable del daño antijurídico que se le ocasiona a una persona, cuando la entidad promotora de salud niega o retrasa la prestación del servicio de salud.

El tipo de investigación que se llevó a cabo en esta monografía, respondió al método hermenéutica jurídica a través del cual se logra dar respuesta al tema objeto de estudio, dirigido a

comprender, la normativa que regula el derecho a la salud, y su garantía de protección. En un sentido más específico como está regulado la salud en Colombia y las obligaciones de las cuales son titulares las Entidades Promotoras de salud.

Las variables relacionadas con el tipo de control que se debería ejercer, cuando no ha habido una reparación directa para el afiliado, a quien se le ha violado no solo el debido proceso, sino su inalienable derecho a la salud y a la vida como lo ordena la constitución política colombiana.

Respecto a lo anterior y para dar respuesta al problema jurídico planteado, es importante y necesario aplicar el estudio sobre la administración y financiamiento que por ley reciben las llamadas Entidades Promotoras de Salud, para determinar el vínculo que existe entre estas Entidades y el Estado.

Capítulo 1. El derecho a la salud y su garantía de protección

1.1 El Derecho a la Salud en Colombia

Si bien el Estado se fundamenta en los derechos del hombre para ser un Estado social, trabajar en pro de los mismos y tener su razón de ser como institución, es una obligación intransferible de este modelo de Estado.

Frente a esto, la Constitución Política (1991) afirma en su artículo 2: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”

Fue así como la Constitución Política de Colombia, basándose en estos fines y principios, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico aquellos derechos fundamentales.

A través de esta reglamentación la Constitución Política estableció sin ambages, que la vida era un bien supremo de imposible repetición al perderla, lo cual ameritaba un amparo de protección inmediata, motivo por el cual, le concedió a la vida un derecho supremo sobre todos los demás, porque sin la vida no podemos ejercer los demás derechos.

Unida a esta concepción, la Constitución Política se ocupó del derecho a la salud, al considerarlo de gran importancia, porque a través de él se puede gozar de la vida y los demás

derechos fundamentales. No obstante, para el año 1991 el derecho a la salud no se categorizaba como un derecho fundamental, pero sí como un servicio público a cargo del Estado:

Si bien la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, este deberá garantizar a todas las personas, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. (Const., 1991, art. 49)

En el párrafo anterior, el Estado deja claro que su función no es únicamente positivizar los derechos, sino también encargarse de la efectividad de los mismos y asume el rol de velar para que este servicio público, sea prestado de manera efectiva y acorde con los principios en los que se fundamenta el Estado.

A partir de este análisis, el Gobierno de César Gaviria, expide la ley 100 (1993), la cual, debería encargarse de regular el Sistema General de Seguridad Social Integral. Entre los objetivos de esta ley se encontraba el “garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tuvieran una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema” (Ley 100, 1993, art. 6).

Para ser más expedita la comprensión de esta ley, se regularon tres sistemas fundamentales, reconocidos dentro de los derechos económicos, culturales y sociales:

- Las pensiones
- Los riesgos profesionales y finalmente,
- La salud.

El sistema de salud fue denominado a través de la ley 100 de (1993), como el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Este sistema planteó el objetivo de: “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (Ley 100, 1993, art. 152).

En otras palabras, fue la forma en cómo el Estado creó a través de una norma jurídica un seguro, que debería cubrir los gastos de salud a todos los habitantes del territorio nacional, garantizando con ello, que todos tuvieran acceso a la prestación de los servicios de salud.

No se puede negar, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, nació con la idea de efectuar un cambio total en la administración de los recursos económicos de la salud, buscando una mayor cobertura que favoreciera a la población más vulnerable o con recursos económicos bajos y, para ello estableció dos regímenes, que diferenciarían, si bien no la calidad del servicio, sí la carga prestacional de los mismos. Fue así como nacieron los regímenes: contributivo y subsidiado.

En el régimen contributivo se afilian las personas que se encuentran en una relación laboral, es decir, personas con la capacidad económica para pertenecer a este sector; también

pertenecen a este sector aquellos trabajadores independientes, pensionados o sus familias (beneficiarios).

La administración del régimen subsidiado está a cargo de las Entidades Territoriales mediante celebración de contratos con las Entidades Promotoras de Salud o Cajas de Compensación Familiar, estos contratos son llamados contratos de administración del régimen subsidiado (Ley 100, 1993). Este tipo de contrato “se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público” (Ley 100, 1993, art. 216).

No obstante, los alcances de estas medidas diferenciales en lo pecuniario, el Senado de la Republica expide en su momento, la ley 715 (2001) la cual se encargó de descentralizar la organización, competencia, control, vigilancia y ejecución de las políticas públicas, entre otros, para la prestación del servicio de salud a las Entidades Territoriales. Así mismo, esta ley estableció un porcentaje del presupuesto nacional para ser invertido en este sector basado en un Sistema General de Participaciones.

La actual reforma vigente, fue la sancionada por el expresidente Juan Manuel Santos, distinguida como la Ley 1438 del 2011, que nació con la finalidad de impulsar:

“Un fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de un modelo de prestación del servicio público, que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud, permitiera la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la misma. (Ley 1438, 2011, art 1)

Tal como se ha descrito, es evidente que el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de los años de su implementación, ha demandado infinidad de modificaciones mediante la entronización de nuevos marcos legales, como la soportada mediante de la ley 1122 (2007) cuyo objetivo al expedirla fue el: “Realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los Servicios a los usuarios” (Ley 1122, 2007, art. 1).

Sin embargo, con la normativa legal que regula la salud en Colombia surgió la necesidad de darle un análisis jurisprudencial al concepto de la salud en el país estableciéndose que:

“En materia de salud, el derecho fundamental se configura no sólo en el caso extremo anotado por la teoría restrictiva, sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”. (Corte Constitucional, T-196, 2018)

Tal como se ve y se describe en el acápite anterior, la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. Con base en esta apreciación gradual de la salud, “el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal”. (Corte Constitucional, T-597, 1993)

De acuerdo con dicha sentencia, queda establecido constitucionalmente, que toda agresión por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, está condenado por las leyes de la

república, porque funde en un solo haz de interpretación, lo que se ha sostenido de que entre la salud y la vida hay una conexidad inalienable entre ambos derechos y su necesaria protección, no podrá ser otro que por vía de tutela. “La Constitución Política no reconoce a la salud - bien natural que escapa a las posibilidades de un Estado - sino el derecho a la tutela de la salud, esto es, a su protección y recuperación” (Corte Constitucional, T-597, 1993).

Con el fin de dar respaldo hermenéutico de mayor calibre se recuerda que al ser la salud declarada como un derecho fundamental y un servicio público a cargo del Estado, subyace entre ambos conceptos, una doble dimensión. La primera dimensión admite que los derechos prestacionales o mejor conocidos como económicos, sociales y culturales son también derechos fundamentales, pues él no reconocer esta tesis, se estaría contradiciendo con la teoría de la conexidad de derechos, de la cual la corte ya se había manifestado anteriormente. (Corte Constitucional, T-016, 2007). La segunda dimensión, tiene que ver con el derecho a la cobertura que el Estado debe garantizar a sus connacionales.

El derecho a la salud en el país ha tenido una evolución sustancial, gracias a la intervención de la Corte Constitucional pues a través de sus jurisprudencias se ha mantenido en dos posiciones. La primera, en la protección del derecho a la salud, cuando esta dependía de si existía relación con otro derecho de mayor relevancia. Esta posición es conocida también como la teoría de la conexidad de derechos. En segundo lugar, la Corte Constitucional expresa que la protección al derecho a la salud por vía tutela, era posible siempre y cuando el accionante fuera un sujeto de especial protección. Por lo que era importante determinar si se trataba de una mujer embarazada, un niño o una persona de la tercera edad, entre otros.

En el 2008, por medio de la sentencia T-760 la corte constitucional finalmente comenzó a reconocer que el derecho a la salud es un derecho autónomo a otros derechos. La salud ya no dependía de otros derechos para su protección. No era necesario que el accionante fuera un sujeto de especial protección. Por lo que el derecho a la salud era un derecho fundamental por sí mismo.

Con lo anterior, la fundamentación autónoma del derecho a la salud, fue reconocida a través de la providencia C-313 del año 2014.

Debido a la trascendental evolución del concepto del derecho a la salud en Colombia, el órgano legislativo expidió la ley 1751 (2015) con la cual se logra: “garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección” (Ley 1751, 2015, art. 1).

De acuerdo con lo anterior, se colige que hoy en día, todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho fundamental a la salud, lo cual debe ser protegido y respetado.

A diferencia del régimen contributivo, el régimen subsidiado se encarga de asegurar a la población más vulnerable, es decir, la población sin capacidad económica para afiliarse de manera contributiva al Sistema General de Seguridad Social en Salud y acceder a los servicios de salud (MINSALUD, s.f).

De este modo, el Estado se encarga de asegurar a las personas que se hallan en esta situación a través de un subsidio que termina siendo financiado por las Entidades Territoriales (Ley 100, 1993).

De acuerdo con lo anterior, las EPS son las responsables de prestar un servicio eficiente y oportuno a sus afiliados en cada régimen, pues asumen el rol de administrar y financiar el servicio y actúa en colaboración con el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) (Ley 100, 1993).

Otra de las funciones de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) es recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto, estas entidades serán las encargadas de descontar el valor de las Unidades de Pago por Capitalización - UPC - fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía. (Ley 100, 1993, art. 205)

Con lo anterior se podría afirmar entonces que el Fondo de Solidaridad y Garantía es el administrador fiduciario de las cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo. Por otro lado, la financiación en el régimen subsidiado proviene de los recursos públicos de los Entes Territoriales a través del Sistema General de Participaciones, juegos de suerte y azar, rentas cedidas a los Departamentos y/o Distritos y regalías transferidas por la Nación y del Fondo de Solidaridad y Garantía.

1.2 Administración y Financiamiento del derecho fundamental de salud

Tal como se ha manifestado en párrafos anteriores, con la ley 100 (1993), se creó un marco legal que respondiera a las obligaciones del Estado de regular y establecer las políticas que garantizaran la protección del derecho a la salud.

Se buscaba por parte del Gobierno de Gaviria evitar el monopolio del Estado sobre la salud, y permitir la libre competencia, al incorporar en el Sistema de Seguridad Social en Salud, las Entidades Promotoras de Salud (EPS)

Aunque es cierto que con la creación de las EPS hubo mayor ampliación y cobertura en la afiliación y la universalidad del servicio de salud, en su momento, la responsabilidad de algunas de ellas frente a la prestación del servicio, ha permitido que se cometan injusticias oprobiosas, por acción u omisión, que han terminado con la vida de los pacientes o cuando más, su disminución en su calidad de vida.

Estas falencias en el servicio por parte de las EPS, es lo que ha dimensionado la presencia de la tutela invocada por los afiliados, cuando ven que dichas EPS, han olvidado que una de sus responsabilidades consagradas en la Constitución, es justamente, la de: “La afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”. (Ley 100, 1993, art. 117)

En este sentido, la Corte Constitucional ha sentenciado, que “las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento y deben asumir sus obligaciones constitucionales” (Corte Constitucional, C-316, 2008)

Con la finalidad de que haya un adecuado flujo y control de los recursos del Sistema General de Seguridad Social, el Congreso de la Republica creo esta entidad (Ley 1753, 2015) de nivel descentralizado del orden nacional, pero al mismo tiempo similar a una Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera. Esta entidad se encarga de administrar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) (Decreto 1429, 2016).

Los servicios de salud se ejercen a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), garantizando de esta manera el plan de atención básica. Existen IPS públicas como lo son las Empresas Sociales del Estado (ESE) e IPS privadas. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) contratan los servicios de IPS tanto públicas como privadas para finalmente lograr la efectividad del derecho fundamental a la salud de todas las personas (Ley 100, 1993). Todo esto surge con la finalidad de ejecutar los fines del Estado y así garantizar el bienestar colectivo.

Las EPS son entidades articuladoras privadas o públicas que aseguran a la población, estas actúan como intermediarias y administradoras de los recursos que provee el Estado en el sector de salud para brindar a sus usuarios una atención en salud integral, en otras palabras, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Los afiliados a la Entidad Promotora de Salud recibirán un Plan Obligatorio de Salud (POS) en el que estará incluida la atención preventiva, médico, quirúrgica y medicamentos.

A partir de todo lo anterior, se puede concluir entonces, que el Estado colombiano presta los servicios de salud bajo los principios de descentralización y autonomía de las Entidades Territoriales y plantea la posibilidad de que cada persona, sin importar sus condiciones económicas, tenga acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, a lo cual se le denomina como prestación de servicios de salud.

Es misión académica de esta monografía, recabar en las anomalías que se presenta en estas EPS, cuando por acción u omisión, estas vulneran los derechos consagrados en la Constitución Política de 1991 a través del desconocimiento o vulneración de la salud y la vida de todos nuestros connacionales.

1.3 La Garantía de la Acción de Tutela en la Protección del Derecho de Salud

Con la constitución del 91 nace un nuevo modelo de Estado y a su vez, la acción de tutela que actualmente es considerada como la herramienta jurídica más expedita y una de las mayores conquistas en el país, al ser considerada, como el mecanismo de protección más importante, para que los habitantes del territorio nacional hagan valer sus derechos fundamentales.

Siguiendo con la normativa legal interna, taxativamente la carta magna expresa en los siguientes términos que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (Const., 1991, art. 86)

Dado lo anterior, la corte constitucional, concibe que la acción de tutela, es:

(...) un mecanismo complementario, específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando estos sean vulnerados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda planear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo. (Corte Constitucional, T-013,1992)

Así las cosas, la acción de tutela representa un valor invaluable, dentro del ordenamiento jurídico, de esta forma el Estado estableció la jurisdicción constitucional, cuya finalidad es conocer los conflictos jurídicos que surjan, cuando se da la vulneración de los derechos fundamentales tales como el derecho a la salud.

Dado lo anterior, serán los jueces constitucionales los que tendrán competencia para conocer de las acciones de tutela, y de este modo amparar el derecho fundamental mediante fallo judicial el cual deberá ser acatado de inmediato. (Decreto 2591,1991).

Ahora bien, proferido el fallo de tutela, a favor del afiliado, la entidad responsable del daño ocasionado deberá darle cumplimiento inmediatamente, de no ser así esta entidad incurriría en una omisión.

Situación que pensó el legislador al incorporar dos figuras jurídicas a nuestro ordenamiento jurídico, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela.

Estas figuras son conocidas en el ámbito jurídico colombiano como Trámite de cumplimiento y Desacato, que bajo disímiles tienen un mismo propósito.

El trámite de cumplimiento de la orden establece que, en caso de incumplimiento del fallo de tutela, el juez conservará la competencia indefinida hasta que verifique el acatamiento de la orden. (Corte Constitucional, C- 367, 2014)

Al igual que el trámite de cumplimiento la figura del Desacato, surge ante la necesidad de hacer cumplir el fallo de tutela.

Sin embargo, existen diferencias entre estas dos figuras jurídicas. Una de ellas es: “El desacato es a petición de parte; y el trámite de cumplimiento es de oficio, no obstante, esta puede ser invocada por el interesado” (Corte Constitucional, C-367, 2014).

Con lo anterior, resulta viable aclarar que, el Desacato comprende el ejercicio de la potestad disciplinaria del juez. Que conlleva a la responsabilidad subjetiva de quien está llamado a cumplir el fallo judicial y no lo hace.

Ahora bien, una vez invocada esta acción de tutela por el afectado, ante la administración de justicia y al ser el juez quien le conceda sus pretensiones mediante fallo judicial, hay tres posibles etapas en el procedimiento para dar cumplimiento al fallo de tutela: (i) una

vez dictado, el fallo debe cumplirse sin demora por la persona que corresponda; (ii) si esta persona no lo cumpliera dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de esta persona para que haga cumplir el fallo y abra proceso disciplinario contra de ella; (iii) si no lo cumpliera el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el juez ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a lo ordenado y adoptara directamente todas las medidas para el cumplimiento del mismo. (Corte Constitucional, C-367, 2014)

Así las cosas, la Corte Constitucional ha entendido el derecho a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento” (Constitucion Politica 1991)

Cuando el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, adquiere la calidad de fundamentales, se generan una serie de garantías que buscan que el paciente logre de la mejor manera posible, superar de forma completa sus quebrantos, para así gozar de una vida en condiciones óptimas de dignidad.

Por todo lo anterior, lo que garantiza la Constitución Política, no es solamente el derecho fundamental a la vida como la simple existencia biológica de la persona, sino que dicho derecho, implica también, que el ser humano lleve una vida en condiciones dignas que lo conduzcan a tener un buen desempeño dentro de su núcleo social. (Corte Constitucional, T-1112, 2004)

En cuanto a la garantía sobre la atención en salud, la jurisprudencia Constitucional ha aceptado la aplicabilidad directa de las normas constitucionales, en pro de una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas.

De otra parte, en cuanto a la procedencia y pertinencia de la acción de tutela frente al derecho a la salud, la Corte Constitucional en sentencia T-1112 de 2004 sostuvo que: “El derecho a la salud puede ser amparado por vía de acción de tutela, toda vez que su amenaza o vulneración, también pone en riesgo los derechos fundamentales con los cuales tiene directa relación.” (Corte Constitucional, T-1112, 2004)

De igual manera, serán tutelables todos aquellos eventos en los cuales, la salud y la vida de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., y cuyos servicios no se presten arguyendo pretextos puramente económicos, así estos se hallen contemplados en normas legales.

Capítulo 2. El medio de control de la reparación directa en la vulneración del derecho a la salud

La vulneración de la dignidad en el derecho a la salud, exige del Estado una reparación directa, que subsane todos los daños causados, invocando para el efecto el artículo 90 de la constitución política en el que se obliga a que este repare a la víctima por cuenta del daño antijurídico que comete.

Para entender los alcances de este medio de control, habría que irse a la semántica simple, para determinar lo que se percibe en derecho como daño.

2.1 Definición de daño

De acuerdo con la prolija bibliografía consultada, hemos terminado en concebir la palabra, como todo aquello que lesiona el bien jurídico de un individuo, respecto a un derecho monetario o no monetario e igualmente derechos individuales o colectivos, que se exhiben como el detrimento definitivo de un derecho, en consecuencia de ello, surge la necesidad de acudir ante la administración de justicia, incoando acciones jurídicas pertinentes que permitan salvaguardar ese derecho, así mismo para que estos sean objeto de indemnización, deben estar reunidos los requisitos de responsabilidad civil e imputación y la causa del deber reparar. (Henaó, 2015)

2.2 Elementos de la definición que impactan sobre la noción de reparación

La noción dada con anterioridad, es el fruto de lecturas diversas, que intenta superar las que se presentan de manera abrupta y que ayudan muy poco a entender el concepto cuando se plasma en escenarios diferentes a los de la salud, como es el interés de la presente monografía.

Cabe recalcar, la figura de que, si el daño presume la lesión del bien jurídico de un individuo, lo más idóneo sería dirimir y avistar, que dicho perjuicio se puede presentar sobre intereses monetarios y no monetarios e igualmente sobre derechos individuales o derechos colectivos, aclarando que la amenaza de lesión en derecho también resulta concebida como daño. (Wikipedia, s.f.)

2.2.1. Intereses pecuniarios. Esta distinción es fundamental en la medida en que permite sentar una de las grandes summa divisio de la materia, es decir, aquello que de una manera heurística clasifica en público y privado todo el derecho o lo que es más claro, lo que se ocupa en diferenciar entre la naturaleza económica y la naturaleza no económica del derecho o el interés del lesionado, lo cual tiene hondas repercusiones sobre la manera de reparar. Lo mismo ocurre, cuando se lesionan derechos pecuniarios, la reparación es de naturaleza económica, en tanto que la reparación de los derechos no pecuniarios puede revestir formas diferentes de la económica, advirtiendo que cuando se otorga una suma de dinero la misma no equivale al daño sufrido, sino a su simple compensación. (Henaó, 2015)

Esta concepción está dirigida a entender que debido a que los derechos económicos ahora o materiales tienen valor de cambio en el mercado, ahora bien, no ocurre lo mismo con aquellos no pecuniarios o inmateriales, que suceden con muchísima frecuencia en los casos de salud.

De hecho, hay casos no pecuniarios por doquier, que requerirían un extenso estudio por lo complejo del asunto. Para citar solo algunos ejemplos, ¿podría valorarse económicamente, la honra, la dignidad, la libertad de expresión o la libertad de locomoción? ¿Podrían equipararse estos valores al valor de la salud, sabiendo su conexidad con la vida?

Es evidente que no, lo cual no impide que, gracias a los avances hechos en materia de protección de derechos, su lesión suponga una reparación. Lo anterior porque la existencia del daño implica necesariamente su reparación, para que así la responsabilidad civil no pierda su objeto. (Naveira Zarra, 2004)

Dicha reparación, por mucho que en ocasiones se repare en dinero -piénsese la que suma sea y extrapólese ese "valor" al daño causado y se verá que aquello por muy alta la suma pagada, no tiene un equivalente que permita su medición. (Osterling Parodi & Rebaza González, 2006)

En ese sentido, pues, es posible afirmar que la reparación de la lesión de derechos pecuniarios es de mayor facilidad que aquella de los no pecuniarios, donde el juez dispone de un *arbitrium iudicis* que le permite postular nuevas y creativas maneras de reparar, como ha sido el propósito de la presente monografía.

2.2.2. La lesión sobre intereses individuales o sobre intereses colectivos. Cuando se concibe la reparación sobre ciertos intereses, esta concepción tiene gran incidencia, ya que surgen diferencias al reparar a personas individualmente frente a colectivos que representan intereses difusos no apropiables.

Como bien lo enuncia la Corte Constitucional, en un fallo que podríamos calificar de fallo de principio sobre la definición de los diferentes intereses protegidos por el derecho de daños. (Corte Constitucional, T- 341, 2016)

A su vez, “La doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es los intereses colectivos y los intereses difusos. Esta distinción entre los diversos tipos de intereses jurídicos protegidos por las diversas acciones colectivas permite arrojar claridad sobre el elemento de la titularidad. Y en este aspecto, la primera diferencia importante es aquella que existe entre los intereses colectivos indivisibles, propios de la acción popular, y aquellos divisibles, que son el objeto de las acciones de grupo”. (Corte Constitucional, C- 569, 2004)

Por otra parte, Los intereses difusos y colectivos son protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. (...) (Melón Velásquez, 2016)

2.3_Procedencia de la reparación directa contra las entidades promotoras de salud

La reparación directa es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado.

En el análisis jurídico del medio de control de reparación directa opera el principio *iura novit curia*, en la medida que a la persona interesada no le corresponde presentar las razones jurídicas de sus pretensiones, sino simplemente relatar los hechos, omisiones, operación u ocupación, para que el juez administrativo se pronuncie con base en el derecho aplicable al caso.

2.4. Requisitos para acceder a él medio de control de reparación directa

Para que proceda la acción de reparación directa, a través de entidades del estado deberá efectuarse la vulneración de un derecho a una persona, toda vez que se cumpla uno de estos requisitos:

- **Acción:** Se concibe como el daño que ocasiona el estado de forma activa.
- **Omisión:** Esta sucede por la inactividad del deber de la entidad, en consecuencia, a ello se causa el perjuicio.
- **Operación administrativa:** Surge por una orden emitida por la administración que busca ejecutar un acto administrativo y en la ejecución del mismo se genera un perjuicio.
- **Ocupación temporal o permanente de un inmueble:** son aquellos procedimientos efectuados por la administración pública, constituye jurídicamente una vía de hecho o una usurpación irregular
- **Un hecho:** Toda acción que genera una consecuencia jurídica; Cualquier otra causa que sea imputable a una entidad pública.

Ahora bien, aclarado el concepto de los anteriores, debemos mencionar que nuestro tema de estudio está enfocado en dos requisitos: acción y omisión.

Capítulo 3. El estado y su relación con las entidades promotoras de salud

Anteriormente se hizo mención de la finalidad y los requisitos para que proceda el medio de control de reparación directa en la protección del derecho a la salud.

A continuación, se va analizar la responsabilidad del Estado y la Entidad Promotora de Salud en el caso en que por acción u omisión les sea imputable un daño antijurídico ocasionado a un paciente por el incumplimiento de la prestación del servicio de salud, además de la inoperancia que ejerce el Estado frente a la vigilancia y control de la prestación del servicio de salud.

Dado lo anterior, es preciso conocer el siguiente concepto jurídico mencionado por la Corte Constitucional:

La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas, el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.

(Corte Constitucional, C-616, 2001)

Así las cosas, Las Entidades Territoriales se encargan de celebrar contratos con las EPS para que presten los servicios de salud en nombre del Estado. Así mismo, las Entidades Territoriales tienen la función de inspeccionar, vigilar y controlar los servicios que prestan las

Entidades Promotoras de Salud. No obstante, las Entidades Territoriales no tienen competencia sancionatoria, sobre las EPS, Sin embargo, estas deberán remitir a la Superintendencia de Salud los informes donde conste el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de la promotora de salud (Ley 1122, 2007)

Así que, en aras de lograr la efectividad en la prestación del servicio de salud, el Estado a través de un marco normativo, incluyó la participación de sus instituciones, con el objeto de que las personas a través de ellas agotaran todos los recursos constitucionales y legales para salvaguardar su estado físico i/o vida.

Estas instituciones son las siguientes: Supersalud, Entidades Territoriales, Jueces Constitucionales Etc...

Ahora bien, para conocer la responsabilidad que tiene el Estado frente a las anteriores, es preciso dar una definición de cada una de ellas:

- **Superintendencia de Salud:** Autoridad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), FOSYGA, Entidades Promotoras de Salud (Régimen contributivo y subsidiado), Instituciones prestadoras de servicios de Salud – IPS, Empleadores y Entidades Territoriales (Departamentos, Distritos y Municipios). (Red Nacional de Atención al Consumidor, s.f.)
- **Entidades Territoriales:** Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan, en los términos de la Constitución y la ley. (Ministerio de Educación Nacional, s.f.)

- **Juez Constitucional:** El juez constitucional, es aquel que tiene la competencia del control de constitucionalidad, en un esquema de defensa de la Constitución, con independencia de las modalidades concretas y determinadas a través de las cuales se lleve a cabo esa defensa. (Ansuátegui Roig, 2012)

Finalmente, dado los conceptos de estas autoridades públicas, es factible conocer el objeto por el cual el Estado las creo y fue con el ánimo de “realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de, inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud”. (Ley 1122, 2007)

Por otro lado, de no cumplirse lo anterior, se le estarían vulnerando los derechos a una persona, y a su vez, si esta no recibe oportunamente una solución por parte de la autoridad pública competente, habiendo agotado todos sus recursos legales y constitucionales, se le estaría ocasionando un daño al usuario, que una vez probado, se puede demostrar que el Estado es inoperante para salvaguardar el derecho fundamental de salud, al no imponer las sanciones que haya lugar a la EPS, en la mayor brevedad posible para evitar la vulneración del derecho fundamental a la salud y consecuentemente el daño antijurídico.

No obstante, en el evento en que el afiliado haya recurrido ante la administración de justicia para invocar acción de tutela, o haya instaurado la respectiva queja o denuncia ante la

Entidad Territorial i/o Superintendencia de salud, el Estado estará obligado a dar cumplimiento de sus normativas en materia de salud y este modo garantizarle al afectado la protección del derecho vulnerado, si este no recibe solución eficaz y oportuna por parte de las autoridades estatales.

Puesto que, una vez ocasionado el perjuicio en la salud o peor aún la muerte de un paciente, cuando una Entidad Prestadora de Salud niega o retrasa un servicio de salud o un medicamento y adicional a esto el usuario, utiliza los instrumentos jurídicos que están a su alcance para evitar dicho perjuicio, y no recibe solución eficaz y oportuna por parte de las autoridades estatales, se crea en el afectado la expectativa de pedir una indemnización de perjuicios. Lo anterior, debido a que este daño, o “menoscabo en contra la integridad de un bien o una persona” (Ruiz, 2013, p. 48), es algo que el afectado no tenía por qué soportar.

Dado lo anterior, plantearemos nuestro problema jurídico ¿Es procedente instaurar el medio de control de reparación directa contra las entidades promotoras de salud como medio idóneo para solicitar la indemnización de los perjuicios ocasionados?

Para darle respuesta a esta problemática examinaremos que las Entidades Promotoras de Salud se rigen por el derecho privado. Debido a su naturaleza jurídica y su forma de constitución como sociedad comercial a través de documentos privados e inscritos en el registro mercantil con personería jurídica reconocida por el Estado para poder operar como EPS (Ley 100, 1993).

En otras palabras, es por su forma de constitución, que las EPS se categorizarían como particulares situación por la cual estarán sujetos a las normas civiles y comerciales.

Por otro lado, el Estado a través de las Entidades Territoriales se encarga de la administración y financiación del régimen subsidiado, razón por la cual, celebran contratos con las Entidades Promotoras de Salud, para que, a través de estas, presten los servicios de salud a nombre del Estado, en otras palabras, son contratistas y partícipes de los fines de la administración pública.

Estos contratos le permiten a las EPS encargarse en nombre del Estado de la afiliación y prestación de los servicios de salud de los beneficiarios.

Ante esto, El Consejo de Estado ha expresado que:

“(…) los particulares deben asumir el incumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que ocasiona un daño. Cuando se trata de un contratista del Estado, que, como ya lo ha reconocido la corporación, es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 39312, 2017)

Abonando a lo anterior, La ley 1437 de 2011 en su artículo segundo establece que las normas que rigen en Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le son aplicables a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas (Congreso de Colombia, 2011). En este caso las Entidades Promotoras de salud que precisamente cumplen función pública al administrar la prestación del servicio de salud en nombre del Estado, pues se encargan de la administración y afiliación, sin importar el régimen al que pertenezca el usuario.

Con base en lo anterior, y siguiendo el método de interpretación gramatical. Se permite concluir que el medio de control de reparación directa es procedente contra una Entidad

Promotora de Salud. En concordancia con el siguiente caso de estudio y cuya decisión fue emitida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.

3.1 Estudio de caso donde se vincula la entidad promotora de salud

(Consultar Sentencia del Consejo de Estado, **Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803)**)

La señora Analida Flórez acude a urgencia de la entidad Saludcoop EPS en la ciudad de Pereira, el 3 de diciembre de 2001 por presentar un sangrado vaginal por un periodo de dos meses.

En consecuencia, le fue practicada una ecografía pélvica y su diagnóstico fue engrosamiento del cuello uterino.

Posterior a esto la afiliada acude el día 29 de julio de 2002 a la EPS presentando la misma sintomatología, situación que amerita ordenar una citología practicada el 6 de agosto de 2002. Posterior a ello se le ordeno una colposcopia y biopsia del cuello uterino y una vez arrojado el resultado, su diagnóstico fue un carcinoma epidermoide o cáncer de cérvix.

El día 9 de octubre de 2002 la EPS Saludcoop remite a la usuaria al hospital universitario san Jorge donde permaneció hospitalizada recibiendo tratamiento de radioterapia y psiquiatría.

El 24 de septiembre de 2003 la señora Flórez fue remitida nuevamente por esta EPS al hospital universitario san Jorge por la misma sintomatología. Y cabe resaltar que ese mismo día se dio el descenso de la paciente por el diagnóstico de cáncer terminal y fistula de recto vaginal.

Es evidente que una vez se le dio estudio a este caso se pudo evidenciar la omisión por parte de la EPS Saludcoop al retrasarle la prestación del servicio de salud a la señora Analida Flórez, toda vez que esta acude en 2001 a dicha institución cuando presentaba una fuerte

hemorragia vaginal prorrogada y solo hasta el año 2002 se le efectuó el examen de colposcopia, que arrojó como resultado la grave enfermedad que padecía.

Ahora bien, luego de conocer el diagnostico la EPS informa a la sra Analida, que por considerarse esta enfermedad como catastrófica, estos no podían cubrirle el tratamiento para dicha enfermedad alegándole que ella tenía menos de 100 semanas de estar afiliada a la eps, razón por la cual ella debía asumir el pago de copago al menos del 64% de costo médico.

Ahora bien, una vez remitida por la EPS al hospital san Jorge, la señora Analida inicia el tratamiento de radioterapia, no obstante, no pudo seguir con este, ya que debía hacer un copago de ochocientos mil pesos y la usuaria no tenía como solventar esos gastos, dado esto la afiliada acude a la eps manifestando la situación. Pero esta entidad le niega el servicio aduciendo que dicho costo de tratamiento ellos no lo podían asumir.

Dado lo anterior y causándole el deterioro de la salud a la sra Flórez, en agosto de 2003 su hermana interpuso acción de tutela contra la EPS Saludcoop. En consecuencia, en providencia el 3 de octubre de 2003 el juzgado sexto civil de Pereira ordeno a la EPS Saludcoop prestarle el servicio de salud a su afiliada de manera inmediata.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de la parte prestadora se da el fatal desenlace, en consecuencia, a la negatividad de esta eps, para la prestación del servicio a la paciente.

Por parte, el Hospital Universitario San Jorge manifestó que en un principio ellos asumieron brindarle el tratamiento de radioterapia a la señora Analida. Sin embargo, fue la EPS, la que ejerció constaste presión para que la paciente efectuara el pago del copago, situación que género no seguir con la segunda etapa del procedimiento.

Estas acciones, por parte de la EPS fueron las causantes del fallecimiento de la paciente fue lo que motivo a sus seres queridos a instaurar medio de control de reparacion directa contra

las entidades antes mencionadas, al considerar que estas actuaron de manera negligente al negar la prestación del servicio de salud de radioterapia que necesitaba la paciente. Por otro lado, la entidad promotora de Saludcoop se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no había lugar a aplicar el régimen jurídico de la falla presunta toda vez que ellos alegaban que, no eran una entidad de derecho público sino de carácter particular y que las víctimas pedían una excesiva tasa de perjuicios que daría lugar al enriquecimiento sin causa de los demandantes.

Ahora bien, una vez se hizo el respectivo análisis de este caso por el consejo de estado, quien considero de conformidad considero de conformidad con los hechos probados que la fase del diagnóstico de la enfermedad padecida por la señora Analida estuvo cargo de la entidad promotora de salud y no del hospital universitario San Jorge. Toda vez que es evidente que se le ocasiono un daño antijurídico por el fallecimiento de la paciente. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Con este estudio de caso como ejemplo, se demuestra de manera palmaria, como la reparacion directa actúa sobre las entidades prestadoras del servicio de salud, cuando se logra probar, de acuerdo con las leyes vigentes el grado de responsabilidad de estas a partir la acción u omisión que ellas lleven a cabo, que para el caso enunciado previamente consistió en la demora injustificada al llevar a cabo unos exámenes. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Queda igualmente establecido según la jurisprudencia del Consejo de Estado que en los eventos que una persona fallece o sufre una lesión y ello es imputable a alguna entidad de la administración , se desencadena a cargo de este la indemnización de perjuicios morales, de tal

manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del grupo familiar más cercano pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño pues este se convierte en un indicio suficiente para tener demostrado el perjuicio moral sufrido, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar en la atención a la relación de cercanía, solidaridad y afecto, siempre que no exista prueba que implique o demuestren lo contrario. . (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

También es digno de mención en este análisis, cómo los legisladores para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, instituyó la figura de la caducidad como una sanción contra los eventos en que determinadas funciones judiciales se relaciona con la repación directa o la pretensión del cumplimiento de la teoría de la última oportunidad no se ejerza en un término específico. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

En este sentido los interesados tienen la carga procesal de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del estado dentro del plazo fijado por la ley y, de no hacerlo en el tiempo, no podrán obtener la satisfacción del derecho reclamado por la vía jurisdiccional. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Las normas de caducidad tienen fundamentos en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que ciertas situaciones permanezcan indefinidas

en el tiempo. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas en el ejercicio del derecho de acción, acudan a la jurisdicción con el fin de satisfacer sus pretensiones. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Ahora con respecto a la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, en caso de muerte, la sala de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la sección tercera en sentencia del radicado número **66001-23-31-000-2005-**, estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño causal y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Solicitaron que, como consecuencia de la declaración anterior, se condenara a las demandadas a pagarles:

- **Por concepto de perjuicios morales**, a título de directos perjudicados, 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los señores Héctor Guejia Guejia, Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez, María Daniela Guejia Flórez
- **A título de directos perjudicados**, 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos, al momento de quedar en firme la sentencia.
- **A título de herederos** de la Señora: Analida Flórez Castañeda, 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de quedar en firme la sentencia, por el daño

moral sufrido por la causante durante su penosa enfermedad Héctor Guejia Guejia, Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina

- **Por daño a la vida de relación**, se deben las siguientes indemnizaciones: la suma de 2000 mil salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos (2000 SMLMV) al momento de quedar en firme la sentencia, a Héctor Guejia Guejia, Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez, María Daniela Guejia Flórez. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)
- **Por Daños Materiales:** Se debe al señor Héctor Guejia Guejia en su calidad de compañero permanente o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo por concepto de lucro cesante la suma de un salario mínimo mensual legal vigente desde el momento de la muerte de la señora Analida Flórez Castañeda y hasta que se cumpla su expectativa de vida.
- Que se condene en costas a las demandadas.
- Que se cumpla la sentencia al tenor de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Con base a lo anterior, y siguiendo el método de interpretación gramatical, se permite concluir que la reparación directa es procedente contra una entidad promotora de salud cuando se le ocasiona un perjuicio al afiliado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Sin importar si haya usado o no los recursos o instrumentos legales para salvaguardar su integridad física y/o su vida, sea para que el efecto haya usado su derecho, invocando la acción de tutela o haya puesto la respectiva queja o denuncia antes las entidades territoriales y superintendencia de salud, su derecho inalienable es recibir una solución eficaz y oportuna por parte de las autoridades estatales. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017) (nacion)

De acuerdo con lo anterior, es responsable el Estado junto con la entidad promotora de salud por la acción u omisión en el derecho de sus funciones. En otra palabra, falla en el servicio por parte de la administración pública. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001-23-31-000-2005-01021-04 (42803), 2017)

Conclusiones

Con la exposición de motivos relacionadas con el título de esta monografía y tomando como referencia la prolija bibliografía consultada, además del estudio de caso expuesto como corolario al tema tratado se concluye que:

La actividad del Estado está encaminada a garantizar a las personas el goce de sus derechos y libertades esenciales para que las personas mantengan lo necesario para ser un miembro activo de la sociedad.

La Constitución (1991) le otorgó la doble función al Estado: prestar el servicio de salud y ejercer control y vigilancia sobre la prestación. Sin embargo, la función de prestación del servicio de salud fue delegada en particulares (EPS) con el objetivo de evitar la concentración del poder. Cabe resaltar que el Estado mantiene la función de control y vigilancia sobre la prestación del servicio de salud.

Las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de prestar los servicios de salud a nombre del Estado. A su vez, las personas cuentan con la acción de tutela como herramienta jurídica para garantizar el goce de su derecho fundamental cuando sienten la amenaza de su vulneración.

El Estado, dentro del orden constitucional está llamado a ejercer control y vigilancia en la prestación de los servicios de salud, a través de la Superintendencia de Salud, por medio del cual,

cada individuo deberá acudir a denunciar el no cumplimiento de la obligación de la EPS con la prestación de servicio de Salud.

Basado en esta obligación el Estado ha creado un marco jurídico amplio que regula el derecho fundamental a la salud, para encargarse de la efectiva prestación del servicio y goce derecho fundamental.

No obstante, dicha reglamentación, hoy en día las Entidades Promotoras de Salud, siguen negando o retrasando prestación de los servicios de salud, básicamente porque la ley 100 de 1993, es una ley de hace más de 26 años, que debe ser reformada, de acuerdo con el cambio de cobertura, modernización del sistema y a las nuevas enfermedades catastróficas, que hacen que el Sistema General de Seguridad Social en Salud sea lento y deplorable.

Debido a esto, se hace perentorio, que el Congreso deba modernizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud que sea coherente y consecuente con las necesidades de cada paciente, es decir, que funcione por sí mismo, sin tanta intervención de los funcionarios de las Entidades Promotoras de Salud.

De acuerdo con el estudio de caso presentado, se demuestra que debía ser procedente la reparación directa contra las EPS, ya que estas prestan un servicio publico a cargo del estado.

Ahora bien, es a través de las Entidades Territoriales que prestan dicho servicio publico razón por la cual, celebran contratos con las Entidades Promotoras de Salud, para que estas

presten los servicios de salud a nombre del Estado, son actos lícitos dentro de la constitución y las leyes.

Estos contratos le permiten a las EPS encargarse en nombre del Estado de la afiliación y prestación de los servicios de salud de los beneficiarios. Así mismo son las EPS quienes se encargan de prestar el servicio ya sea de manera directa o a través de IPS, por lo tanto, cualquier daño que se ocasione a un particular en la atención a su salud, es dable jurídicamente, indemnizar a la víctima.

Basado en esto, se puede concluir que si quienes prestan el servicio de salud acataran de manera eficiente sus funciones, evitarían de hecho, una demanda en su contra.

Referencias

- Ansuátegui Roig, F. J. (2012). Jueces Constitucionales (garantía de la Constitución y responsabilidad). Revista Estudios Socio-Jurídicos, 13-33. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2071>
- Aristoteles. (1934). La politica. Madrid: Nuestra raza.
- Ceballos, L. (2016). Perdida de la oportunidad en la responsabilidad civil medica ¿Un daño indemnizable en Colombia? Recuperado el 10 de Febrero de 2019, de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9758/Laura_CeballosKlinkert_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- colombia, C. p. (1991). Constitucion politica de colombia.
- Concepto 96711. (2011). Superintendencia de Salud. Obtenido de https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO_SNS_0096711_2011.pdf
- Congreso de Colombia. (31 de Mayo de 1887).Codigo Civil de los estado unidos de Colombia. [Ley 57 de 1887]: DO: 2.867. Obtenido de Funcion Publica: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Congreso de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]: DO: 41.148. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de Colombia. (28 de Octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]: DO: 41.094. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de Colombia. (15 de Marzo de 1996). Estatutaria de la administración de justicia. [Ley 270 de 1996]: DO:42.745. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Congreso de Colombia. (5 de Enero de 2001). Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. [Ley 640 de 2001]: DO:44.303. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html

Congreso de Colombia. (21 de Diciembre de 2001). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los. [Ley 715 de 2001]: DO: 44.654. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.htm

Congreso de Colombia. (09 de Enero de 2007). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1122 de 2007]: DO: 46.506. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html

Congreso de Colombia. (18 de Enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]: DO: 47.956.

Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de Colombia. (12 de 07 de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [Ley 1564 de 2012]: DO: 48.489. Obtenido de Secretaría General del Senado:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de Colombia. (16 de Febrero de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1751 de 2015]: DO: 49.427.

Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html

Congreso de Colombia. (9 de Junio de 2015). Por la cual se expide el Plan Nacional de

Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país. [Ley 1753 de 2015]: DO: 49.538.

Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

Consejo de Estado, Sección Tercera (21 de Noviembre de 2017) (Sentencia

76001233100020040111302 (39312) [M.P Jaime Enrique Rodríguez] de 2017). Obtenido

de [https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-](https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/estado-y-contratistas-responsables-por)

[contratacion/estado-y-contratistas-responsables-por](https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/estado-y-contratistas-responsables-por)

Consejo de Estado, Sección Tercera (30 de Agosto de 2018) (Sentencia 41001-23-33-000-2015-

00926-01(58225) [M.P Ramiro Pazos Guerrero] de 2018). Obtenido de

<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90525>

Const. (20 de Julio de 1991). Secretaria Senado. Recuperado el 20 de Diciembre de 2018, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, (21 de Mayo de 2018) (Sentencia T- 196 [Cristina Prado Schlesinger]).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-196-18.htm>

Corte Constitucional, (09 de Abril de 2008) (Sentencia C-316 [M.P Jaime Cordoba Triviño]).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-316-08.htm>

Corte Constitucional, (08 de Noviembre de 2004) (Sentencia- T 1112 [Jaime Araujo Rentería]).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1112-04.htm>

Corte Constitucional, (08 de Junio de 2004) (Sentencia C-569 [M.P Rodrigo Uprimny Yepes]).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-569-04.htm>

Corte Constitucional, (13 de Junio de 2001) (Sentencia- C 616 [M.P Rodrigo Escobar Gil]).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm>

Corte Constitucional, (29 de Junio de 2016) (Sentencia T-341 [M.P Gabriel Eduardo Mendoza

Martelo]). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-341-16.htm>

Corte Constitucional, (11 de Junio de 2014) (Sentencia T- 367 [M.P Luis Ernesto Vargas Silva]).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-367-14.htm>

Corte Constitucional, (15 de Diciembre de 1993) (Sentencia T- 597 [M.P Eduardo Cifuentes

Muñoz]). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-597-93.htm>

Corte Contitucional, (22 de Enero de 2007) (Sentencia T-016 [M.P Humberto Antonio Sierra

Porto]). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>

Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su

unificación sustancial en todas las acciones en contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, 277-366.

Melón Velásquez, H. G. (2016). La protección constitucional del medio ambiente sano en

Colombia. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.

Ministerio de Educacion Nacional. (s.f.). Entidades Territoriales. Obtenido de MInisterio de

Eduación Nacional: <https://www.mineduacion.gov.co/1621/article-82749.html>

Ministerio de Salud y Protección social. (01 de Septiembre de 2016). Por el cual se modifica la

estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones. [Decreto 1429 de 2016]: DO:

49.983. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1429_2016.html

MINSALUD. (s.f). Atención en Salud y de Rehabilitación funcional de las personas víctimas de minas Antipersonal MAP y Municiones sin Explotar MUSE. Obtenido de <http://www.snd.gov.co/678/w3-article-72538.html>

Muñoz, V. (02 de Noviembre de 2012). "El espíritu de las leyes" de Montesquieu. RedHistoria. nacion, p. d. (s.f.). Delitos contra las personas. En c. penal. código penal.

Naranjo, V. (2006). Teoría Constitucional e Instituciones Políticas (11 ed.). Temis.

Naveira Zarra, M. M. (2004). Resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Coruña: Universidade da Coruña.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (10 de Diciembre de 1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>

Osterling Parodi, F., & Rebaza González, A. (2006). La equidad y su función cuantificadora de daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332 del código civil. Universidad Católica del Perú, 1-13. Obtenido de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>

Palacio, J. A. (2013). Derecho procesal administrativo. Librería jurídica Sanchez.

Red Nacional de Atención al Consumidor. (s.f.). Superintendencia Nacional de Salud. Obtenido de Red Nacional de Atención al Consumidor: http://www.redconsumidor.gov.co/publicaciones/superintendencia_de_salud_pub

República, P. d. (19 de Noviembre de 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. [Decreto 2591 de 1991]: DO:

40.165. Obtenido de

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5304>

Ruiz, W. (2013). Responsabilidad del Estado y sus regímenes (Segunda ed.). Ecoe ediciones.

Ugarte, J. J. (1995). El Sistema Jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica. Recuperado el 10 de Enero de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649940.pdf>

Wikipedia. (s.f.). Bien Jurídico. Obtenido de Wikipedia:

https://es.wikipedia.org/wiki/Bien_jur%C3%ADdico