

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA EPS POR LA NO PRESTACIÓN
DE UN SERVICIO PÚBLICO CON CARÁCTER DE DERECHO
FUNDAMENTAL**

**JULIÁN EDUARDO RUBIO ZAPATA
OMAR EDUARDO PLATA TOBACIA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA
2014**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA EPS POR LA NO PRESTACIÓN DE UN
SERVICIO PÚBLICO CON CARÁCTER DE DERECHO FUNDAMENTAL**

JULIÁN EDUARDO RUBIO ZAPATA

OMAR EDUARDO PLATA TOBACIA

**Trabajo de grado para optar el título de
ABOGADO**

Director

CESAR AUGUSTO QUIJANO

Abogado

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	9
1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE USUARIO Y EPS.....	11
1.1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA.....	11
1.2. EL DERECHO A LA SALUD Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	14
1.3. LA LEY 100 DE 1993 COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.....	18
1.3.1. El Plan Obligatorio de Salud.....	20
1.3.2. Trámite administrativo para el suministro y autorización de medicamentos POS y No-POS.....	22
1.3.3. Regla de excepción para no aplicar el POS.....	26
1.4. CRISIS DEL SISTEMA DE SALUD.....	28
1.5. DEL CONTRATO COMO TAL.....	30
2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	32
2.1 NOCIONES GENERALES.....	32
2.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD.....	33
2.2.1 El daño.....	33
2.2.1.1 El carácter personal del daño.....	34
2.2.1.2 La certeza del daño.....	35
2.2.1.3 El daño debe ser directo.....	36
2.2.2. El nexo causal.....	37
2.2.3. El hecho dañino.....	37
3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL....	38
4. CONCLUSIÓN.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	42

RESUMEN

TÍTULO

La responsabilidad civil de las EPS por la no prestación de un servicio público con carácter de derecho fundamenta*.

ÁUTORES

RUBIO Zapata Julián Eduardo

PLATA Tobacia Omar Eduardo**

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad civil, contractual, extracontractual, reparación, daño, derechos fundamentales, salud y prestación de servicios.

DESCRIPCIÓN

La salud es un derecho que todo colombiano tiene y que el Estado dirige, vigila y desarrolla por medio del sistema general de salud, que a su vez materializa el cumplimiento de ese derecho por medio de entidades promotoras de salud. La ley, ha previsto que dichas entidades presten el servicio por medio de un contrato de afiliación, cuyo vínculo jurídico está vigilado y garantizado mínimamente por el plan obligatorio de salud, que en caso de no ser observado incumple de forma inmediata con las cláusulas que conforman el mencionado contrato de prestación de servicios de salud.

La negación de los servicios, avocando a los pacientes al uso de tutelas u otros medios de defensa judicial, hacen evidente el incumplimiento de las obligaciones determinadas por la ley, causando un daño a quien sufre la mala atención de las EPS, generando con ello la obligación de reparar por incumplimiento contractual.

En ese sentido este trabajo pretende identificar el referido contrato de prestación de servicios, decantar sus características, sus elementos esenciales o naturales y bajo ese régimen clausular establecer el sistema de responsabilidad civil, que nos permita como para el caso Colombiano demandar las EPS por la indebida prestación del servicio público de salud.

* Trabajo de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Cesar Augusto Quijano.

ABSTRACT

TITLE

Liability of EPS for failure to provide a public service founded with character of fundamental law*.

AUTHORS

RUBIO Zapata Julián Eduardo

PLATA Tobacia Omar Eduardo **

KEYWORDS

Liability, contract, extracontract, repair, demand, health services and fundamental rights.

DESCRIPTION

Health is a right to which every Colombian is entitled and the State manage it, oversees it and develops it through the general health system, which in turn materializes the fulfillment of that Right through health promotion entities.

The law, has provided that these entities provide the service through an affiliation agreement, whose legal link is minimally monitored and guaranteed by compulsory health plan that should not be observed immediately fails with the clauses that make the contract for the provision of health services.

Denial of services advocating patients the use of guardianships or other means of legal defense, make clear breach of the obligations set by law, causing damage to the ones who suffer poor care of the EPS, thus generating the obligation to repair, because the civil liability has as one of its sources, the contractual breach. In that sense, this work aims to identify the contract for the provision of services, decant their characteristics, their essential elements or natural and under that regime after studying establish the liability system, which will allow us as for the Colombian case sue the EPS for the undue public health service.

* Degree work

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Science. Directed by Cesar Augusto Quijano.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es la figura jurídica que estudia la reparación de los daños que se causen a un sujeto de derechos. Dicho daño puede emanar de diversas fuentes: del incumplimiento de un contrato, un delito o un cuasidelito¹.

Una vez declarada la existencia del daño, como requisito indispensable, más no único, para adjudicar responsabilidad ², se puede hablar de ese deber indemnizatorio.

Dado que la responsabilidad civil es una obligación de indemnizar a otro por perjuicios causados con el accionar culposo o doloso del sujeto activo, ésta le puede asistir a todo tipo de personas, ya sean naturales o jurídicas.

Las Empresas Promotoras de Salud (de ahora en adelante EPS), son entes jurídicos, privadas y públicas, que con el desarrollo de su objeto social, diariamente están expuestas a cometer errores que eventualmente generan una responsabilidad civil, administrativa o penal.

En razón a ello, hemos querido ahondar en el estudio de la responsabilidad civil que para el caso concreto emana de ese ejercicio cotidiano de las EPS, pues existe una relación jurídica entre los usuarios del sistema y las mismas³, que de no ser cumplida dentro de los términos pactados dará lugar al deber de resarcir.

Esa fuente de responsabilidad se denomina contractual, toda vez que al tener identificadas las obligaciones previamente establecidas o acordadas en el vínculo jurídico, el incumplirlas, para alguno de los extremos en unión, le sobreviene una

¹TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005, pág. 19.

²HENAO, Juan Carlos. El daño, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 36.

³Así se desprende de la lectura del artículo 183 de la ley 100 de 1993, cuando al tenor literal reza así: Prohibiciones para las entidades promotoras de salud. Las entidades promotoras de salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

sanción, que debe ser entendida como toda aquella derivación jurídica de carácter civil con repercusiones patrimoniales sobre quien se le pueda endilgar la responsabilidad de cometer la infracción a la convención⁴ o contrato.

La ley 100 de 1993 en el artículo 156, habla de las características del sistema general de seguridad social en salud, haciendo mención del deber correlativo entre el Estado, empleadores y afiliados de realizar los aportes necesarios para garantizar la viabilidad fiscal y financiera del sistema.

En tal sentido, el mencionado artículo en su literal b, establece lo siguiente:

“Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **previo el pago de la cotización reglamentaria** o a través del subsidio que se financiará **con recursos fiscales**, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales...”⁵ (Subrayado y negrita fuera de texto)

Igualmente, podemos citar los literales “d” y “e” del mencionado artículo, que ratifican la naturaleza onerosa del contrato dentro del sistema de salud, del siguiente modo:

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud;

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, **a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente...**

⁴OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico, Temis, 2009, pág. 43. Los mencionados entienden la convención como ese acto jurídico genérico de todos los contratos civiles.

⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Diario oficial. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., art. 156.

De la anterior lectura, podemos extraer que nuestro sistema de salud actual es de una relación jurídica sinalagmática ⁶, que requiere de aportes para su funcionamiento, que distribuye, vía legal, obligaciones para ambos extremos contractuales y en donde, sobre todo, el objeto del contrato es la prestación de servicios de salud, como un derecho público⁷, irrenunciable y constitucional con protección internacional⁸.

Es con base en la identificación de las cláusulas o la naturaleza que tiene ese contrato por medio del cual el Estado le entrega a un ente privado o público la administración y prestación de los servicios de salud y el recaudo de dichos recursos, para desarrollar los principios inherentes al Estado Social de Derecho⁹, del que pretendemos analizar la posible responsabilidad que llegase a emanar en el caso que las EPS no presten el servicio público en su debida forma.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE USUARIO Y EPS.

1.1. La Seguridad Social en Salud de Colombia.

La Seguridad Social es un servicio público prestado por un conjunto de instituciones, públicas y privadas, que desarrollan un objetivo constitucional y una visión nacional de ver progresivamente cubiertas las necesidades básicas insatisfechas del ciudadano y de la comunidad¹⁰, que comprometen el desarrollo físico integral de los habitantes, y que cuyo objetivo es prestar servicios de salud, pensión de invalidez y

⁶ Sinónimo de obligación recíproca.

⁷ COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 43.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). 1976. art. 12.

⁹ COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. Preámbulo.

vejez, y de riesgos profesionales¹¹, siendo también la seguridad social un baluarte de la sociedad moderna, construido a través de luchas sociales contra la insensibilidad por las necesidades del hombre en un mundo industrializado.

Ahora, con la evolución de la concepción de Estado donde ya el hombre no es un medio, sino un fin en sí mismo; el sistema de seguridad social integral debería brindar cada día más ese bienestar a la población y en especial a las personas que ya sea por embarazo, vejez, desempleo, o sub empleo, entre otras, reclaman mayor cobertura institucional, y de no ser así estarían desprotegidas, haciendo imposible el propósito de incluir paulatinamente la totalidad de la población en el sistema general de seguridad social.

En Colombia, la Carta Política de 1991 le reconoce a la Seguridad Social un fundamento constitucional expreso, claro y determinado, ocupándose de establecer los criterios normativos que gobiernan su aplicación. A este respecto, los artículos 48 y 49 de la Constitución definen la Seguridad Social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes y como un servicio público de carácter obligatorio, que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y que está llamado a sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación en los términos que señala la ley:

“corresponde a la organización estatal asegurar la efectiva prestación del servicio de salud, tarea que debe ajustarse a los postulados de universalidad, solidaridad y eficiencia que la Constitución Nacional ha consagrado como principios rectores de tal actividad¹². Las mismas normas prescriben que compete al Estado, con la participación activa de los particulares, ampliar escalonadamente la cobertura de los servicios según los parámetros que fije el legislador, al tiempo que prohíbe de forma inexcusable que los dineros de ella sean utilizados o destinados para fines distintos a los establecidos en la ley.¹³

¹¹ Ibídem. Art. 8.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-1041 de 2006.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-471 de 1992.

Ha dicho la Corte Constitucional, por medio de la sentencia, C-655 de 2003 que el objetivo es propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia puedan afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de la enfermedad, la invalidez, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte. Además debe brindarle una adecuada protección a los estados propios de la naturaleza humana tales como la maternidad y la vejez; y a ofrecerles unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que permitan el desarrollo físico y psicológico, en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad¹⁴.

No es entonces menos la tarea encomendada a los gestores de salud, quienes para desarrollar ese servicio público, deben observar en su práctica los principios de eficiencia, universalidad, progresividad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

En donde la eficiencia comprende la optimización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros que han sido dispuestos para que los beneficios y servicios que ofrece la seguridad social sean prestados en forma pronta, adecuada y suficiente, y la universalidad, se entiende por otro lado como - ni más ni menos- la garantía de protección para todos los habitantes del territorio nacional durante todas las etapas de su vida y sin discriminaciones de ninguna clase; principio que a su vez se relaciona con la obligación impuesta al Estado de ampliar gradualmente la cobertura del servicio.

La solidaridad es con la que se aspira a realizar el valor de justicia y el concepto de dignidad humana, abarcando la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; debiendo el Estado

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-655 de 2003.

direccionar los recursos de la seguridad social que provengan del erario público, hacia los grupos de población más vulnerables.

La integralidad, a su vez, comporta la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población, para lo cual cada persona debe contribuir según su capacidad y recibir lo necesario para atender sus contingencias. La unidad, implica la articulación de las políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social. Y la participación por último, conlleva la cooperación de la sociedad, por medio de los beneficios de la seguridad social, en la organización, control, gestión y fiscalización del sistema en su conjunto¹⁵.

1.2. El Derecho a la Salud y su evolución en la jurisprudencia.

El derecho a la salud es un derecho de segunda generación que se encuentra en la Constitución Política de Colombia en el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, consignado en el artículo 49 de nuestra Carta Política, donde se enuncia como un servicio público a cargo del Estado y que le corresponde a éste organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes y del saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Los derechos de segunda generación tienen una particularidad y es que no son de cumplimiento inmediato sino que se conciben como una expectativa de una sociedad evolucionada que garantiza aquellos derechos que si bien no son necesarios para sobrevivir, pero sí para vivir en condiciones dignas.

Ellos son de una naturaleza prestacional y sólo en la medida que nos encontremos en una economía sólida con el capital suficiente para garantizarlos y prestarlos se podría hablar de una materialización plena. Por tal razón una de las características

¹⁵COLOMBIA. Congreso de la Republica de Colombia. Ley 100 de 1993, art. 2°

de la Ley 100 de 1993 es la progresividad y no la inmediatez en la afiliación de toda la población colombiana.

Al generarse esa calificación del derecho de la salud en el grupo de los de segunda generación o menos importantes, quedó relegado en la relación de prioridades para el Estado colombiano y allí, es cuando la Corte Constitucional en su control difuso de la constitución, desarrolla la jurisprudencia que nos va a permitir hablar en la actualidad de un derecho a la salud autónomo y fundamental.

En un primer momento jurisprudencial el derecho a la salud no era susceptible de protección inmediata vía acción de tutela, según la tesis de la Corte Constitucional¹⁶, como se dijo en el párrafo anterior, por pertenecer al grupo genérico de derechos colectivos que sólo era posible invocar su protección vía acción popular, aunado a ello el carácter económico de los derechos concomitantes a la seguridad social hacían inútil su protección inmediata. En ese prematuro estado de la nueva constitución de 1991 se hacía una lectura exegética del texto normativo, dando como resultado la negativa en cuanto a otorgar la tutela en casos relacionados con el derecho a la salud como un derecho fundamental, por no encontrarse expresamente inscripto en el catálogo de los derechos de protección inmediata.

Siguiendo esa línea conceptual, la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 expreso lo siguiente sobre el carácter colectivo del derecho a la salud:

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una textura abierta, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales” (subrayado fuera de texto original)

¹⁶Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 1992.

La aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción; sólo en estos casos, el Juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una protección inmediata del derecho fundamental, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho”.(Subrayado y negrita fuera de texto)

Como segundo momento jurisprudencial se avanzó hacia la autonomía del derecho a la salud, desligándolo de ese paradigma judicial que lo enmarcaba dentro de un sistema de clasificación obsoleta para el desarrollo actual de los DDHH, es entonces cuando se habla de la conexidad de derechos, esa relación de dependencia, en donde la no garantía de un derecho de segunda clase soslayaba por relación de dependencia uno de primera, tal como lo ha precisado la tesis anterior pero que no había sido profundizada en el tema de la salud, en tal sentido la Corte manifestó en sentencia T-042 de 1996 qué:

Cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque su conexidad próxima es inminente. (...) así dentro de los derechos prestacionales económicos, de salud y de servicios complementarios que conforman el derecho a la seguridad social, **el derecho a la salud, está íntimamente ligado al derecho a la vida.**¹⁷(Subraya y Negrita fuera de texto)

Actualmente, la Corte Constitucional reconoce que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, esta posición, que fue asumida claramente en las Sentencias T-859 de 2003 y T-760 de 2008, basadas en los siguientes argumentos:

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-042 de 1996.

“Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental. Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias. (Subraya fuera de texto)

El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”¹⁸

Así entonces, se puede sostener que la actual fundamentalidad del derecho a la salud, no es en exclusiva por esa garantía conexas a la vida e integridad física, sino que nace de los principios constitucionales contenidos en nuestro texto de 1991 y su indeterminación ha quedado superada por las diferentes normas nacionales y supra nacionales que se han creado sobre la materia para reglamentarla, actualizarla y sobre todo consolidar la salud como un derecho autónomo y personalísimo¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-859 de 2003 y T-760 de 2008.

¹⁹ Según el Acuerdo 29 de 2011 de la CRES. Art. 1. El presente Acuerdo tiene como objeto la definición, aclaración y actualización integral del Plan Obligatorio de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado, que deberá ser aplicado por las entidades promotoras de salud y los prestadores de servicios de salud a los afiliados. El Plan Obligatorio de Salud se constituye en un instrumento para el goce efectivo del derecho a la salud y la atención en la prestación de las tecnologías en salud que cada una de estas entidades garantizará a través de su red de prestadores, a los afiliados dentro del territorio nacional y en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente. Ratificado por la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud, como consecuencia de la eliminación de la CRES.

1.3. La Ley 100 de 1993 como fuente de obligaciones.

La Ley 100 de 1993 y sus demás normas complementarias conforman el estatuto que desarrolla la seguridad social en Colombia y un segmento de la seguridad social es la prestación de los servicios de salud por parte del Estado, dicha norma en su artículo 155 menciona los integrantes del sistema de salud. Allí se encuentran discriminados los organismos de vigilancia y control²⁰ y los de administración y financiamiento ²¹ , entre ellos se encuentran el Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud, las Entidades Promotoras de Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía entre otras.

Para el objeto de nuestro estudio, nos interesa ahondar en las funciones y obligaciones que tiene esa entidad definida en el numeral 2 literal “a” del artículo 155 de la Ley 100 de 1993; como entidades promotoras de salud perteneciente a los organismos de administración y financiamiento.

Las entidades promotoras de salud, se definen como entidades del sector público o privado encargadas de la afiliación, registro de afiliados y recaudo de las cotizaciones de los usuarios por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía²² y su función básica es la de organizar y garantizar, de forma directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados.²³

Siendo que dichas entidades tiene la carga legal de administrar la prestación de los servicios de salud con financiamiento mensual de las cotizaciones que realizan sus afiliados (para el régimen contributivo), ellas deben recoger dichos recursos inicialmente para retener en ese momento la unidad de pago por capitación o UPC²⁴,

²⁰COLOMBIA. Congreso de la Republica, Ley 100 de 1993, art. 155, Numeral 1.

²¹ Ibídem. Numeral 2.

²² Ibídem. Art. 156. d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud.

²³ Ibídem. Art. 177

²⁴Ibídem. Art. 156, literal f: Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. La Unidad de Pago por Capitación (UPC) es el valor per cápita que reconoce el

y su excedente ser enviado al FOSYGA. En ese momento se genera de inmediato la relación jurídica de servicio que une al afiliado con la empresa gestora de salud.

Esa captación de recursos y la retención en la fuente de los dineros destinados por ley para el funcionamiento de las empresas promotoras de salud conforme al número de afiliados que tenga, constituyen una primera obligación que impone el legislador al momento de conceptuar sobre el significado de una entidad gestora, tal como lo manifiesta el Decreto-Ley 1485 de 1994 en su literal c:

“Movilizar los recursos para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el recaudo de las cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía; girar los excedentes entre los recaudos, la cotización y el valor de la unidad de pago por capitación a dicho fondo, o cobrar la diferencia en caso de ser negativa; y pagar los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato...”²⁵

Pero si bien el legislador no dispuso un artículo de la Ley 100 de 1993 para integrar en él todas las obligaciones que a ellas les asisten, ello no significa que no se encuentren difuminadas en el ordenamiento jurídico, por ese motivo, la lectura sucinta y sistemática del libro segundo del estatuto de la seguridad social nos permite obtener más deberes en la prestación del servicio de salud, y encontrarnos como una segunda obligación genérica establecida en el literal “e” del artículo 156; *“...las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la*

Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada EPS por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, sin distinción o segmentación alguna por niveles de complejidad o tecnologías específicas. La UPC tiene en cuenta los factores de ajuste por género, edad y zona geográfica, para cubrir los riesgos de ocurrencia de enfermedades que resulten en demanda de servicios de los afiliados a cualquiera de los regímenes vigentes en el país.

²⁵COLOMBIA. Presidencia de la República, Decreto 1485 de 1994, art. 2º, literal c.

cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno...²⁶.

Se colige de la cita anterior que prestar los servicios con la mayor diligencia y dentro de los parámetros legales del Plan Obligatorio de Salud, es una obligación imperativa de las EPS y punto central del objeto contractual que termina por definir define a la Ley 100 de 1993 como la fuente principal de obligaciones que impregnan y caracterizan dicha relación jurídica.

1.3.1. Plan Obligatorio de Salud

El denominado POS se comprende dentro de ese contrato como un conjunto de servicios médicos, para-médicos, clínicos y para-clínicos a los que tiene derecho el afiliado por sus aportes.

Este no ha sido ajeno a los cambios, en un primer momento existía una discriminación objetiva entre los servicios que recibiría el cotizante versus sus beneficiarios, y también frente a los afiliados al régimen subsidiado quienes accedían a un paquete de servicios mucho más reducido.

Así se mantuvo hasta que la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, ordeno equiparar los planes de salud entre los dos regímenes y los beneficiarios junto con sus cotizantes, por considerar una abrupta y perversa diferenciación en cuanto al servicio que negaba el acceso a la salud de las personas más vulnerables y en consecuencia apremiantes²⁷.

Conviene entonces indicar que el paquete de beneficios de los afiliados está constituido en un primer momento por el POS como un marco general de derechos

²⁶COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, art. 156.

²⁷Esta orden fue acatada por el poder legislativo mediante la ley 1438 de 2011 en su artículo 25, en donde plasmó la actualización del Plan de Beneficios. Manifestó que El Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios.

en donde se encuentran discriminados otros servicios de salud, focalizados en sectores particulares de la población o misionales del Estado, como lo es la atención básica en salud, direccionada de forma gratuita a fomentar el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades de transmisión sexual, la tuberculosis, la lepra y de enfermedades tropicales como la malaria²⁸, igualmente se tiene como subsegmento del POS la protección especial de origen constitucional hacia las mujeres en estado de gravidez, quienes podrán recibir atención integral antes y después del parto, sin necesidad de requisitos de cotización, y se podrán hacer los respectivos recobros por cualquier institución que le haya prestado los servicios a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA²⁹.

En todo caso el catálogo de beneficios de los usuarios abarca el conjunto de servicios médicos contingentes para las actividades que ponen en riesgo la salud de los afiliados, desde los accidentes de trabajo o domésticos hasta las enfermedades comunes o profesionales, sin dejar descubierta la atención en términos de calidad y eficiencia.

Por último se cuenta como lo establece el artículo 169 del Estatuto de la Seguridad Social, que aquellas personas que de forma individual o colectiva y voluntaria deseen adquirir servicios complementarios lo podrán hacer, por cuenta propia o por medio de su patrones, *verbi gracia*, aquellos pactos colectivos en las empresas donde el empleador adquiere un paquete especial servicios para sus empleados, el

²⁸COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, art. 165.

²⁹ Ibídem art. 222. Financiación de la subcuenta de promoción de la salud. Para la financiación de las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, el consejo nacional de seguridad social en salud definirá el porcentaje del total de los recaudos por cotización de que trata el artículo 204 que se destinará a este fin, el cual no podrá ser superior a un punto de la cotización del régimen contributivo de que trata el artículo 204 de la presente ley. Estos recursos serán complementarios de las apropiaciones que haga el Ministerio de Salud para tal efecto.

Los recursos previstos en el presente artículo se podrán destinar al pago de las actividades que realicen las entidades promotoras de salud y que el consejo nacional de seguridad social en salud considere son las que mayor impacto tienen en la prevención de enfermedades.

cual deberá ser pagado independientemente del aporte a la salud que por ley se está obligado a realizar y será administrado por las entidades que oferten dichos servicios especiales. Esos servicios se encuentran mencionados por la precitada normal en los siguientes términos:

“Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera.

169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud”³⁰

En resumen, el plan obligatorio de salud es un catálogo cerrado de beneficios a los que tienen derecho el afiliado, tanto del régimen contributivo como los del subsidiado y vale la pena aclarar que por mandato de la Ley 100 de 1993, en su artículo 162, parágrafo tercero y por las ordenes contenidas en la referida sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, dichos paquetes de beneficios se equipararon a la actualidad.

1.3.2. Trámite administrativo para el suministro y autorización de medicamentos POS y NO-POS.

Ha quedado consignado en los puntos anteriores que una de las obligaciones legales que tienen las empresas gestoras de salud, es entregar en un término corto los medicamentos y autorizar los procedimientos ordenados por el médico tratante obedeciendo a los presupuestos exigidos por la ley. Esto sin reñir con la óptima prestación del servicio.

³⁰COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, art. 169.

Dispone entonces la Resolución 1604 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social por la cual se reglamenta el artículo 131 del Decreto-Ley 019 de 2012 de la Presidencia de la República, que la entrega de medicamentos se debe hacer de la siguiente manera:

Artículo 1°. Objeto. La presente resolución tiene como objeto establecer los lineamientos que se deben tener en cuenta para dar cumplimiento al mecanismo excepcional de **entrega de medicamentos en un lapso no mayor a 48 horas en el lugar de residencia o trabajo del afiliado cuando este lo autorice, como consecuencia de la entrega incompleta de los mismos al momento de la reclamación por parte del afiliado**. Se entiende que el plazo establecido de 48 horas comprende el tiempo transcurrido después que el afiliado reclama los medicamentos. (Negrita fuera de texto original)

Ese mandato legal de entregar los medicamentos del POS es perentorio, creando sobre las empresas gestoras una obligación de resultado y de hacer, y su posterior responsabilidad objetiva en el caso de no cumplir con lo ordenado en el acto administrativo antes citado.

Partiendo de la existencia de un plazo máximo con el que cuentan las EPS para el suministro de los medicamentos, es necesario decantar el procedimiento que se debe surtir al interior de la entidad.

El procedimiento consta de dos etapas; la primera consiste en la atención inicial que realiza el médico general por consulta externa o la que realiza el médico especialista por consulta de urgencia o emergencia, que en todo caso cualquiera de las dos circunstancias genera una interacción paciente-sistema.

Allí en ese primer contacto, el médico tratante pone en práctica sus conocimientos para elaborar el diagnóstico, haciendo uso en lo necesario de los servicios de laboratorio clínico y demás, procediendo a dar las respectivas ordenes médicas para establecer el diagnóstico, y así ampliarlo para determinar el tratamiento a la enfermedad. Es aquí donde se dice que el principal ejecutor de los recursos del

sistema de la salud son los médicos tratantes, puesto que ellos, con su concepto científico hacen que se ponga en marcha todo el engranaje de la red de servicios para atender al paciente. Desde la misma prescripción médica ya hay una orden de ejecución presupuestal, a dicha ejecución presupuestal es que se crean los controles y el catálogo de medicamento y procedimientos que pueden ser suministrados por las EPS, que genera tanta ampolla en el debate de la salud en nuestro país.

Inmiscuirnos en el contenido de dicho listado, no es nuestra tarea, pues pertenece a la esfera del dominio de los galenos que de forma científica deciden qué tipo de medicamento se considera básico e indispensable en la atención de los enfermos.

Nos corresponde en este caso poner de presente el procedimiento a seguir cuando ese primer ejecutor del gasto público medica algo no previsto en el POS; he ahí el quid del asunto, pues no se puede prohibir al médico(profesional-científico) circunscribirse a un listado cerrado donde se pueda cercenar su capacidad profesional para identificar y tratar las patológicas según su criterio profesional, sino que por el contrario se le debe garantizar por medio de ello, que bien podríamos llamar en la jerga jurídica: un listado "*numerus apertus*" de tratamientos y medicamentos los cuales él pueda recetar por considerar el más efectivo para atacar la dolencia que padece el paciente, como consecuencia de esa máxima constitucional del ser humano como fin y no como el medio.

En tal caso el Consejo Nacional de Salud, ordeno como autoridad³¹ en la materia y desarrollando sus funciones para la época, dispuso por medio del Acuerdo 228 de 2002, en su artículo 8º, que las EPS podrán autorizar aquellos medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS previa aprobación de su Comité Técnico Científico³².

³¹COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, art. 155.

³² COLOMBIA. Consejo Nacional de Salud, Acuerdo 228 de 2002, art. 8º.

Dicho Comité Técnico Científico (desde ahora CTC) está reglamentado por la Resolución 548 de 2010, expedida por el Ministerio de la Protección Social, donde menciona la conformación del CTC, que estará constituido tal como lo contempla el artículo primero de la precitada resolución, por tres integrantes, donde uno será el representante de la entidad administradora de planes de beneficios, según corresponda, otro será el delegado de las Instituciones Prestadoras de Salud (en adelante IPS) y otro el representante de los usuarios. Estos colegiados deben reunir unos requisitos que sin el lleno de ellos no podrán ser elegidos para tales funciones, esas exigencias serán; i) no tener ninguna relación laboral ni contractual con cualquiera empresa o agencia de comercialización, fabricación o distribución de medicamentos y similares, ii) los delegados de las IPS y las EPS, deberá ser médico con mínimo dos años de experiencia en el ejercicio profesional, iii) y por último el representante de los usuarios no deberá tener vínculo alguno con ninguno de los actores del sistema general de seguridad social en salud, reza así el artículo 2º de la resolución.

Frente a las funciones del CTC el artículo 4º de la Resolución 548 de 2010 es muy claro en su descripción, siendo dos las tareas que debe realizar, la primera consiste en la de evaluar, aprobar o reprobar el suministro de medicamentos y/o procedimientos ordenados o prescritos por el médico tratante y la segunda, justificar técnicamente las decisiones adoptadas.

En consideración a las funciones que tiene el Comité Técnico Científico no se entiende porque tiene la denominación de científico, puesto que para su conformación sólo se exige dos médicos y un particular, los primeros con experiencia en el ejercicio profesional, pero no con especialización en alguna rama de la medicina en especial y el segundo sin necesidad de formación profesional, y son ellos los que aplican los criterios técnicos para negar o aprobar los medicamentos y tratamientos que otros galenos, éstos sí especializados, hayan prescrito para tratar a un paciente con una enfermedad determinada, con un tratamiento no contemplado dentro del POS.

Es por ello que la Corte Constitucional en Sentencia T-1063 de 2005 manifestó lo siguiente:

“...cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición - puesto que no todos sus miembros son médicos - y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) que su concepto **no es indispensable** para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) **no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.**

Sobra aclarar que **estos comités** sólo emiten **conceptos** en relación con la provisión de medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos.”³³

Es en este sentido de la Sentencia T-1063 de 2005 de la Corte Constitucional, como se debe comprender el trámite administrativo interno de la EPS cuando el médico tratante ordena un medicamento no-POS, que en todo caso nunca podrá ser una carga impuesta al afiliado y que también deberá hacerse de forma rápida y respetuosa en cuanto a no contradecir el criterio de un médico especialista, éste sí es científico en la materia.

1.3.3. Regla de excepción para no aplicar el POS.

El Plan Obligatorio de Salud hace parte del contrato de prestación de servicios de salud en donde se puede decir que es una cláusula principal de dicha convención por su contenido taxativo de productos médicos permitidos para entregar, con una relación directa con el equilibrio económico del contrato de servicios médicos, donde

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-1063 de 2005.

se ponderan los riesgos para así catalogar los medicamentos esenciales y básicos que se puedan despachar, diferenciándolos de los que sean vanales o meramente vanidosos que no deban estar incluidos y mucho menos prestados, lo que tampoco quiera significar que no se pueda entregar por parte de la EPS un medicamento excluido, como ya se mencionó esto se puede hacer y para ello existen excepciones que permiten con base en el CTC suministrar dichos tratamientos.

Las excepciones al POS generan una adición al contrato, porque aunque ya se sobre pase el valor del riesgo asegurado es posible cobrar los gastos causados por estas excepciones al FOSYGA y así compensar las finanzas de las entidades³⁴, que en ningún caso podrán alegar enriquecimiento sin justa causa a favor del Estado ni en detrimento de ellas.

Esas excepciones son de desarrollo jurisprudencial contenidas en sentencias como la SU-480 de 1997, la Sentencia SU-819 de 1999, la Sentencia T-237 de 2003 y la Sentencia T-324 de 2008, todas de la Corte Constitucional, donde se disponen las reglas jurisprudenciales para inaplicar o desatender el POS:

- “1. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
2. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
3. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

³⁴COLOMBIA. Ministerio de la Protección Social, Resolución 548 de 2010, art. 9.

4. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”³⁵

Como se observa la Corte no creó nada nuevo, sino que reunió la opinión de los colegios médicos, quienes hasta el momento no habían sido tenidos en cuenta para tomar las grandes decisiones en cuanto a lo que debería estar o no en el POS, creando reglas jurisprudenciales, que esta vez sí están acompañadas de un contenido científico, que permitan de forma responsable llegar en su debido caso a negar por parte de las de las EPS un servicio demandado por reunir los anteriores presupuestos.

1.4. Crisis del Sistema de Salud.

En la actualidad ha transcurrido más de dos décadas desde la entrada en vigencia del sistema de seguridad social en salud, se han hecho evidentes los defectos al no poderse asegurar el riesgo, como elemento sustancial del equilibrio económico propuesto en un comienzo para lograr progresivamente el cubrimiento de toda la población del territorio nacional, apelando a los aportes que hiciesen las personas en edad productiva y de la mano con la indispensable tarea de promover los buenos hábitos de vida y la prevención de la enfermedad como objetivo primordial para contener las erogaciones de los servicios de bienestar en la edad de retiro laboral, momento en donde los pacientes tienden a presentar mayores complicaciones médicas³⁶.

Cuando se hace mención al análisis del riesgo, es porque nuestro sistema tiene grandes rasgos de un contrato de seguros donde se proyectan los factores determinantes a asegurar conforme se ve expuesto el asegurado, según el Decreto – ley 1485 de 1994 en su artículo 2 literal “b”, tal y como consta:

³⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-237 de 2003 y T-324 de 2008.

³⁶ COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, art. 160.

“Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el Sistema. Se exceptúa de lo previsto en el presente literal a las entidades que por su propia naturaleza deban celebrar contratos de reaseguro”³⁷. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Nuestro sistema también supondría en un principio fortalecer ese carácter correlativo en las obligaciones del servicio, procurando el cruce de información con otras entidades y la investigación de los ingresos de los afiliados, para determinar la capacidad económica del usuario que le permitiera a la entidad administradora basar en ello el aporte que debería hacer por cada atención que demandase³⁸. Esto por ser un derecho económico que no puede ser garantizado plenamente por el Estado hasta y en tanto no se encuentre en una viabilidad financiera que pueda solventar los grandes gastos de la salud, más cuando no se invierte en la promoción y prevención como elemento necesario para mantener fiscalmente al sistema³⁹.

En consecuencia, las obligaciones que regulan esa relación de la que tanto hemos mencionado a lo largo de este texto, son innominadas, que van siendo derogadas, modificadas o agregadas conforme avanza la legislación y ante la pasividad de ésta con la jurisprudencia de las altas cortes que cada vez interpretan de forma menos restrictiva los preceptos constitucionales a favor de los usuarios del sistema de salud.

Dicho desarrollo en cuanto a las garantías que debe tener todo Colombiano cuando se vea afectado por una dolencia física o mental que requiera de atención especializada, es lo que enriquece el catálogo de derechos y deberes de los extremos contractuales.

³⁷ COLOMBIA. Presidencia de la República, Decreto-Ley 1485 de 1994, art. 2.

³⁸ COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, artículo 160, No. 4.

³⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo II, Bogotá: Temis, (2007), pág. 9.

De donde se puede concluir que las empresas promotoras de salud, tienen la obligación de prestar los servicios médicos, para-médicos y demás que cualquier profesional de la medicina en su sapiencia considere necesario para conjurar las molestias de su paciente, aun cuando esas recetas o prescripciones médicas no se encuentren expresamente determinadas dentro del POS, las EPS tendrán la obligación de otorgarlas con la misma diligencia que si lo estuviesen en el paquete de servicios.

1.5. Del contrato como tal.

Este es un contrato innominado, de prestación de servicios y de adhesión, pero con un alto contenido de intervención Estatal por ser un servicio público donde su objeto contractual es la realización de un derecho fundamental, que la Corte Constitucional lo ha interpretado con base en los principios rectores de la Constitución para elevarlo a derecho de protección inmediata.

Dicho contrato está basado en el aseguramiento de un riesgo latente, la salud humana, que es susceptible de ser evaluada en cuanto a sus potenciales debilidades por la ciencia médica, y en base a esa tasación de la vulnerabilidad se establece un catálogo de derechos y una cuota de compensación dependiendo de la capacidad económica que tenga el afiliado para acceder a los servicios de salud, que en todo caso serán los básicos e indispensables por enfermedades de riesgo común o profesional, pero nunca los procedimientos suntuosos, estéticos o que no constituyan un real y efectivo peligro para la integridad del paciente.

En la legislación nacional y siendo que es un fin del Estado, el no dejar a colombiano alguno sin estar cobijado por los servicios mínimos de salud se encuentra constituido dos sistemas de afiliación: el subsidiado y el contributivo, el primero para aquellas personas que por circunstancias de pobreza o desempleo no puedan realizar los aportes, quedando vinculados en el régimen subsidiado y el segundo

que pertenece a la población activa laboralmente o con capacidad económica para sufragar los costos de la afiliación y así pertenecer al régimen contributivo.

Se puede decir en este momento que el contrato del que se ha hablado cuenta con unas obligaciones difuminadas por toda la legislación y pronunciamientos judiciales que se ha querido decantar en nuestro estudio de monografía, que vienen siendo en términos generales y relevantes, las siguientes:

- El derecho de todo ciudadano a ser afiliado al sistema de salud, ya sea subsidiado o contributivo.
- El derecho a que se le suministre de forma inmediata los medicamentos prescritos por su médico tratante.
- El derecho a que si resulta imposible recibir los medicamentos en la inmediatez del servicio se le entreguen en no más de 48 horas, igualmente para los NO-POS.
- A recibir una justificación soportada cuando se le niegue un servicio.
- A tener a su disposición una red de servicios proporcionada por la EPS.
- A que se le atienda sin requisito alguno en cualquier IPS cuando sufra una urgencia.
- A que se le dé un trato digno y respetuoso.
- Que sus peticiones sean resueltas con prontitud.
- Y que se le suministre la carta de derechos y deberes, y la carta de desempeño de la EPS a la que este afiliado.

De las anteriores obligaciones a grandes rasgos se desprende el contrato de prestación de servicios, documento de carácter civil, que da nacimiento un vínculo indisoluble ente la EPS y el paciente, por contener una relación recíproca, prestacional y de aseguramiento para la prestación de los servicios de salud, que en el evento que alguna de las partes incumpla con dichos parámetros acarreará una responsabilidad por incumplimiento contractual, sin perjuicio que se puedan

ejercer por lo menos contra la entidad gestora por ser la parte dominante en la relación jurídica otras acciones, ya sea de carácter administrativo, disciplinario o penal.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. Nociones generales.

La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica por haber causado un daño a otra persona, sin distinción entre el dolo y la culpa del actor, generando consigo la obligación de dejar indemne a quien lo sufre, o en otras palabras, volver las cosas al estado anterior del hecho dañino.

Así mismo, se le puede endilgar responsabilidad civil, penal o administrativa, sin presentarse entre ellas el fenómeno de la prejudicialidad, puesto que cada una busca un fin distinto.

Dicha distinción entre los tipos de responsabilidad, para nuestro caso en estudio, se identifica en la búsqueda de la protección del patrimonio privado, en donde sólo hasta cuando la persona afectada quiera hacer efectivo su derecho a reclamar la indemnización se podrá hablar de ella, resultando así la responsabilidad civil en algo de la esfera íntima de quien sufre el desmedro en sus activos.

Cosa diferente con la responsabilidad penal y administrativa, puesto que allí el dominio de la acción la tiene el Estado quien actúa en determinados casos de forma oficiosa, en una celosa y privada actuación justiciera, precaviendo y protegiendo los derechos de una colectividad, que se representa y erige por medio del Estado como el principal doliente de la comunidad. Se puede afirmar que la responsabilidad penal, administrativa y civil, pueden concurrir en un mismo hecho dañino o victimizante pero ambas se distancian en la medida que las primeras buscan ejercer

la sanción punitiva y la segunda única y exclusivamente restablecer de forma económica a la víctima por el menoscabo de sus bienes⁴⁰.

La evolución constante del derecho de daños, nos lleva a la actualidad a decantar los elementos necesarios para hablar de la existencia de esa mencionada obligación de reparar. Los elementos que la doctrina ha propuesto y que la jurisprudencia ha ratificado son la prueba de la existencia del daño como elemento indispensable para hablar de responsabilidad, pero no único o exclusivo, puesto que aunado a él se deberá también probar el nexo de causalidad, como el hilo que une al sujeto activo con el sujeto pasivo como determinante en el hecho dañino, que viene siendo el tercer componente de esa trilogía conceptual.

2.2. Elementos estructurales de la responsabilidad.

Como se enuncio con antelación la responsabilidad como institución jurídica, obedece al cumplimiento de unos requisitos exigibles para declarar la existencia de la misma. Se procede en este capítulo a recordar de forma breve y practica lo que la doctrina ha definido para cada uno de ellos.

2.2.1. El daño.

El daño es el primer y más importante elemento de la mencionada estructura, y lo define el profesor Javier Tamayo Jaramillo en su obra *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, así: *“Por daño civilmente indemnizable entendemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”*⁴¹. El daño trae otros elementos que se deben acreditar para constituir el deber de indemnizar o por lo menos para dar por hecho

⁴⁰ TAMAYO LOMBANA, Alberto, Op. Cit. pág. 74.

⁴¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, Bogotá: Editorial Legis, tomo II, 2007, pág. 326.

la existencia de este, pues bien se menciona que *“sin responsabilidad no hay daño”*⁴².

Entonces, para poder hablar de una pérdida en el patrimonio de la persona aparte de los demás elementos, debe probarse que el daño es personal, cierto y directo, concepto que desarrolla de forma fenomenal el profesor Juan Carlos Henao, en su libro *“El daño”*, texto de obligada lectura para todo aquel amante del derecho que quiera adentrarse en el estudio del derecho de daños.

2.2.1.1. El carácter personal del daño.

Dice el profesor Juan Carlos Henao en el libro referido, quien a su vez cita al profesor Tamayo Jaramillo, donde se dice que el perjuicio es personal cuando sea sufrido por la persona que solicita la reparación⁴³.

Esta definición aparentemente simple trae consigo un conflicto sobre quién debe o tiene derecho a demandar, discusión llevada al plano procesal para ver cómo se puede legitimar en la causa, por activa quien quiera recibir una indemnización de los perjuicios que crea le han causado. La jurisprudencia ha zanjado esta dicotomía diciendo que *“puede solicitarse indemnización por el hecho de la muerte o la invalidez de un tercero, cuando el demandante pruebe que el deceso o la invalidez le causa un perjuicio personal, sin importar los nexos de parentesco con la víctima”*⁴⁴

Más adelante en la misma sentencia se hace mención que *“las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas”*⁴⁵

⁴² HENAO, Juan Carlos. Op. Cit., pág. 74.

⁴³ ibídem, pág. 88.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia col., Cas., S.C.C., 24 de junio de 1942, M.P.: Dr. L. Escallón. Citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, en su libro Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, Ed. Legis, tomo II, 2007, pág. 497.

⁴⁵ Ibídem.

Se observa que el daño es personal cuando quien demanda reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener la indemnización del demandante es ilegal.⁴⁶

En otras palabras sus herederos o dependientes económicamente pueden pedir una indemnización por la pérdida de esa ayuda que recibían de quien ha soportado el daño de forma directa, pues así lo dispone el artículo 2342 del código civil, cuando se hace mención a que no sólo el dueño de la cosa, sino que también podrán pedir el poseedor, el heredero de estos, el usufructuario, el usuario y el habitador, siempre que hayan recibido perjuicios en sus derechos⁴⁷.

2.2.1.2 La certeza del daño.

Por obvias razones la certeza del daño es fundamental para predicar su existencia, puesto que ante la duda en la existencia del daño, no habrá sanción, y sin imputación no hay responsabilidad. Existe entonces el debate sobre que es la certeza en el tiempo, pues no sólo se debe responder por los daños causados en el momento mismo del siniestro, sino que todos aquellos perjuicios que de él se desprendan y se puedan proyectar en el tiempo, que para tal caso se denominará perjuicio futuro, cosa distinta al perjuicio eventual. El perjuicio eventual es una ambigüedad que no guarda relación directa con el primigenio acto ilegal, generador de la responsabilidad, razón por la cual no puede ser cuantificado, o al menos referido, cosa distinta que sí lo es el futuro, ya que allí se parte del hecho ya consolidado para llegar a una estimación razonada y con base en los factores salariales, funcionales y de pérdida de goce y capacidad laboral, para ampliar la órbita a indemnizar previendo desde un primer momento los inconvenientes en el futuro.

⁴⁶ HENAO, Juan Carlos. Op. Cit., pág. 104.

⁴⁷ Código Civil, art. 2342.

Se trata de que no exista certeza sobre la producción del daño en el futuro, razón por la cual se calificará de eventual al no poderse aseverar una aminoración patrimonial. Es dable afirmar que el perjuicio es cierto cuando la situación sobre la cual el Juez va a pronunciarse le permite inferir que se produjo y que se extenderá hacia el futuro, y que es eventual cuando la situación que refleja “el perjuicio” no existe ni se presentará luego⁴⁸.

2.2.1.3 El daño debe ser directo.

En cuanto al requisito de que el daño sea directo, hace referencia a la relación de causalidad que debe existir entre la supuesta acción ilícita matriz del daño, y el daño en sí mismo. En otras palabras, el carácter directo del daño supone el nexo de causalidad que ha de existir entre el daño definido como alteración material exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre el patrimonio. No se trata entonces de entender que el perjuicio debe guardar una relación de causalidad con el comportamiento del aparente responsable, que es un problema de imputación, sino de establecer que el perjuicio, entendido como la secuela del daño, sólo se repara si proviene de éste⁴⁹.

El profesor Alberto Tamayo Lombana hace referencia al concepto expresando qué *“...al afirmar que el perjuicio debe ser directo, se significa que él debe presentarse como una consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación (C.C., art. 1616). La obligación quebrantada puede haber sido obligación contractual, o bien, una obligación extracontractual (violación de una norma de comportamiento)...”*⁵⁰.

⁴⁸ Ibídem, pág. 139.

⁴⁹HENAO, Juan Carlos. Op. Cit., pág. 87.

⁵⁰ GIL. Botero. Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. 6 ed. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2013, pág. 67.

2.2.2. El nexos causal

La causalidad es entonces el conducto que une al supuesto responsable con el daño, al imputársele la acción dolosa o culposa que desencadena el hecho que a su vez genera el daño, es indispensable establecer dicha relación para predicar la responsabilidad, hemos mencionado que el elemento que genera más debate y al que se le presta más atención es al estudio del daño, como elemento principal y no único en la conformación tripartita de la responsabilidad.

Hay algo elemental y obvio, para poder condenar a una persona a reparar el perjuicio que reclama un demandante, deberá demostrar la existencia de un vínculo causal entre el perjuicio y el hecho o culpa del demandado. Deberá aparecer en forma clara que el hecho generador de responsabilidad (culpa o actividad del demandado), es la causa y que el daño sufrido por la víctima es el efecto. Se tendrá así el vínculo de causa a efecto o relación de causalidad”⁵¹.

2.2.3. El hecho dañino.

El evento generador del daño es la ocurrencia en tiempo y espacio de una acción voluntaria o involuntaria imputable a un sujeto de derechos, quien tendrá el deber de responder por la reparación plena de esa lesión.

Si bien no reviste la misma importancia que el daño en sí mismo, es necesario que se pruebe la ocurrencia del hecho y que éste se le haga el juicio de causalidad y culpabilidad para continuar con la estructuración de la responsabilidad.

Valga la pena advertir en este espacio que existe diferencia a la hora de realizar la imputación entre la causalidad y culpabilidad, pues por más que se esté en un régimen objetivo, siempre se deberá probar la causalidad, pues ella no se presume, cosa contraria para la culpa. El Consejo de Estado en sentencia del 2 de Mayo de 2002 expreso lo siguiente sobre el particular:

⁵¹ *Ibidem* pág. 91

“El accionante también debe demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta del riesgo imputada al Estado mediante prueba directa e indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza al hecho indicado”⁵²

Como se observa en la referida sentencia existe una clara división entre culpa y causa, que como se debe observar la ocurrencia del hecho determinante al momento de realizar la imputación para luego hacer el juicio de fundamentalidad terminando así por demostrar plenamente la responsabilidad.

3. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.

Distingue la legislación Colombiana, entre dos tipos de responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual, la primera hace referencia a aquel incumplimiento de un contrato previamente constituido por las partes y con vigencia jurídica que al ser incumplido tanto parcialmente como en su totalidad genera para el deudor o inejecutor el deber de resarcir o un derecho de indemnización para el acreedor o el ejecutor. La importancia que reviste para las relaciones contractuales lo pregonado en el artículo 1602 del Código Civil, donde se establece como una norma inquebrantable y un principio ineludible, la premisa de que el contrato es ley para las partes, máxima que como se ha mencionado une de principio a fin a los sujetos contractuales que allí se obligan.

Sumando a esa máxima del *pacta sunt servanda* tenemos en el siguiente artículo el 1603 del código civil, la buena fe, otro elemento indispensable en la convención,

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002.

que no es otra cosa que la lealtad de las partes para llevar a cabo el objeto que motivo la celebración del contrato, actuando cada uno dentro de las obligaciones que les correspondieron y que libremente pactaron, sin traer consigo la más leve voluntad o intención de aventajar o sacar partida a cuenta del otro de forma desleal⁵³.

Con la buena fe y la obligación de cumplir el contrato, cada cláusula quebrantada genera de inmediato el deber de indemnizar a la parte lesionada, como quiera que los actos de inejecución, tardanza, parcialidad y/o error en el suministro atentan contra la integridad del mismo, generando a la luz del artículo 1604 del Código Civil, la responsabilidad de quien no cumpla con lo pactado.

Ahora, frente a la responsabilidad extracontractual, de la cual no se hará excesiva extensión, puesto que se ha procurado condensar lo más que se ha podido para hacer de este texto algo parecido a una guía práctica. La responsabilidad extracontractual no requiere de la existencia de un contrato, sino de la generación de un daño generado a partir de un hecho ilícito sin relación alguna de forma antecedida entre los dos sujetos procesales, que se genera por la violación de esa regla social de *no perjudicar al otro*, desprendida del artículo 2341 del Código Civil que se afianza en un contrato. Valga la pena traer el mencionado artículo en contexto:

Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido⁵⁴.

Clara es la diferencia entre ambos tipos de responsabilidades, que cuando se quiere demandar a una persona, por ejemplo por no cumplir con la promesa de enajenar un inmueble, habiendo existido un impedimento para el logro del perfeccionamiento del contrato objeto de la promesa, se estaría frente a la responsabilidad extracontractual, toda vez que para que exista la primera (contractual) como ya se

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994

⁵⁴ COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 57 de 1887, Código Civil, art. 2341.

manifestó se requiere que el contrato haya nacido a la vida jurídica y que toda inobservancia a los actos previos o precontractuales se estudie bajo la óptica del artículo 2341 del Código Civil.

4. Conclusión.

Se ha querido realizar en la primera parte de este trabajo de monografía, la decantación de las características o cláusulas que pueda tener el contrato de prestación de servicios de salud, contrato que cuenta con una naturaleza de aseguramiento del riesgo previsible que en todo caso se estará frente a una responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de las Empresas Promotoras de Salud o de los Usuarios, toda vez que ya existe un acuerdo de voluntades, una forma, un objeto y causa lícita, que dan nacimiento a la relación jurídica⁵⁵.

Cada contrato trae en sí mismo su propio régimen de sanciones por incumplimiento, dichas sanciones son diversas y con claras repercusiones económicas, para el caso de los contratos de prestación de servicios de salud, esas sanciones y el margen de acción que puede existir entre los particulares esta demarcado por el Estado, quien se ha auto determinado el principal prestador del servicio público de salud y vigilante de los entes privados que lo prestan⁵⁶. En este contrato el marco general que han establecido el Estado es el Plan Obligatorio de Salud, que como su nombre lo indica es una imposición legal a las EPS para que mínimamente ofrezcan esos servicios a sus afiliados, sin perjuicio de otras disposiciones que por ejemplo emanan de los Jueces de la república que en sus sentencias de tutela hayan ordenado el suministro de un medicamento o tratamiento médico, para-médico, clínico o para-clínico que requiera el paciente, que en tal caso será una adición tácita que se le hace al contrato y que la promotora de salud está obligada a prestar con la misma exigencias de calidad como si dichas prescripciones estuvieran en el POS.

⁵⁵ OSPINA Fernández, Guillermo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima edición. Bogotá, Editorial Temis S.A., (2009), pág. 9.

⁵⁶ COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 100 de 1993, art. 154.

Así las cosas, las EPS responderán de forma contractual con el afiliado y extracontractualmente con los dependientes de éste, que prueben dentro del proceso judicial haber padecido un dolor intenso o haberse visto disminuido su patrimonio con la lesión soportada por el paciente, que siempre podrá demandar a la EPS por la demora en la prestación de los servicios, la negación de ellos sin agotarse el trámite administrativo previsto para los medicamentos NO-POS y en general por todas las molestias que devenga de la indebida ejecución del contrato de prestación de servicios de salud.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). 1976.

HENAO, Juan Carlos. El daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 224 p.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2009. 607 p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo II, Bogotá: Temis, 2007. 732 p.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. 324 p.

TEXTOS JURÍDICOS

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 100 de 1993.

COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1438 de 2011.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 57 de 1887, por la cual se expide el Código Civil.

COLOMBIA. Consejo Nacional de Salud, Acuerdo 228 de 2002.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, 1991.

COLOMBIA. Ministerio de la Protección Social, Resolución 548 de 2010.

COLOMBIA. Presidencia de la República, Decreto 1485 de 1994.

SENTENCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, Sentencia C-471 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia SU-819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-655 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-042 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-237 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-1041 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-1063 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, Exp. 13477.
C.P. María Helena Giraldo Gómez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de junio de 1942. M.P. Liborio Escallón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2011. M.P. Ruth María Días Rueda.