

**PRESENTACION DEL MODELO DE DEFENSA PREJUDICIAL ESTATAL
FRENTE A FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO**



LUIS HERNANDO SANDOVAL PINZON

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ, D.C.

2015

**PRESENTACION DEL MODELO DE DEFENSA PREJUDICIAL ESTATAL
FRENTE A FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO**

LUIS HERNANDO SANDOVAL PINZON

Dr. Fernando Guzmán Mora

Director

Tesis presentada para optar al título de magíster en Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ, D.C.

2015

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO 1.	15
1. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA TEORIA DEL DAÑO	15
1.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	15
1.1.1. Del concepto propiamente de responsabilidad y daño	20
1.2. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	24
1.2.1. Responsabilidad contractual y extracontractual	25
CAPITULO 2.	30
2. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA DEFENSA PREJUDICIAL FRENTE A LAS FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO	30
2.1. LAS FALLAS EN EL SERVICIO MÉDICO	30
2.2. VERIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA POR FALLA DEL SERVICIO	34
2.2.1. El daño en la prestación del servicio médico	38

2.2.2.	La falla del servicio como título de imputación subjetiva y su diferencia con los títulos objetivos.	41
2.3.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DEBER DE SEGURIDAD EN EL SERVICIO MÉDICO	46
CAPITULO 3.		49
3.	ASPECTOS PROCESALES DE LA DEFENSA PREJUDICIAL FRENTE A FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.	50
3.1.	ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN	50
3.1.1.	Oportunidad, trámite e intervinientes de la conciliación extrajudicial	53
3.1.2.	El acuerdo conciliatorio.	58
3.2.	LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA ACTIVA Y PASIVA, LITISCONSORCIO Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.	59
3.3.	COSA JUZGADA Y PLEITO PENDIENTE.	63
3.4.	CARGA DE LA PRUEBA EN EL EXTREMO CONVOCANTE	65
CAPITULO 4.		67
4.	HACIA UNA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE PROCESOS Y CONDENAS JUDICIALES POR FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.	68
4.1.	LA PRAXIS MÉDICA IDEAL	69
4.2.	LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL MÁS ALLÁ DE UN SIMPLE TRÁMITE DE PROCEDIBILIDAD, UNA IMPORTANTE OPORTUNIDAD PARA	

PRECAVER LITIGIOS Y PARA MONTAR UNA ESTRATEGIA DE DEFENSA JUDICIAL FUTURA.	74
4.2.1. Propuesta de implementación de una relatoría con líneas jurisprudenciales y banco de casos que sirvan de precedente.	76
4.2.2. Propuesta de implementación de un formato unificado para atención de solicitudes de conciliación prejudicial.	77
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFIA	83

RESUMEN

De conformidad con los lineamientos señalados en el artículo 90 de la Carta Política, al Estado le asiste la responsabilidad de asumir los costos que se generen por los daños antijurídicos causados por sus agentes, en consecuencia, se han establecido en el ordenamiento jurídico las acciones contencioso administrativas como los mecanismos idóneos para que las personas puedan acudir ante las autoridades a fin de solicitar el restablecimiento de sus derechos o en su defecto el resarcimiento económico de los perjuicios causados; no obstante a lo anterior, existen otros mecanismos como la Conciliación Extrajudicial, la cual es una herramienta útil que permite a las partes involucradas en el conflicto realizar un proceso de negociación y obtener un acuerdo.

En consecuencia, resulta indispensable diseñar un modelo de defensa prejudicial estatal frente a fallas en la prestación del servicio médico, dado el elevado número de solicitudes de conciliación promovidas contra entidades estatales encargadas de la prestación de este servicio, en el cual se realice un análisis sustancial y procesal que permita identificar la existencia de los elementos que configuran el daño antijurídico y por consiguiente la responsabilidad del estado, para luego hacer una propuesta seria que logre la solución del conflicto, permitiendo direccionar en la misma forma los criterios a tener en cuenta por los profesionales del derecho que defienden los intereses de la nación, evitando así el traslado de las pretensiones a los despachos judiciales, donde después de agotar una serie de etapas y términos supremamente largos, terminan condenando a la Nación en sumas exorbitantes que afectan el erario público.

Palabras clave: Daño antijurídico, mecanismos, defensa, conciliación Extra judicial, Prejudicial y Conflictos

ABSTRACT

In accordance with the guidelines set forth in Article 90 of the Constitution, the State holds the responsibility to bear the costs generated by the unlawful damage caused by its agents as a result, have been established in the law the contentious actions administrative and suitable mechanisms for people to go to the authorities to request the restoration of their rights or failing economic compensation for the damage caused ; Notwithstanding the above, there are other mechanisms such as conciliation Extrajudicial , which is a useful tool that allows parties involved in the conflict through a process of negotiation and reach an agreement.

Consequently, it is essential to design a model of state preliminary defense against failures in the provision of medical services, given the high number of requests for conciliation brought against state entities responsible for providing this service, in which a substantial analysis is performed and procedure to identify the existence of the elements that make up the unlawful damage and therefore the responsibility of the state, and then make a serious proposal that achieves the settlement, allowing directing in the same way the criteria to be considered by the lawyers who defend the interests of the nation, thus preventing the transfer of the claims to the judicial

offices where exhausted after a series of stages and terms supremely long, ending condemning the Nation exorbitant amounts even affecting the treasury public.

KEY WORDS: Unlawful damage, mechanisms defense, reconciliation extrajudicial, preliminary y conflicts

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el país se estructuró jurídicamente desde la expedición de la Constitución Política de 1886, la cual incluyó en su artículo 16 la obligación que le asiste a las autoridades administrativas de resarcir los daños ocasionados por sus agentes, durante la realización de las actividades o servicios radicados en ella, por cuanto preceptuó *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”* (Constitución Política de Colombia de 1886, 1990).

Dicha responsabilidad, fue retomada nuevamente en los preceptos del artículo 90 de la Carta Política de 1991, donde de manera un poco más específica se manifestó:

(...) El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (...).

Aunado a lo anterior, se ha generado por parte del Órgano Legislativo un cúmulo de normas en las que se establecen las acciones que resultan procedentes ante cada una de las posibles falencias que se puedan materializar por parte de la Administración Pública durante la ejecución de las tareas asignadas a ella, así como la creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a quien le fue encargada la misión de dirimir los conflictos que en relación con la materia se presenten. Es así como se formaron en el ámbito normativo los mecanismos necesarios para que todos los ciudadanos que consideraran haber sufrido un daño antijurídico

por la acción u omisión de los agentes del Estado pudieran acudir ante esas autoridades a fin de lograr a través de las diferentes acciones, la reparación de los mismos.

No obstante a lo anterior y debido al cúmulo de procesos que se presentaron al respecto y que conllevó al congestionamiento de los despachos judiciales en referencia, se vio la necesidad de crear de forma complementaria otros mecanismos o procedimientos, con los que además de buscar la disminución en el número de procesos y aminorar los tiempos en los que se debía proferir una decisión, permitían a la entidad estatal demandada reconocer sus propios errores y mediante proceso de negociación directa, llegar a un acuerdo con el afectado, especialmente en lo atinente al monto que se debía cancelar por los daños antijurídicos causados.

Lo anterior resultó de gran beneficio para las partes que conformaban la controversia litigiosa, en razón a que permitió que las controversias esgrimidas se lograran solucionar en términos inferiores, comparado con los que generalmente se demoraba el aparato judicial, el cual tenía la obligación de agotar cada una de las etapas señaladas en el ordenamiento jurídico antes de proferir la decisión de fondo; de igual forma, al ventilarse las pretensiones en un proceso de negociación, los montos a cancelar podrían ser inferiores a los solicitados por los accionantes, lo cual si bien es cierto no parece favorable para quienes impetran las demandas, a la postre resulta ser de mayor conveniencia debido a que se recibe con prontitud la reparación o indemnización y de esta forma podrán solucionar los inconvenientes que se hayan causado evitando padecimientos o sufrimientos innecesarios.

Es así como se creó y adaptó la “*conciliación*” a los procesos que transitaban ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con lo cual no solo se logró la disminución del

número de acciones presentadas ante esas autoridades judiciales, sino que además permitió solucionar de forma expedita una serie de inconvenientes en los que se podían vislumbrar desde sus inicios, los requisitos establecidos en el orden jurídico como constitutivos del daño antijurídico materializado por los servidores públicos, así como la relación de causalidad que vinculaba al Estado como responsable de su indemnización, permitiendo de esta forma la materialización de una ágil, recta y cumplida Administración de Justicia a los ciudadanos colombianos.

Por consiguiente, se vio la necesidad de establecer a la conciliación dentro del marco jurídico como uno de los requisitos de procedibilidad para las acciones contencioso administrativas, lo que implicaba de plano la obligación de agotarla antes de la presentación de la demanda ante dichas autoridades, conllevando a las partes a tener un acercamiento en el que podrían tratar de solucionar sus conflictos de manera negociada, incluso, los avances respecto al tema fueron un poco más allá, por cuanto se estableció en el ordenamiento normativo que éste mecanismo podía ejercerse con posterioridad a la aceptación de la demanda y aún después de proferido el fallo de primera instancia donde ya se ha emitido una primera decisión por parte de la autoridad judicial.

En consecuencia y acorde con las anteriores disertaciones, el sistema de salud colombiano constituye uno de los sectores que a diario debe enfrentar toda clase de demandas, con ocasión de los daños y perjuicios causados por los operadores del servicio o por los profesionales de la salud, aspecto que requiere con urgencia generar soluciones prontas y efectivas, en especial, las orientadas a las demandas judiciales que tienen que enfrentar los prestadores de servicio, en donde, no existe un modelo que permita establecer

unos lineamientos a seguir.

Aspectos que llevan a plantear la siguiente pregunta de investigación: *¿Cuáles son los factores que determinan al Comité de Defensa Judicial de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sector Público para recomendar a su representante la improcedencia en la Conciliación prejudicial en los casos de falla médica del servicio?*

Planteamiento que se responde teniendo en cuenta que la responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesión, configura un sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona. “La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 2011).

En este orden de ideas, el estudio se desarrolla a partir del siguiente objetivo general: *establecer los factores que determinan al Comité de Defensa Judicial de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sector Público para recomendar a su representante la improcedencia en la Conciliación prejudicial en los casos de falla médica del servicio.* Objetivo que se desarrolla teniendo en cuenta los siguientes objetivos específicos: *Estudiar los aspectos relacionados con el daño y perjuicios en la responsabilidad civil contractual y extracontractual; identificar los elementos de la Responsabilidad Estatal Extracontractual en los casos de falla médica del servicio; abordar los aspectos procesales de la defensa prejudicial frente a la falla en la prestación del servicio médico; y proponer una estrategia de defensa prejudicial técnica integral futura, consistente en la presentación de un formato*

que consolide la documentación técnico – científica pertinente en los casos de falla médica del servicio en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas que oriente, armonice y soporte la toma de decisiones desde las competencias del Comité de Defensa Judicial.

Al respecto es importante señalar que la responsabilidad civil vinculada al ejercicio de la medicina constituye una realidad en materia de consecuencias jurídicas. Es así, como el cúmulo de demandas, por eventos adversos – fallas en el servicio, infraestructura, insumos, entre otros – llevan a los pacientes a interponer los medios de control contemplados en las normatividad administrativa vigente en pro de obtener algún tipo de reparación por los daños ocasionados.

En este contexto, en la responsabilidad médica, la obligación de seguridad que se enmarca desde la concepción misma del contrato entre la Entidad médica y el contratista, en donde, la entidad hospitalaria tiene la obligación de garantizar un mínimo de condiciones para evitar daños a los pacientes, debe contar con las herramientas judiciales necesarias para atender aquellos eventos en los que se presenten daños o perjuicios por fallas en el servicio, las cuales deben obedecer a los compromisos adquiridos por las Instituciones Prestadoras de Salud.

Así, se pretende a través del presente estudio proponer el diseño de un modelo de defensa prejudicial que resulte aplicable por todos los funcionarios que laboran en el Grupo de Defensa Judicial de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud pertenecientes al sector público, en el que previa a la presentación del caso ante el comité de Conciliaciones para su análisis, se realice un estudio pormenorizado de la actuación médica, teniendo en

cuenta la evidencia física y demás elementos materiales probatorios que permitan estructurar el daño antijurídico y la responsabilidad que pueda endilgársele al Estado. De esta forma se presenta una propuesta de conciliación conforme a los parámetros permitidos y al daño ocasionado, con lo cual, no solo se evitará un desgaste innecesario del aparato judicial, sino que además se subsane eficientemente el daño causado y se protegerá de paso el erario público, en razón a que la suma a cancelar deberá encontrarse dentro de los parámetros que las normas jurídicas lo permiten, sin intereses o indexaciones adicionales, incluso sin que se presenten condenas en costas o agencias en derecho.

Trabajo que se aborda a partir de un enfoque metodológico cualitativo. En donde, a partir de la observación analítica, la jurisprudencia y la doctrina consultada es posible determinar la dinámica del proceso. Este tipo de investigación permite establecer prioridades y/o nuevas ideas para investigaciones posteriores, teniendo en cuenta la carencia de documentación sobre el tema.

Además, se contará con una técnica documental la cual permite una aproximación a los aspectos teóricos en relación al tema objeto de estudio. “Esta técnica está basada en la lectura, análisis y depuración del material impreso, que sirve al marco teórico del estudio” (Hernández, 2010, pág. 110), técnica que permite dar cuenta de un aspecto de la realidad, explicando su significado dentro de una teoría de referencia, a la luz de leyes o generalizaciones que evidencian hechos o fenómenos que se producen en determinadas condiciones.

Teniendo claridad en el diseño metodológico, la investigación se desarrolla en cuatro capítulos, el primero de ellos lo concerniente a la responsabilidad civil contractual y

extracontractual haciendo un breve recorrido sobre el derecho de daños o perjuicios y su clasificación aunado a la responsabilidad médica; el segundo lo atinente a los aspectos sustanciales por falla de la defensa prejudicial frente a las fallas en la prestación del servicio médico, el tercero los aspectos procesales de la defensa prejudicial frente a las fallas en la prestación del servicio médico y el cuarto lo concerniente a una política de prevención de procesos y condenas judiciales por fallas en la prestación del servicio médico. Finalmente, las debidas conclusiones.

CAPITULO 1.

1. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA TEORIA DEL DAÑO

1.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La obligación de responder por algo se origina en la violación de una norma u obligación frente a los demás asociados, poniendo en vilo la armonía, la tranquilidad y la paz de un individuo o un grupo de personas. Por consiguiente, se acarrearán una serie de consecuencias que se traducen en las medidas que imponga la autoridad al infractor, previamente establecidas por ley, con miras a velar por la observancia del precepto.

Por su parte, “La necesidad de conservar el equilibrio estable de los derechos y de los intereses de las personas en su vida en comunidad, ha sido considerada como la finalidad propia de la responsabilidad civil” (Santos, 2008, pág. 23).

En palabras de Tamayo (2007) la responsabilidad civil se considera como:

(...) la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita, debe indemnizar los daños producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia (...) (Tamayo, 2007, pág. 8).

Históricamente, la idea primitiva de lo que se puede llamar responsabilidad se encuentra en la Ley Aquilia, ley propia del Derecho Romano, que recoge distintas formulaciones dañosas basadas en los postulados del *corpore corpori datum*, estableciendo al daño como el deterioro de esclavos o animales, o la destrucción de cualquier cosa material,

realizado por la intervención de un cuerpo sobre otro cuerpo. Entonces, se hacía “necesaria la ausencia de derecho en el ofensor, prescindiendo de todas formas de cualquier consideración acerca de la intención de causación del mismo” (Tamayo, 2007, pág. 23).

Es más adelante, en la época del derecho justiniano, donde se altera el presupuesto objetivo, propio de la Ley Aquilea, para tener en cuenta la existencia de la culpa, elemento evidentemente subjetivo. Se parte del ejercicio ilegítimo de un derecho como soporte para que operen las sanciones previstas en la Ley Aquilea, que carecía de una formulación general o principio reparatorio. Sin embargo, “cabe decir que aun cuando el derecho justiniano recibió el concepto de la culpa como parte integrante de la idea más general de imputabilidad moral, esa noción no llegó a tener en Roma la importancia que reviste en el derecho moderno” (Peirano, 1979, pág. 112).

Tal modificación en la aplicación e interpretación de la Ley Aquilea en relación con el tránsito de la responsabilidad objetiva a la subjetiva, tiene su verdadera aparición desde el concepto de culpa que surge en el derecho clásico, de la mano con la noción del uso abusivo del derecho. En efecto, en la disposición de la Ley Aquilea que se basaba en el uso legítimo del propio derecho, se exoneraba de responsabilidad al que mató o al que hirió en defensa propia, con la condición de que el autor del daño no se hubiese excedido en el uso de su derecho.

A partir de este hecho, “la idea de sanción separada de la reparación, separación que se debe al derecho común, sigue la idea justiniana acerca de la necesidad de la culpa como fundamento de la reparación, con énfasis en el carácter restitutorio de la responsabilidad civil” (Santos, 2008, pág. 24).

Con posterioridad al desarrollo conceptual de la responsabilidad civil dentro de la Ley Aquilea y el derecho justiniano, la legislación española presenta los conceptos de culpa y dolo contenidos en el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Siete Partidas, publicadas sucesivamente durante los siglos XIII y XIV. En consecuencia, conceptos jurídicos de la actualidad se desarrollaron en gran parte en esta época del derecho español, tales como *animus nocendi*, delito culposo o de imprudencia, delito casual, delito doloso o voluntario, entre otros. “Encontrándose finalmente en estas fuentes una clara distinción entre los delitos intencional, de imprudencia y ocasional.” (Arango, 1974, pág. 26).

Por otro lado, la interpretación de la Ley Aquilea durante la Edad Media introdujo la teoría tripartita de la culpa, la cual se encargó de dividir el concepto en:

(...) culpa grave, leve y levísima. Los juristas de las escuelas llamadas de los glosadores y posglosadores al desentrañar el sentido de la “culpa aquiliana extracontractual” en la sentencia que dice “In lege Aquilia et Levissima Culpa Venit” creyeron encontrar la culpa lata, culpa leve y una tercera culpa, la levísima, “confundiendo las bases de la culpa que es gradual con los de la culpa Aquiliana, que es única y que va desde lo más inocente hasta lo más grave, sin escalas propiamente determinadas (...)” (Argüello, 1998, pág. 93).

La teoría de los juristas medioevales consistía en que:

(...) para determinar el grado de responsabilidad que correspondía al deudor, se anexaba a estas culpas el principio de mayor interés en el negocio, de la siguiente manera: si el contrato iba en interés del acreedor, respondía de culpa lata; si de ambos al mismo tiempo de lata y de la leve; y si en beneficio exclusivo del deudor de la leve y la levísima (...) (Argüello, 1998, pág. 95).

Dentro de las legislaciones modernas, incluyendo la colombiana, la teoría tripartita de la culpa fue de gran acogida, de hecho, en la actualidad ésta se encuentra vigente, en el artículo 63 del Código Civil Colombiano (2015), en el cual se establece:

(...) Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (...).

Es a partir de la culpa que se da la responsabilidad en materia civil, como: “un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo – un reproche jurídico – sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado” (López, 2004, pág. 5). “Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad; consecuencia que conlleva, como principio, la obligación de reparar el daño” (López, 2004, pág. 20).

Con base en las consideraciones anteriores se puede decir que la responsabilidad civil es el resultado de la acción por la cual el hombre realiza un comportamiento de manera contraria al buen funcionamiento de la sociedad y las disposiciones que la regulan tienen sentido, en tanto están “destinadas a reglamentar la vida social considerada en su totalidad como parte esencial de la Organización Jurídica de los Estados” (Llamas, 2002, pág. 82).

De esta manera, la responsabilidad civil “somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es el civilmente responsable” (Tamayo, L, 2009, pág. 23), dado que en cabeza del autor del perjuicio está la deuda de reparar, la que no es nada más que una obligación a cumplir en provecho de su víctima. Así, se entiende por obligación la “relación jurídica entre sujetos determinados de derecho, cuyo titular -llamado deudor- debe realizar una prestación para

satisfacer un interés serio y legítimo de un sujeto de derecho denominado a su vez el acreedor” (Barrera, 2012, pág. 38).

Teniendo en cuenta lo anterior, es imprescindible hasta ahora, que se produzca un daño, se demuestre la culpa del obligado a reparar; o, que se acredite el perjuicio sufrido, con base en el riesgo creado y que conlleve a que el autor del daño, –que no pudo demostrar causa extraña –, indemnice los perjuicios causados.

En consecuencia, se dice que una persona es civilmente responsable cuando con su comportamiento ha dañado el bien de un tercero que estaba protegido por el orden jurídico civil. Es posible que el “perjuicio materia de indemnización emane de un hecho cualquiera realizado sin que exista un contrato entre el civilmente responsable y la víctima” (Tamayo, J, 2009, pág. 323) o, que por el contrario, provenga del incumplimiento de un contrato u obligación (Mosset, I y Piedecabras, A, 2007, pág. 9).

En todo caso, se deben indemnizar solo los perjuicios que el individuo ha causado – y no otros producidos con anterioridad- de forma coetánea o con posterioridad, debido a causas que no controlaba la persona que llevó a cabo el daño. Razonablemente, los límites de la responsabilidad vienen delimitados por el daño, debiéndose probar su existencia y rechazar de plano las consecuencias dudosas (García, V y Lamo, R, 1998, pág. 22).

De otra parte, la responsabilidad civil extracontractual se caracteriza por la existencia de un daño que es causado fruto de un encuentro ocasional e inesperado, no existiendo vínculo previo entre las partes. Por ende, la obligación de reparar el daño causado, es una obligación originaria, que nace en el momento mismo en que es producido el daño.

1.1.1. Del concepto propiamente de responsabilidad y daño

El término responsabilidad es de origen latino, *responsus* es el participio pasado del verbo *respondere* que quiere decir constituirse en garante de algo o respecto de alguien y el diccionario de la lengua española afirma que responsabilidad es la obligación de satisfacer daño o perjuicio. Así, para que haya responsabilidad o mejor, para que este concepto tenga validez, es preciso que “la persona haya violado una obligación anterior; quiere decir, que la consecuencia de la responsabilidad, esto es la indemnización, sustituye la obligación anterior bien sea que ésta se derive de un contrato o emane de una disposición legal” (Tamayo, L, 2009, pág. 86).

La responsabilidad es por tanto un concepto derivado, por cuanto no se es responsable ante sí mismo sino ante otra persona y, precisamente en la obligación de indemnizar o reparar a otro el daño causado, es el aspecto sobre el cual recae la responsabilidad.

Por su parte, el “daño es todo detrimento, molestia o dolor que por causa de otro sufre un individuo en sus bienes o persona, sea ésta física, moral, intelectual o afectiva” (Henaó, 1998, pág. 38). Para que exista daño no es necesario que se lesione un derecho; basta que se prive a la víctima de una ventaja o beneficio lícito. “Esta conclusión se desprende del sentido natural y obvio de la palabra *daño*, sentido al que hay que atenerse en vista de que el legislador no ha dado otro especial ni restringido el concepto a la lesión de un derecho” (Alessandri, R y Somarriva, U, 1988, pág. 872).

Para que la responsabilidad delictual esté comprometida, preciso es que el daño se haya causado y que este daño sea cierto. Si no se ha causado un daño, puede haber culpa o dolo,

pero no un delito o cuasidelito: *sin interés no hay acción*. Para que el daño dé lugar a indemnización, debe ser cierto, o sea, existir positivamente:

(...) un perjuicio puramente *eventual o hipotético* no se considera. Pero no es menester que el daño sea actual; da lugar a indemnización también el daño futuro, esto es el que aún no se ha producido pero que se realizará, como consecuencia del desarrollo de una situación desde ya existente o como producto de las circunstancias que lo hacen inevitable (Alessandri, R y Somarriva, U, 1988, pág. 873).

El daño trae intrínseco una relación de causalidad entre el dolo o la culpa. Así, el legislador determinó que para que haya responsabilidad no basta la existencia de un acto culposo o doloso y un daño. Es preciso, además, que éste sea la resultante o consecuencia de aquél, según se desprende de la siguiente lectura:

“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 cometido” (Código Civil Colombiano, 2015).

La expresión *inferir* que en su sentido natural y obvio significa *conducir a una conclusión* o llevar a un resultado, pone de manifiesto la exigencia de la relación de causalidad.

Entonces, la sanción “es una consecuencia inmediata de la violación de un derecho dentro del orden social, y que dicha violación puede considerarse de dos maneras: “*perturbando directamente el orden público*, lo cual conlleva a la aplicación de una pena o *lesionando los derechos privados individuales*, caso en el cual el damnificado tiene acción para exigir la reparación del perjuicio causado” (Gómez, P y Troncoso, E, 2010, pág. 14).

(...) De ahí que, es un mismo hecho puede producir ambos efectos y dar lugar a las dos especies de sanción, o por el contrario, a una de ellas. Lo primero sucede en los delitos y en las culpas

que atentan directamente contra las personas privadas – naturales o jurídicas – o contra sus bienes. Entre los segundos están los que por su naturaleza no causan un perjuicio considerable en dinero y, por consiguiente, solo tienen sanción penal, como algunas tentativas de delito, y también en aquellos casos que, a pesar de causar daño en los derechos patrimoniales, no se consideran como transgresiones del orden social y, por lo tanto, no se castigan con pena; a estos se les ha denominado delitos y cuasidelitos civiles, por oposición a los delitos y culpas propiamente dichos o penales (...) (Gómez, P y Troncoso, E, 2010, pág. 14).

Por consiguiente, el artículo 2341 que consagra la responsabilidad extracontractual, el cual se critica en el sentido de que es insuficiente porque se refiere solo a los delitos y culpas penales, aunque se considera que este vacío se llena con el artículo 2356 del C.C., que prescinde de la idea de pena y parte del concepto de daño para establecer la responsabilidad (Gómez, P y Troncoso, E, 2010, pág. 15).

De otra parte, el artículo 2342 del Código Civil, contempla que puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructuó, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con la obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.

En materia indemnizatoria, es necesario revisar minuciosamente el artículo 2356 del Código Civil, del cual puede inferirse rectamente, la obligación de reparar todos los daños previstos e imprevistos, que resulten inmediatamente del dolo o de la culpa. Indica las condiciones que debe cumplir el daño, su división y los requisitos para que este dé lugar a la responsabilidad, e indica cuando una persona tiene la capacidad de obrar en ejercicio de su derecho.

Respecto de las condiciones que debe llenar el daño, se dice lo siguiente (Gómez, P y Troncoso, E, 2010, pág. 16):

- a. Que sea cierto,
- b. Que la certidumbre pueda contemplarse, ya sea en relación al vínculo de causalidad que lo liga con el hecho ilícito o en su naturaleza y extensión.
- c. Capacidad de obrar, que a su vez integra: a. que el acto se haya cumplido al ejercitar un derecho simplemente y b. que el acto se haya cumplido para defender la agresión de la que ha sido objeto.

En cuanto, al artículo 2343 del Código Civil, es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

Lo expuesto, permite deducir que la relación de causalidad integra toda especie de responsabilidad. La subjetiva – que requiere el dolo o la culpa del autor – y la objetiva, en la cual importa el simple hecho generador del riesgo y el daño causado a la víctima. “También debe existir la relación de causalidad en la responsabilidad delictual *simple* o por el hecho propio y en la responsabilidad delictual compleja o por el hecho ajeno o de las cosas” (Alessandri, R y Somarriva, U, 1988, pág. 880).

De modo que, la relación de causalidad ha de incurrir también en los casos de responsabilidad legal: el daño causado a la víctima debe ser consecuencia de la infracción de la obligación impuesta por la ley.

Por último, se hace referencia a la clasificación del daño:

- En derecho positivo, daño moral y daño patrimonial. En cuanto al daño moral se tiene:

(...) cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un

bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas (...) (Consejo de Estado, 2011).

Al respecto es importante señalar que el daño moral aparece como algo excepcional y vinculado al daño patrimonial, cuya evolución se debe a los cambios doctrinales que le dieron la independencia merecida del daño patrimonial.

Por su parte, el daño patrimonial obedece a la afectación que se causa a algún bien material afectando el patrimonio de una persona. “El daño patrimonial es de dos tipos: daño emergente, cuando éste es el resultado directo de la acción de quien origina el daño y lucro cesante cuando hace referencia a las pérdidas económicas originadas del bien dañado” (Restrepo, 2014, pág. 29).

1.2. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La responsabilidad civil ha cobrado un desarrollo notable en los últimos tiempos, gracias a la transformación que ha tenido a través del derecho de daños y la obligación de reparar, avance que se ha visto reflejado en los profesionales de la medicina.

Desde hace ya algún tiempo resulta difícil no encontrar una noticia, una sentencia, o un pronunciamiento de las Altas Cortes que hablen sobre la condena por daños y perjuicios derivada de la actuación de los profesionales médicos o de los centros hospitalarios, e incluso “se ve una marcada tendencia en el aumento de las primas de los seguros de responsabilidad civil, aducidas a su gran siniestralidad (Yzquierdo, 1988, pág. 1).

Este auge de litigiosidad en la materia, se sustenta en el cambio de mentalidad, en lo que se refiere a la concepción social de la actividad del médico, y al grado de calidad exigible en la prestación de servicios de salud.

El médico dejó de ser visto como un ser divino, la medicina abandonó su calificación artesanal, para instituirse como un saber científico, “la vida y la salud se erigieron como valores supremos de raigambre constitucional” (Prevot, 2008, pág. 38), e incluso esta última definido hoy por la Corte Constitucional como un derecho de carácter fundamental.

(...) El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles (...) (Corte Constitucional Sentencia T - 016, 2007).

Esta responsabilidad profesional, es tan solo una especie dentro del gran genero denominado la responsabilidad civil, por lo cual para su configuración se requieren los mismos presupuestos de ésta: un daño, una relación causal y un factor de imputación o atribución.

1.2.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

De acuerdo a lo señalado en el capítulo anterior, la responsabilidad civil médica, es aquella que cobija tanto a los centros asistenciales – nosocomios y clínicas – como a los profesionales

de la salud, no siendo ajena a la discusión en cuanto a la calificación del supuesto dañoso ya sea en la esfera contractual como en la extracontractual.

Esto debido a que en materia de responsabilidad médica unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños “al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 2009a).

Existen pocas materias en el derecho que hayan suscitado tanta polémica, como los supuestos de “responsabilidad médica, dificultad que se afianza si se observa que el país no cuenta con una normativa legal específica que regule la responsabilidad médica; por lo tanto, el sistema de responsabilidad civil sigue siendo la fuente principal aplicable a esta materia” (Camas, 2013, pág. 144).

Así, el régimen legal aplicable a la relación médico paciente es principalmente de carácter contractual puesto que, se trata de la inejecución de un acuerdo de voluntad entre la víctima – paciente y el profesional. “En la mayoría de los problemas que se suscitan en relación a la responsabilidad médica, se configura una responsabilidad contractual, que es de naturaleza atípica” (Prevot, 2008, pág. 51).

No cabe, duda que la relación que se traba entre médico y paciente, es de índole obligacional. No es dable negar que los rige un vínculo preexistente específico, que compele al galeno más allá del simple deber general de abstención de no causar daño al otro. Es tal la

proliferación de la tesitura contractualista, que no solamente se predica de la relación que se da entre el paciente y el médico cuando se contrata directamente con éste, sino que se ha extendido incluso a hipótesis en las cuales no se contrata con el profesional sino con el hospital o clínica o con una aseguradora como en empresa afiliadora, que a su vez subcontrata con las instituciones prestadoras de servicios de salud y los médicos, hipótesis esta última que dentro del esquema de seguridad social en salud rige en el derecho colombiano desde el año 1993.

Con la Ley 100 de 1993, se introdujo un novedoso sistema con las llamadas Entidades Promotoras de salud, concebidas como instituciones de aseguramiento en salud, esto es encargadas entre otras de afiliar usuarios, recaudar cotizaciones y disponer del conjunto de prestadores de servicios. En punto de las aseguradoras, esto es de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la responsabilidad es contractual en relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios.

Establecido lo anterior, se da paso a la responsabilidad extracontractual que permite una tutela efectiva y amplía a los daños a la persona entendidos como aquellas lesiones a los bienes más sagrados como son la vida e integridad personal y sin ningún tipo de restricción en cuanto a su resarcimiento, como el contemplado en la norma 1616 del Código Civil

aplicable a la responsabilidad contractual, la cual no obstante su carácter de norma, es letra muerta en el ordenamiento civil colombiano, debido a que, no se conocen antecedentes de su aplicación; sin embargo fue esta una razón en su momento para la tesis que se viene comentando, en la medida en que pregonaba un principio de reparación integral sin barreras.

Así mismo se estableció como fundamento en lo que tiene que ver con el Derecho Administrativo, esto es con los hospitales públicos, en tanto los ciudadanos esperan del Estado la prestación de servicios y por lo tanto frente al paciente y la entidad de salud pública no está inmersa una relación contractual, sino una relación estatutaria

Es así como la Carta magna en su artículo 49 reza: “la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”. Y por su parte la Ley 100 de 1993, art. 194: establece que el objeto de las Empresas Sociales del Estado es la prestación de servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado.

De acuerdo con el mandato constitucional la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado.

(...) dicho mandato implica que el Estado organiza, dirige y reglamenta dicho servicio, el cual puede ser prestado por entidades particulares, respecto de las cuales debe establecer mecanismos de vigilancia y control, o puede ser atendido de manera directa a través de las empresas sociales del Estado, entidades públicas descentralizadas, con un régimen especial, conforme a la función que cumplen. Así, el anormal funcionamiento de la atención hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual, por su naturaleza legal y constitucional. El daño es imputable a la Empresa que este prestando de manera directa el servicio público de salud, en desarrollo del mandato del artículo 49 de la Constitución Política (...) (Corte Constitucional Sentencia C - 665, 1992).

Así mismo, se prevé por la doctrina y la jurisprudencia de otro supuesto de responsabilidad aquiliana en dicho campo y es aquella que tiene que ver con la asistencia

sanitaria que es prestada espontáneamente sin intervención de la voluntad de paciente y cuando la acción resarcitoria es promovida *jure proprio* por los damnificados indirectos por la muerte de la víctima, en cuyo caso, la responsabilidad es extracontractual, por tratarse de terceros ajenos al vínculo, quienes no pueden invocar el contrato para exigir la indemnización de sus propios daños.

CAPITULO 2.

2. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA DEFENSA PREJUDICIAL FRENTE A LAS FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

2.1. LAS FALLAS EN EL SERVICIO MÉDICO

En primer lugar es necesario indicar que si bien se ha demostrado en algunos casos, que dentro del servicio médico prestado a los usuarios en los Hospitales o Clínicas estatales se ha presentado la materialización de algunas novedades en las que puede fácilmente evidenciarse una falla por parte del personal que atendió o realizó el procedimiento, también lo es, que existen diversas situaciones en las que los profesionales de la salud realizan esfuerzos adicionales a los establecidos en los protocolos de atención, a fin de tratar de lograr más y mejores resultados en la recuperación de las personas que se encuentran sufriendo algún detrimento en su cuerpo o su salud, sin obtener los resultados esperados.

No obstante a lo anterior y pese que sea necesario resarcir los daños ocasionados en referencia, resulta imprescindible defender los intereses del Estado en este tipo de actuaciones, por cuanto a través de ella, se puede coadyuvar al encausamiento del procedimiento y lograr que la condena impuesta a la Entidad Administrativa sea acorde a los daños materializados por las acciones u omisiones de los galenos, sus auxiliares o los demás servidores públicos que participan en la atención de los pacientes, evitando por demás la generación de condenas por situaciones adicionales que si bien pueden relacionarse con el

procedimiento aplicado, su origen y evolución obedecen a factores diferentes a las intervenciones efectuadas por el personal de la Institución que desarrolla y aplica este tipo de procedimientos.

De igual forma resulta relevante la defensa de los intereses del Estado en esta área del derecho, debido a que algunas de las acciones contencioso administrativas presentadas por los usuarios, entrañan situaciones en las que los profesionales de la salud agotaron todos los mecanismos y recursos disponibles, sin que el resultado obtenido fuera el esperado, o en su defecto el tratamiento debía complementarse en la residencia del paciente a quien se le habían suministrado todas las indicaciones para su desarrollo y pronta recuperación, mas como éste no las cumplió al pie de la letra, conllevó con su comportamiento omisivo o descuidado a coadyuvar en el deterioro de su propia salud, generando en algunas ocasiones daños irreversibles, lo cual solo puede demostrarse con la ayuda de un profesional del derecho a través del debate probatorio que se realice dentro del trámite procesal y ante las autoridades judiciales correspondientes, con el que además de permitir salvaguardar de responsabilidades infundadas a quienes atendieron el caso, evitan la causación de un detrimento patrimonial innecesario en cabeza de la Administración Pública.

Así las cosas, resulta indispensable la implementación de la defensa judicial por parte de las entidades estatales en los diferentes procesos que cursan en su contra ante la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que de esta forma, además de lograr la protección de los recursos del Estado al impedir que constantemente sea declarado responsable patrimonialmente, permiten adecuar las pretensión en la mayoría de los procesos, habida cuenta que la intervención de los profesionales en el litigio generan

controversias y coadyuvan al ajuste las decisiones a los parámetros normativos, de conformidad con las pruebas que pueda allegar o los argumentos que esbocen en sus diferentes intervenciones, sin dejar de lado que por medio de ellos se materializa el principio de “igualdad de armas”, el cual a su vez hace parte primordial del debido proceso y el derecho a la defensa, haciendo efectivos otros derechos, como la igualdad en la utilización de instrumentos, de oportunidades y garantías procesales que no solo se predicen de las personas naturales, sino de las partes que integran la Litis en una contienda jurídica de cualquier naturaleza, donde el juez está en la obligación de administrar justicia con fundamento en el debate argumentativo y probatorio, que cada uno de los exponentes puedan arrimar al proceso. Por consiguiente, si el debido proceso se predica de todas las actuaciones judiciales y administrativas, resulta imprescindible el ejercicio del derecho a la defensa técnica dentro de los procesos judiciales que se adelantan contra la nación (Corte Constitucional Sentencia C - 127, 2011).

Ahora bien, si a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación prejudicial, se puede dirimir una causa antes de ser llevada a los estrados judiciales donde posiblemente generaría un detrimento patrimonial mayor, no solo se protege el erario público, por cuanto se remedia de primera mano una problemática que al mismo tiempo que causa un desgaste inoficioso en la Administración de Justicia y las personas que representan a la institución ante dichas autoridades, se enmienda de mejor manera los errores que nuestros funcionarios han ocasionado, en razón a la prontitud con que se dirime el conflicto, pues de esta forma se evita que se amplíe la afectación y sus consecuencias en el accionante, quien en muchos casos con la indemnización otorgada puede acceder a mas o

mejores tratamientos médicos en un término menor.

Sin dejar de lado que durante la negociación que se efectúa intrínsecamente en el proceso de conciliación, la Administración Pública puede adecuar las pretensiones y ajustar el precio a la realidad del daño y a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico, lo cual -como se dijo en párrafos anteriores- puede resultar más beneficioso para las partes debido a que el resarcimiento de los perjuicios causados en el accionante se indemnizan en un lapso inferior al que normalmente demoraría un proceso ante la jurisdicción, lo que a su vez implica que se le realice el pago en menor tiempo, además de evitarse el sometimiento a las minucias del proceso administrativo el cual generalmente suele demorarse un lapso superior a cinco (5) años (contado la primera y la segunda instancia) y para la Administración Pública puede disminuir considerablemente valor a cancelar.

En este orden de ideas, se hace necesaria la implementación de “un modelo de defensa prejudicial por parte del Estado, frente a las fallas en el servicio médico prestado por los profesionales de la salud adscritos a las Instituciones Prestadoras de servicios de Salud adscritas al sector Público” que nos permita verificar la ocurrencia del daño en el accionante, las causas que lo generaron y el costo real que puede y debe pagarse por parte del Estado para cada una de esas situaciones, con lo cual al momento de arribar nuestros defensores ante el Comité de Conciliación podrán exponer de mejor manera el caso, lo que permitirá que los parámetros de la propuesta que allí se acepten y sean llevados ante los organismos correspondientes, donde ajustados a la gravedad del asunto, se genere un verdadero ánimo conciliatorio que conlleve a finiquitar el caso antes de acudir a los organismos jurisdiccionales.

2.2. VERIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA POR FALLA DEL SERVICIO

Como bien se ha dicho a partir de los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para efectos de determinar la responsabilidad civil extracontractual que nace a partir de una falla en el servicio médico prestado por los profesionales de la salud adscritos a las Instituciones Prestadoras de servicios de Salud del sector Público, se requiere, –al igual que para las demás eventualidades en que se pretenda señalar la responsabilidad del Estado – de la verificación previa dentro de la causa estudiada, de todos los ingredientes normativos contenidos en el artículo 90 de la Carta Política, en que se ha señalado para este tipo de procesos los siguientes: i) la existencia del daño que se está erigiendo como objeto de la indemnización, ii) que el daño sea antijurídico, lo que implica por demás establecer que el ciudadano no se encuentre en la obligación de soportarlo y iii) que la materialización del mismo sea imputable a una entidad del Estado por la acción o la omisión de sus agentes, lo que a su vez conlleva a la demostración del nexo causal; independientemente de la forma en que se estructure, ya sea como una falla en el servicio, un riesgo excepcional o un daño especial (entre otros).

Es así como lo ha entendido el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, al señalar en sus diferentes pronunciamientos respecto de los elementos que configuran el daño antijurídico por falla en el servicio médico:

(...) En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos..., a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto ... y (iii) el nexo causal (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, 2014).

Elementos que deben estar plenamente comprobados dentro del sumario para efectos de poder estructurar la responsabilidad médica en la entidad que prestó el servicio aludido.

Aunado a lo anterior, según el criterio jurisprudencial de las Altas Cortés y la doctrina vigente, los elementos configurativos del daño antijurídico por falla en el servicio médico, puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio legalmente aceptado, que resulte posible de llegar al proceso dentro de los términos establecidos para tal fin.

(...) incluso se ha sostenido que la prueba indiciaria cobra mayor relevancia en este tipo de acciones, por cuanto a través de ella se puede establecer el nexo causal existente entre el tratamiento suministrado por los galenos y el daño antijurídico que presenta el accionante, es así como se extracta de los pronunciamientos del Consejo de Estado (...) (Consejo de Estado Sección Tercera, 2012a).

Lo anterior fue reiterado por la misma Corporación en decisiones recientes, en las que luego de retomar algunos apartes de la teoría expuesta en la decisión del 14 de Septiembre de 2011, proferida dentro del Expediente 19031 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, donde además verifica la existencia del daño material que se suele generar como consecuencia de un procedimiento médico, hizo referencia a los daños inmateriales que surgen como consecuencia de las omisiones o extralimitaciones de sus agentes, los cuales también han sido denominados “*daños morales*” y presentan las características que se relacionan a continuación:

(...) el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características: i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2013a)

Lo anterior lleva a indicar que la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha identificado dentro del trámite procesal la existencia de dos (2) tipos de daños antijurídicos susceptibles de indemnización a través de las acciones que ante esa área del derecho se tramitan, los cuales ha rotulado bajo la denominación de “*los daños materiales (incluyendo dentro de este el lucro cesante y el daño emergente) y los daños inmateriales o morales*”, y pueden ocasionarse durante el desarrollo de los procedimientos médicos suministrados por los galenos adscritos a las Instituciones Prestadoras de servicios de Salud del Sector Público, lo que implica en consecuencia que de resultar demostrada su existencia dentro del proceso, deberán ser indemnizados por el Estado ya sea mediante sentencia impuesta por las autoridades jurisdiccionales o con anterioridad a la demanda durante la conciliación prejudicial.

De esta forma se puede advertir que al estructurarse dentro de una actuación los elementos configurativos de la falla en el servicio médico, se configura a su vez un daño que afecta el cuerpo o la salud de un ciudadano, lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y la doctrina como “*daño antijurídico*”, el cual como su nombre lo indica es contrario al

orden jurídico social y pese a que se materializa durante el ejercicio de la actividad legal asignada a la Administración Pública, el afectado no tiene la obligación de soportarlo, por lo que se requiere de una indemnización por parte del Ente Estatal que tenga a cargo la prestación de ese servicio. -Sin perjuicio de la facultad que tiene el Estado de repetir contra el funcionario que se extralimito u omitió el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando su proceder se haya materializado de forma dolosa o con culpa grave-.

De otra parte, debe indicarse que si bien la jurisprudencia de las Altas Cortés y la doctrina vigente para efectos de fundamentar la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado han acuñado el término “*daño antijurídico*” éste no ha sido determinado por las normas jurídicas, por consiguiente, resulta necesario traer a colación la definición acuñada palabras de la Corte Constitucional, donde lo delimitó de la siguiente manera:

(...) El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que ésta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública (...) (Corte Constitucional Sentencia C - 333, 1996).

De esta forma, se puede entender que el daño en sentido lato, se constituye como todo

menoscabo, deterioro o quebranto que sufre una persona ya sea en sus bienes físicos o morales que logran ser susceptibles de valoración en dinero y por consiguiente, se encuentran incluidos dentro de su patrimonio, lo que incluye claramente el cuerpo y la salud de los individuos, y que para el caso de estudio, este daño es causado como consecuencia de la acción u omisión de los agentes del Estado en el ejercicio de las funciones y atribuciones que les han sido conferidas, lo que implica de plano que cuando se presentan estas afectaciones exista correlativamente el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, el cual se constituye a su vez en el fundamento que obliga a la administración a responder patrimonialmente por su acaecimiento.

2.2.1. El daño en la prestación del servicio médico

Como se puede extraer del acápite anterior, en la prestación del servicio médico, se suelen presentar daños físicos y morales, en primer lugar porque dentro del sistema de seguridad social establecido en el ordenamiento jurídico se obliga a las entidades prestadoras del servicio de salud, a suministrar a sus afiliados y beneficiarios, tratamientos médicos y psicológicos que tiene la potencialidad de materializarlos, y en segundo lugar, porque al momento de aplicar un tratamiento médico y presentarse un daño como consecuencia de un exceso o una omisión, además de las secuelas o afectaciones directas que sufre el paciente, pueden lesionarse derechos de terceros en atención al vínculo jurídico o afectivo que tengan con el paciente.

Es así como se han observado diferentes situaciones en las que al momento de brindar

la atención médica requerida por un usuario del sistema de salud, los galenos incurren en algunos errores ya sea en la aplicación de procedimientos inadecuados, por aplicarlos de forma incompleta, por omitir prestar los servicios en forma oportuna o equivocarse al momento de prescribir algunos medicamentos, causando lesiones o incluso la muerte. Así, el Consejo de Estado en varias oportunidades ha declarado la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud, incurriendo en daños materiales y morales. Un claro ejemplo de ello, fue lo sucedido en el Hospital de San Vicente de Paul de Loricá.

(...) fue atendida una mujer que desde las 09:00 horas llegó en estado de embarazo y pese a que había iniciado trabajo de parto fue atendida a las 10:15 en el departamento de obstetricia, donde únicamente se valoró y se dejó en espera, posteriormente, entre las 5:50 y 6:15 de la tarde fue atendida por un ginecólogo quien ordenó realizar una cesárea, la cual se finiquitó entre las 6:45 y las 7:05 pm, extrayendo a su bebe sin vida (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, 2014).

En esta situación al fallador en primer grado reconoció únicamente lo atinente al daño material y negó los perjuicios morales que respecto del caso habían solicitados por el padre del naciuturo, en razón a que consideró que no se había demostrado la convivencia con la madre de la fallecida, no obstante, el Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación impetrado por el accionante, reconoció los perjuicios morales causados, aseverando que esta se podría inferir únicamente con la acreditación de la condición de padre, sosteniendo que:

(...) es propio de la naturaleza humana el sufrimiento por la muerte o el dolor de los familiares más cercanos, incluso que es posible predicar el dolor del padre de la menor aun cuando éste no hubiese probado la unión marital ya que las pruebas aportadas permitían colegir las perturbaciones emocionales y somáticas sufridas, en razón a la pérdida de la hija esperada (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, 2014).

De igual forma, sostuvo el Consejo de Estado (2014), que en casos como el estudiado,

se puede acreditar un daño a la salud en razón a una alteración psicofísica sin que exista certeza de su naturaleza, intensidad o duración, para lo cual el juzgador debe acudir “a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso”, sin que ello pueda reemplazar a las pruebas concernientes para demostrar hechos singulares, por consiguiente, la literatura en mención debe tomarse como criterio hermenéutico del material probatorio allegado cuando no sea conclusivo.

En relación con el daño sufrido por la señora dentro del caso de estudio indicó el Alto Tribunal que el perjuicio se encontraba probado por cuanto era clara la falta de atención médica oportuna, lo que conllevó a que se realizara otro procedimiento (cesárea) que en principio no se requería, habida cuenta que durante el embarazo no se manifestó alguna situación especial que así lo determinara y menos aún que se hubiera programado con anterioridad, por lo que se infirió que se efectuó con ocasión a la muerte del feto lo cual impedía la realización de un parto natural.

En ese orden de ideas sostuvo que si bien el derecho a la salud implica la realización de los procedimientos médicos requeridos en atención a las circunstancias que se presentan y que no pueden ser subsanable de otra forma, estos se tornan en vulneradores del mismo derecho en aquellas eventualidades en que su materialización obedece a causas imputables a la entidad médica, -como en el caso estudiado-, donde se generan daños adicionales en el cuerpo de la persona que además de causarle dolor y molestias, le limita su capacidad de locomoción; en consecuencia pese a que estos procedimientos son considerados jurídicos porque “(i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera

Subsección A, 2014), cuando surgen como consecuencia de la falla en el servicio prestado por entidad, se tornan en antijurídicos, en razón a que el paciente no tenía la obligación de soportarlos por cuanto hubiesen podido ser evitados con un tratamiento oportuno.

De lo expuesto, se puede advertir que durante la prestación del servicio médico, se pueden materializar daños materiales y morales, ya sea como consecuencia de la acción, omisión o de los errores que se puedan presentar en razón, con ocasión o como consecuencia del servicio que corresponde prestar a las entidades encargadas de propender por el cuidado de la salud de los pacientes, lo cual es predicable de las entidades prestadoras del servicio de salud ya sean públicas o privadas.

2.2.2. La falla del servicio como título de imputación subjetiva y su diferencia con los títulos objetivos.

Es de afirmarse que tratándose de derechos y sin importar el área jurídica en que se tramiten las controversias, siempre que se demuestre la materialización de un daño sin que éste se encuentre amparado por algunas de las casuales de justificación o eximentes de responsabilidad, quien lo genere, tiene la obligación de responder por sus consecuencias, ya sea mediante la indemnización o la arrogación de las sanciones que respecto de tema sean impuestas por las autoridades judiciales o administrativas correspondientes.

En desarrollo de los anteriores preceptos y en relación con el área Contencioso Administrativa se ha dicho por parte de los juristas y las Altas Cortés, que existen varios títulos de imputación para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, las cuales

han sido denominadas “*falla en el servicio presunta o probada,*” (título de imputación subjetiva) y “*daño especial, Riesgo Excepcional (entre otras)*”, (título de imputación objetivos) siendo la “*falla en el servicio*” el régimen común, mediante el cual se declara de forma constante por el Consejo de Estado, los Tribunales y Juzgados de esa jurisdicción la responsabilidad patrimonial del Estado; dicha teoría consiste en afirmar que los daños a indemnizar se materializa como consecuencia del accionar extralimitado u omisivo de una persona pública, o porque ha actuado de forma equivocada.

El origen de este término, se puede encontrar en la sentencia proferida por “la Corte Suprema de Justicia el 30 de junio de 1962, cuando al momento de resolver la acción impetrada por Aureliano Planells y Reinaldo Tinjaca, contra el municipio de Bogotá D.E” (Mendoza, 2011, pág. 49), el órgano jurisdiccional tuvo la necesidad de efectuar un estudio pormenorizado sobre la responsabilidad que le asiste a las personas jurídicas de derecho público y privado por sus actuaciones u omisiones en el cumplimiento del servicio para el cual habían sido creadas, señalando allí, con fundamento en los postulados de los artículos 16 de la Constitución Política de 1886 y el 2341 del Código Civil que la tesis que se debía aplicar para efectos de establecer la responsabilidad del Estado, era la falla en el servicio público o culpa de la administración.

Lo anterior, debido a que las Altas Cortés han estimado que a partir de dichos preceptos normativos, al Estado le correspondía el deber social de “prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño” (Irisarri, 2000, pág. 53), y para poder endilgar responsabilidad por este concepto, solo se necesitaba demostrar la existencia del daño y la falla funcional, orgánica o

anónima del servicio público, puesto que la culpa del agente del Estado se presumía. En consecuencia, tampoco era necesario que se verificara si éste se materializó por acción u omisión de los mismos.

Lo expuesto, lleva a establecer que la falla del servicio, se endilgaba de dos (2) formas diferentes, esto es “*falla del servicio presunta*” y “*la falla del servicio probada*”; la primera en mención como su nombre lo indica permitía a las autoridades administrativas presumir una falla en el servicio, con la sola demostración de un daño generado como consecuencia de un servicio a cargo del Estado; para mayor ilustración, resulta conveniente traer a colación un ejemplo que normalmente se presenta en el servicio de seguridad que el Estado presta a los reclusos en los establecimientos penitenciarios o carcelarios del país, en razón a la imposición de una pena privativa de la libertad o una medida de aseguramiento por parte de las autoridades judiciales, en estos caso, “se presumía que existió una falla en el servicio si se verificaba que la persona sufría un daño dentro de dichas instalaciones y por consiguiente no podría devolverse a la sociedad en las mismas condiciones en que ingresó al penal” (Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, 2011).

Contrario a lo anterior, la “*falla en el servicio probada*” requiere de demostrar que efectivamente falló el servicio prestado por el Estado a través de sus diferentes entidades, en este orden de ideas al momento de enarbolar una actuación jurisdiccional se debe verificar que los servidores públicos se apartaron de los parámetros señalados en el orden jurídico para efectos de prestar sus labores asignadas, lo que implica en el caso de la responsabilidad médica, que se deba probar que los galenos y/o demás servidores públicos encargados de la atención a los pacientes, abandonaron los lineamientos establecidos en los protocolos de

atención o que omitieron su inclusión dentro de la atención suministrada, además de establecerse su relación con la ocurrencia del daño, para de esta forma colegir que la falla en el servicio efectivamente se había presentado, siendo estos los motivos que ha conllevado al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo a sostener de forma unánime “que para efectos de determinar la responsabilidad médica por parte del Estado, se debe aplicar la teoría de la Falla del servicio probada, trasladando de esta forma la carga probatoria al accionante” (Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, 2011).

En relación con los títulos de imputación objetivos, como son Daño Especial y el Riesgo Excepcional, se puede manifestar que el primero en mención se presenta en aquellas eventualidades en que el Estado:

(...) en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad (...) (Salamanca, 2010, pág. 54).

Lo anterior tiene sus fundamentos en los preceptos normativos que además de establecer el principio de igualdad de las personas frente a la ley, así como la obligación que tienen todos los ciudadanos de soportar ciertas cargas impuestas para el funcionamiento normal de la Administración Pública y que a su vez permite la convivencia social, implica que cuando dicho equilibrio se fragmenta y se somete a unos ciudadanos determinados a soportar cargas adicionales, el Estado se encuentra en la obligación de indemnizar los perjuicios causados, tratando de esta forma de reestablecer ese equilibrio; de otra parte, para aquellas eventualidades en que la situación estudiada no es susceptible de enmarcarse dentro de los demás títulos de imputación de responsabilidad estatal.

Se puede observar que *el riesgo excepcional* se fundamenta en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin embargo su diferencia radica en la necesidad de la explotación de ciertos recursos o la prestación de un servicio especial, en el que resultan sometidos algunos ciudadanos a unas situaciones especiales y diferentes, que no estaban en la obligación de soportar, generando de esta forma la obligación de indemnizar los perjuicios que se causan por las desventajas ocasionadas, para de esta forma reestablecer el equilibrio en las cargas públicas.

De igual forma, se puede señalar que el “riesgo excepcional y el daño especial se genera durante las actuaciones que normalmente ejerce la administración con apego al ordenamiento jurídico, en donde se imponen cargas adicionales a algunos ciudadanos, lo que a su vez conlleva colocarlos en una posición desfavorable que puede causar daños antijurídicos” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercero Subsección C, 2013b); contrario a ello, la falla en el servicio se desarrolla por actuaciones de los servidores públicos que exceden u omiten la realización de un procedimiento relacionado con la prestación de un servicio atribuido al Estado, en consecuencia al no aplicarse los lineamientos preestablecidos, dicha falla lleva implícita la vulneración del ordenamiento jurídico.

Se podría, afirmar que en tratándose de las fallas médicas y hospitalarias, únicamente podría utilizarse para efectos de declarar la responsabilidad del Estado, el título de imputación denominado “*falla en el servicio*”, en razón a que dentro del trámite procesal deberá demostrarse, la acción, omisión, extralimitación o el error en que incurrieron los profesionales de la salud y la relación de causalidad entre éste y el daño antijurídico sufrido por el accionante.

2.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DEBER DE SEGURIDAD EN EL SERVICIO MÉDICO

El análisis jurisprudencial condensa los pronunciamientos más significativos, en relación con el deber de seguridad, partiendo del concepto de seguridad, que según la Corte Constitucional debe ser entendida como:

El valor constitucional, derecho colectivo y fundamental, precisándose respecto de este último, que se constituye en una garantía que debe ser preservada por el Estado, no circunscribiéndose su ámbito de protección a las personas privadas de la libertad, sino que también se extiende a los demás bienes jurídicos que en un momento determinado requieren la adopción de medidas de protección, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la vida e integridad personal (Corte Constitucional Sentencia T - 078, 2013).

Como se expresó la seguridad, es un derecho colectivo al que tienen derecho todos los miembros de la sociedad y que se pueden ver afectados por circunstancias que pongan en riesgo los bienes jurídicos colectivos, como la salud.

Ahora bien, desde un punto de vista individual, la seguridad es entendida como aquella que:

(...) faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a [amenazas] que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades del Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad (...) (Corte Constitucional Sentencia T - 078, 2013).

Al respecto es importante señalar que la seguridad, no está expresamente señalada como fundamental en la Constitución, sino que su status obedece a la interpretación sistemática que sobre el tema se ha hecho en la Carta fundamental, de ahí, que, hacen mención a este deber: el preámbulo de la Constitución y los artículos 2º, 12, 17, 18, 28, 34, 44, 46 y 73.

En consonancia con lo expuesto se encuentra diversos instrumentos internacionales que hacen parte del ordenamiento jurídico interno, en virtud del bloque de constitucionalidad – art. 93 y 94 C.N –, como son:

- Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 7º inciso 1º,
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9º, inciso 1º,
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Así, la seguridad se circunscribe a todas aquellas garantías que en un momento determinado se puedan ver afectadas y requieran protección por parte del Estado, concretamente la vida y la integridad personal. Por ende, la seguridad debe ser comprendida como valor constitucional, colectivo y fundamental.

Ahora bien, en cuanto al servicio público sanitario y hospitalario la seguridad no está circunscrita a la prestación o suministro de los denominados "acto médico y/o paramédico", es decir, la atención dirigida o encaminada a superar o aliviar una enfermedad a partir de la valoración de los síntomas y signos evidenciados con el objetivo de restablecer la salud del paciente, sino que comprende otra serie de obligaciones principales como la de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios.

(...) Así, la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, 2012b).

Por ende, un análisis apropiado de la obligación de seguridad permite entenderla como un concepto unívoco al que están obligados legal y reglamentariamente todas las instituciones de salud sin distinción alguna, y cuya inobservancia genera la imposición de sanciones y, consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los prestadores del servicio, lo que presupone un juicioso y estricto análisis de imputación fáctica, especialmente la “ocurrencia o no de una causa extraña como quiera que la mayoría de esos daños tienen su génesis en circunstancias que, por lo general, resultaban previsibles y resistibles para las instituciones de salud, en cuyo caso se impondrá la declaratoria de responsabilidad de la administración sanitaria y hospitalaria” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, 2012b).

Dentro de este contexto, es importante destacar que la obligación de seguridad según el Tribunal de Casación debe ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud, mientras que la Corte Suprema de Justicia considera que el deber de seguridad integra la custodia y vigilancia. Entonces, ha señalado el Consejo que “la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente es comprensiva de diferentes actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, 2012b).

De otro lado, el contenido y alcance de la obligación de seguridad para la prevención de eventos adversos, no está ligada con el origen de la prestación médico – asistencial, es decir, poco importa si se le analiza desde la perspectiva contractual o extracontractual, las prestaciones que de aquella se desprenden serán siempre las mismas, sin que sea un criterio a ser definido como elemento de la naturaleza o accidental de un negocio jurídico.

Por eso no es descartable observar que el deber de seguridad puede ser variable, “debido a que en ocasiones, quizás las menos, corresponde, simplemente, a un deber de prudencia y diligencia” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 2009b).

Un claro ejemplo, sería el que se desprendiera en razón del contrato de hospitalización, “en cuyo caso se ha dicho que éstas son obligaciones de resultado, en la medida que la Entidad se obliga a suministrar materiales y productos exentos de vicios, a poner a disposición del paciente personal idóneo” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 2013), siendo en consecuencia de mayor relevancia, respecto de éstas la obligación de seguridad, al punto que también pueden eventualmente responder de manera solidaria por las culpas en que incurra el personal que para el desarrollo de su actividad utilice, en razón que las normas sobre responsabilidad médica se apliquen a la medicina.

CAPITULO 3.

3. ASPECTOS PROCESALES DE LA DEFENSA PREJUDICIAL FRENTE A FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.

3.1. ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN

Como es bien sabido por los profesionales del derecho, para efectos de poder llevar a cabo una conciliación con las Instituciones prestadoras de Servicios de Salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, se requiere además de lograr demostrarse previamente el daño antijurídico alegado en la acción, así como la responsabilidad del Estado en la materialización de los mismos, tener en cuenta los parámetros que para tal fin son establecidos por el “COMITÉ DE CONCILIACION” creado dentro de las Instituciones del Estado para valorar este tipo de situaciones.

Aunado a ello deben tenerse presente los parámetros establecidos en el Decreto 1716 del 14 de Mayo de 2009, mediante el cual estableció en el artículo 6 los requisitos que debe contener la petición de la conciliación al señalar:

Artículo 6. Petición de conciliación extrajudicial. La petición de conciliación o extrajudicial podrá presentarse en forma individual o conjunta por los interesados, ante el agente del Ministerio Público (reparto) correspondiente, y deberá contener los siguientes requisitos:

- a) La designación del funcionario a quien se dirige;
- b) La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso;
- c) Los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan;
- d) Las pretensiones que formula el convocante;
- e) La indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercería;
- f) La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso;
- g) La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario;
- h) La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones;
- i) La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;

j) La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, el número o números telefónicos, número de fax y correo electrónico de las partes.

k) La copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado, en la que conste que ha sido efectivamente recibida por el representante legal o por quien haga sus veces, en el evento de que sea persona jurídica, y en el caso de que se trate de persona natural, por ella misma o por quien esté facultado para representarla;

l) La firma del apoderado del solicitante o solicitantes;

Parágrafo 1°. En ningún caso se podrá rechazar de plano la solicitud por ausencia de cualquiera de los requisitos anteriores.

En este evento, el agente del Ministerio Público informará al interesado sobre los requisitos faltantes para que subsane la omisión, si no lo hiciere se entenderá que no existe ánimo conciliatorio de su parte, se declarará fallida la conciliación y se expedirá la respectiva constancia.

Parágrafo 2°. Cuando se presente una solicitud de conciliación extrajudicial y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley, el agente del Ministerio Público expedirá la correspondiente constancia dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud.

Si durante el trámite de la audiencia se observare que no es procedente la conciliación, se dejará constancia en el acta, se expedirá la respectiva certificación y se devolverán los documentos aportados por los interesados.

Cuando el agente del Ministerio Público, en razón del factor territorial o por la naturaleza del asunto, no resulte competente para conocer de la respectiva conciliación, remitirá la solicitud y el expediente al funcionario que tenga atribuciones para conocer de la misma.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que la propuesta de conciliación junto con sus anexos debe ser presentada por el accionante ante el representante de la entidad que se demanda, en la cual debe existir un grupo de profesionales del derecho encargados de la defensa judicial y donde se asignara a uno de ellos, quien se deberá encargar de estudiar el recaudo probatorio allegado junto con la petición, así como de la recolección de las demás diligencias probatorias que se requieran, ya sea para determinar la existencia de los requisitos que constituyen la responsabilidad patrimonial del Estado, o en su defecto para desvirtuarlo y con fundamento en ello, presentar el caso ante el Comité de Conciliaciones de su entidad, exponiendo su punto de vista, donde luego de realizar el estudio correspondiente, se tomara

la decisión de efectuar o no una propuesta de conciliación.

De la sesión estudiada en el Comité de Conciliaciones se deberá levantar un acta en la que se establecerán cada uno de los casos que se hayan estudiado, así como la decisión que se haya tomado en relación con cada uno de ellos, señalando por demás, los parámetros que el abogado que asistirá a la audiencia de conciliación deberá tener en cuenta al momento de hacer el ofrecimiento; de igual forma, el secretario de dicho comité deberá expedir un certificado en el que consten los parámetros antes referidos el cual debe ser presentado ante el funcionario del Ministerio Público que funja como conciliador, para que de esta manera tenga plena validez la propuesta que se realice.

Debe indicarse que las conciliaciones prejudiciales en temas administrativos únicamente pueden ser realizadas ante los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, puesto que así lo determina la norma; así mismo, es conveniente señalar que en el proceso de conciliación se pueden realizar acuerdos parciales o integrales, lo que implica que la Administración Pública pueda aceptar la materialización de algunos hechos y por ende de las pretensiones que se fundamenten en los mismos, dejando al accionante la posibilidad de acudir ante la jurisdicción en relación con las demás pretensiones.

Realizado el acuerdo conciliatorio, se procederá a radicarlo junto con el recaudo probatorio que se haya allegado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa que de acuerdo a los factores determinante de competencia hubiera sido la encargada de dirimir la controversia suscitada, quien deberá proceder a estudiar el caso y si este se encuentra acorde a los lineamientos jurídicos preestablecidos, la aprobará mediante sentencia, la cual debe ser notificada y ejecutoriada al igual que las demás decisiones de los despachos judiciales. Luego

se solicitan ante esta autoridad las copias de la misma por parte del accionante a fin de presentarlas nuevamente ante la entidad demandada con la respectiva cuenta de cobro.

De esta forma, se puede observar lo expedito del procedimiento que se debe seguir para efectos de llegar al acuerdo conciliatorio, puesto que puede agotarse dependiendo de la carga laboral de los despachos de la Procuraduría en que se tramita y la autoridad judicial que lo verifica y aprueba en un término que suele oscilar entre cuatro (4) meses y un (1) año, lo cual es supremamente corto si se compara con el lapso que demora un proceso judicial por las mismas pretensiones ante la jurisdicción, en el que se han observado algunos casos en donde la decisión final puede tardar más de diez (10) años.

3.1.1. Oportunidad, trámite e intervinientes de la conciliación extrajudicial

Teniendo en cuenta los parámetros del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, en el que se establece:

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación. (...).”

Por tanto para efectos de poder acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo mediante las Acciones de “*Nulidad y Restablecimiento del Derecho,*

Reparación Directa y Controversias Contractuales” se requiere haber agotado previamente la realización de la conciliación prejudicial, esto es, haber sometido ante el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) las pretensiones que se buscan a través de estos medios de control, por cuanto de lo contrario, la demanda será inadmitida.

En consecuencia y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, puede afirmarse que la oportunidad para hacer uso de la Conciliación Extrajudicial, nace desde la expedición del acto administrativo que se demanda, hasta la presentación de la demanda y su posterior aceptación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no obstante, este mecanismo puede utilizarse sin restricción alguna, hasta antes del fallo de segunda instancia, pese a que por realizarse dentro de la actuación judicial, se denomine “Conciliación Judicial”.

Respecto del trámite debe indicarse que de conformidad con los lineamientos establecidos en el Decreto 1716 de 2009, que señala lo pertinente a la conciliación extrajudicial, la cual se deberá realizar conforme a los parámetros establecidos en el Capítulo primero que comportan los artículos del primero al 14 y de los que se extrae lo siguiente:

En primer lugar debe tenerse en cuenta que los asuntos sometidos a los procesos de conciliación deben ser susceptibles de la aplicación de este tipo de mecanismos, tal y como lo señala el artículo 2 de la norma en mención, por tanto se tiene en cuenta que para el caso de estudio, no son conciliables *“Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.”* De igual forma debe tenerse en cuenta que *“El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.”* Así mismo deberá verificar que los recursos ordinarios que procedían contra el acto que se demanda se hayan agotado o no procedan.

Durante el proceso de conciliación el accionante debe actuar a través de un profesional del derecho quien además deberá estar inscrito y contar con la facultad expresa para conciliar, y la petición de la conciliación debe reunir los parámetros contenidos en el artículo 6 de la norma en estudio.

Allegada la solicitud de conciliación ante el Ministerio Público y luego de verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos para su procedencia, deberá dentro de los diez (10) días siguientes fijar la fecha y hora para la realización de la audiencia, la cual debe efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes; en consecuencia, enviara las respectivas citaciones por el medio más eficaz a las partes con una antelación no inferior a (15) días, indicándoles en el escrito el objeto de la conciliación y las consecuencias jurídicas que se generan por no asistir a la misma, las cuales pueden consistir en multas hasta por dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y se entenderá que no hay animo conciliatorio.

Las pruebas que se pretenden esgrimir como fundamento de las pretensiones deberán allegarse junto con la solicitud; no obstante, el Ministerio Público tiene la facultad de ordenar que se arrimen otros medios de prueba las cuales deberán aportarse por el accionante en un término no mayor a los veinte (20) días calendario dejando claro que dicho lapso *“no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley”*. Si no se allegan las pruebas se entiende que no se logró el acuerdo conciliatorio y si procederá a la expedición de las respectivas constancias.

De igual forma, el Procurador en caso de observar animo conciliatorio podrá *“solicitar a la autoridad competente la remisión de los documentos de carácter reservado que considere necesarios, conservando el deber de mantener la reserva”*. De igual forma podrá

“solicitar el apoyo técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, así como de las entidades públicas competentes para el efecto, con el objeto de valorar los medios de prueba aportados por las partes.”

Durante el desarrollo de la audiencia de conciliación la dirección de la misma será llevada por el Agente del Ministerio Público quien conducirá el trámite en la siguiente forma, conforme al artículo 9°:

1. Las partes expondrán sucintamente sus posiciones y las justificarán con los medios de prueba que se acompañaron a la solicitud de conciliación y durante la celebración de la audiencia podrán aportar las pruebas que estimen necesarias.

2. Si los interesados no plantean fórmulas de arreglo, el agente del Ministerio Público podrá proponer las que considere procedentes para la solución de la controversia, las cuales pueden contener posibles acuerdos respecto de los plazos para el pago de lo conciliado, monto de indexación e intereses, y ser acogidas o no por las partes.

Con el propósito de analizar las fórmulas de avenimiento propuestas por el agente del Ministerio Público, este podrá, excepcionalmente, citar a la audiencia de conciliación a los integrantes del Comité de Conciliación de la entidad u organismo de derecho público que participa en el trámite conciliatorio.

3. Si hubiere acuerdo se elaborará un acta que contenga lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia; identificación del agente del Ministerio Público; identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia; relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación; el acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Si la conciliación versa sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular, también se indicará y justificará en el acta cuál o cuáles de las causales de revocación directa previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o normas que lo sustituyan, sirve de fundamento al acuerdo e igualmente se precisará si con ocasión del acuerdo celebrado se produce la revocatoria total o parcial del mismo.

El acta será firmada por quienes intervinieron en la diligencia y por el agente del Ministerio Público y a ella se anexará original o copia auténtica de la respectiva acta del Comité de Conciliación o se aportará un certificado suscrito por el representante legal que contenga la determinación tomada por la entidad.

La Procuraduría General de la Nación implementará una base de datos que permita unificar la información sobre los acuerdos conciliatorios logrados.

4. Si el acuerdo es parcial, se dejará constancia de ello, precisando los puntos que fueron materia de arreglo y aquellos que no lo fueron, advirtiendo a los interesados acerca de su derecho de

acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para demandar respecto de lo que no fue objeto de acuerdo.

5. Antes que los interesados suscriban el acta de conciliación, el agente del Ministerio Público les advertirá que el acta una vez suscrita se remitirá al juez o corporación del conocimiento para su aprobación.

Si el agente del Ministerio Público no está de acuerdo con la conciliación realizada por los interesados, por considerarla lesiva para el patrimonio público, contraria al ordenamiento jurídico o porque no existen las pruebas en que se fundamenta, así lo observará durante la audiencia y dejará expresa constancia de ello en el acta.

6. Si no fuere posible la celebración del acuerdo, el agente del Ministerio Público expedirá constancia en la que se indique la fecha de presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, la identificación del convocante y convocado, la expresión sucinta del objeto de la solicitud de conciliación y la imposibilidad de acuerdo. Junto con la constancia, se devolverá a los interesados la documentación aportada, excepto los documentos que gocen de reserva legal.

7. Cuando circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito impidan a alguno de los interesados acudir a la correspondiente sesión, deberá informarlo así dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que debió celebrarse la audiencia (...) (Decreto 1716, 2009).

La audiencia de conciliación podrá suspenderse “*por solicitud expresa de ambas partes y siempre que el agente del Ministerio Público encontrare elementos de juicio respecto de la existencia de ánimo conciliatorio.*” Así mismo debe señalarse que la conciliación puede ser total o parcial, dejando claro que en caso de no realizarse de forma íntegra las partes quedan facultadas para acudir ante la jurisdicción a fin de continuar con su trámite correspondiente.

Finalizado el procedimiento anteriormente referido el funcionario de la Procuraduría General de la Nación “*remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.*” Quien en caso de aprobarlo procederá a notificarlo en legal forma a las partes.

En el evento de no ser aprobado el acuerdo por las autoridades judiciales correspondientes se notificara la decisión a las partes de conformidad con los parámetros

señalados en la Ley 1437 de 2011, lo cual permitirá que a partir del día siguiente (hábil) de la ejecutoria de dicho auto, se reanuden los términos de caducidad que se habían suspendido desde la presentación de la solicitud de conciliación.

De otra parte debe indicarse que los intervinientes en la Conciliación Extrajudicial son los siguientes:

1. En primer lugar debemos indicar que en tratándose de las Acciones Contencioso Administrativas, la única autoridad o ente ante el cual se pueden realizar las conciliaciones extrajudiciales, es la Procuraduría General de la Nación, por consiguiente, uno de los intervinientes dentro de la misma, es el funcionario de esa entidad a quien haya correspondido por reparto el conocimiento de la causa en estudio.

2. En segundo lugar participa el Accionante o su Defensor de Confianza, quienes son los que presentan la solicitud de conciliación, y pueden dentro del desarrollo de la actuación participar activamente en el proceso de negociación que allí se genere.

3. Por último, participa el Profesional del Derecho que sea designado por la parte demandada, quien como se indicó en párrafos anteriores, además de contar con el poder legalmente conferido, debe tener en cuenta los parámetros dados en la autorización que el Comité de Conciliaciones de dicha dependencia, previamente le haya otorgado.

3.1.2. El acuerdo conciliatorio.

En el acuerdo conciliatorio se realizara un acta en la que se dejara constancia de manera suscitan de la forma en que se desarrolló, las partes que intervinieron y el funcionario de la Procuraduría General de la Nación que fungió como Conciliador, de las intervenciones que cada uno de los anteriores realizaron, dejando claro si se llegó a un acuerdo total, parcial o si por el contrario no se logró la solución de las controversias expuestas, precisando que en caso de generarse un acuerdo parcial o de no lograrse, se indicara que el accionante queda facultado para acudir ante la jurisdicción a tramitar las controversias a través de las acciones correspondientes; así mismo se indicara en el acta, el monto del acuerdo logrado, el lugar, la fecha y hora en que deberá cumplirse.

Es de anotar que el acta de conciliación junto con la sentencia judicial que lo aprueba debidamente ejecutoriada prestan merito ejecutivo y al igual que las demás sentencias judiciales, hacen tránsito a cosa juzgada.

3.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA ACTIVA Y PASIVA, LITISCONSORCIO Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Para que resulte procedente ejercer la Conciliación Extrajudicial al igual que en las acciones contencioso administrativas se requiere que los demandantes tengan la facultad legal para hacerlo, lo que implica, en palabras de la Corte Constitucional, que la causa activa corresponde a la titularidad del demandante “respecto de los derechos fundamentales infringidos, la capacidad para actuar en representación de otros a quienes resulta imposible defender directamente sus propios derechos, o la capacidad para actuar como apoderado

judicial de acuerdo con los requerimientos legales para el efecto” (Corte Constitucional Sentencia T - 492, 2001).

Lo anterior, teniendo en cuenta que si la parte demandante no cuenta con la facultad legal para impetrar la acción, el Procurador General de la Nación está en la obligación de inadmitir la solicitud, toda vez que la titularidad del derecho lesionado es el que otorga la competencia para accionar y/o solicitar a las autoridades públicas la restauración o su resarcimiento, ya que de lo contrario podrían estar recibiendo la indemnización de los perjuicios causados quien no los sufrió.

De igual forma, debe indicarse que para que procedan las acciones se hace necesario que exista legitimación en la causa por pasiva, esto es, que la parte demandada sea quien realmente causó con su comportamiento activo u omisivo el daño antijurídico que se alega, o en su defecto que tuviera la obligación de protegerlo, ya que de lo contrario no podría ejercerse la demanda en su contra y en consecuencia la conciliación será fallida.

De otra parte, debe indicarse que se ha observado que suelen existir eventualidades en que las partes que intervienen en el proceso (demandante y demandado) esta integradas y representadas por un solo sujeto en cada uno de los extremos, lo que implica que no haya mayor dificultad al momento de identificarlas, resultando de cierta manera un poco más sencilla la realización de algunas actuaciones tales como, las notificaciones.

No obstante a lo anterior, suele presentarse diversas casualidades en que las dos partes o alguna de ellas se encuentra representada en varias personas, (naturales o jurídicas), siendo necesario proceder a demandarlas de forma conjunta, tal y como suele suceder cuando se impetra una acción en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional,

incluso se vincula al Ejército Nacional o cualquier otra entidad estatal, de la que se considere tiene algún grado de responsabilidad en el suceso conformándose de esta forma el denominado “Litis Consorcio”.

Esta figura jurídica tiene sus fundamentos en el Código Civil Colombiano, el cual ha preceptuado en el Capítulo II “Litis Consortes” Artículo 50 y subsiguientes en los que se estableció:

Artículo 50: Litisconsortes facultativos. Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

Artículo 51: Litisconsortes necesarios. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos.

En ese sentido, se puede establecer que desde el orden normativo existen dos tipos de Litis Consorcios, el “*Facultativo*” y el “*Necesario*”, los cuales han sido definidos por el Consejo de Estado de la siguiente forma:

(...) Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única “relación jurídico sustancial” (art. 51 C. de P. Civil); en este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos. En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil)... La intervención facultativa sólo podrá ejercerse hasta antes de que se profiera sentencia de única o primera instancia y dentro del término previsto para la interposición de la acción

correspondiente, esto es, siempre que no hubiese operado la caducidad (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2010).

Así mismo, la jurisprudencia ha identificado otra modalidad en que se pueden presentar los Litis Consorcios el cual ha sido denominado “Litis Consorcio Cuasinecesario” definiéndolo a su vez de la siguiente manera:

(...) el litis consorcio cuasinecesario, es una especie o modalidad jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el litis consorcio facultativo, que se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la activa o por la pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos (inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil.) (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2010).

De otra parte, se ha incluido dentro de las normas vigentes “*el llamamiento en garantía*” la cual es una figura jurídica que permite a la parte demandada solicitar al Juez de conocimiento en aquellos eventos que considere que existe un tercero con la obligación de reparar el daño ocasionado, que se proceda a llamarlo dentro del proceso para que efectúe la reparación del mismo, evitando de esta forma, un desgaste inoficioso al tener que ejercer una Acción de Repetición en contra de este. Es así como lo ha establecido la Ley 1437 de 2011:

Artículo 225.Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.
 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.
- El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

3.3. COSA JUZGADA Y PLEITO PENDIENTE.

En el orden jurídico social, se han establecido diversos mecanismos, con los cuales además de buscar el equilibrio de las relaciones que surgen en el seno de la sociedad, también propenden por el mantenimiento de la paz, la armonía y la equidad, es así como resulta indispensable la aplicación de una recta y cumplida Administración de Justicia, la cual debe finiquitar los temas sometidos a su estudio con una decisión de fondo que goce de plena seguridad y que garantice a los administrados que sus controversias han quedado resueltas de forma definitiva.

De esta manera, se ha creado dentro del ámbito legal la denominada “Cosa Juzgada”, con lo cual se evita que un asunto sea sometido a varios procesos ante la misma jurisdicción.

En ese orden de ideas la Corte Constitucional ha sostenido jurisprudencialmente respecto de la cosa juzgada lo siguiente:

(...) En reiteradas oportunidades este tribunal ha definido a la cosa juzgada constitucional como “el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional”, valga decir, cuando se configura la cosa juzgada constitucional, porque ha habido un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de determinado precepto legal, no es posible volver a ocuparse del tema. La cosa juzgada constitucional puede ser absoluta o relativa. Es absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”.

Es relativa “cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”. La cosa juzgada constitucional relativa, es más compleja cuando la Corte ha declarado la exequibilidad de la norma acusada. En este caso es posible presentar nuevas demandas contra la misma norma, pero con fundamento en diferentes cargos (...) (Corte Constitucional Sentencia C - 332, 2013).

De igual forma ha indicado la Corte Constitucional, que la Cosa Juzgada “cumple al menos dos funciones: una negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas” (Corte Constitucional Sentencia C - 220, 2011).

En el mismo sentido el Consejo de Estado ha señalado respecto al tema objeto de estudio que:

(...) En términos generales, el fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior. Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica. El artículo 175 del Código Contencioso Administrativo reguló este efecto de las decisiones judiciales en firme proferidas en los procesos de que conoce esta jurisdicción. De esta forma quedó consagrada la operancia de la cosa juzgada en las acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales, de reparación directa y cumplimiento (...) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, 2011).

De igual forma se puede advertir que sobre la “cosa Juzgada” se encuentran varias normas que la refieren dentro de la Ley 1437 de 2011, como son los artículos 180 “*Audiencia inicial*”, 189 “*Efectos de la sentencia*”, y 250 “*Causales de Revisión*”; incluso, se puede observar esta figura en el actual Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, artículo 303:

Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

Situación que se aplica en todas las áreas del derecho, impidiendo de esta forma que las situaciones controvertidas dentro de los procesos no vuelvan a ser nuevamente estudiadas, en la misma jurisdicción y en relación con las mismas causas o puntos que se debatieron dentro del sumario, con lo cual se genera seguridad jurídica para los administrados y la misma Administración Pública.

3.4. CARGA DE LA PRUEBA EN EL EXTREMO CONVOCANTE

Como es bien sabido dentro del ámbito procesal, todas las decisiones que se profieran deben estar soportadas en pruebas legalmente allegadas al sumario, en consecuencia, se ha establecido en relación con la carga de la prueba dentro de los temas contenciosos administrativos, que esta se encuentra a cargo de la parte accionante, el cual tiene la obligación de demostrar los supuestos de hecho que alega como fundamento de las pretensiones.

No obstante, a lo anterior debe indicarse que la parte accionada, tiene la posibilidad de controvertir las que se alleguen, aportar las que tenga en su poder y solicitar las que considere necesarias para soportar los argumentos de su defensa; aunado a ello, el juez del caso cuenta

con la facultad oficiosa establecida en el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, pruebas de oficio. “En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes (...)”. Para decretar y allegar al proceso las que considere necesarias a fin de establecer claridad y tomar la decisión que en derecho corresponda.

Sin embargo, tratándose del recaudo probatorio allegado previamente a la realización de la audiencia de Conciliación Prejudicial, esta se encuentra a cargo única y exclusivamente del accionante, quien deberá propender por arrimar el mayor número de elementos que permitan convencer a su contraparte para llegar a un acuerdo, no obstante, como ya se indicó en párrafos anteriores, el procurador puede ordenar las pruebas que considere necesarias, incluso aquellas que gozan de reserva sumarial, podrá solicitar el apoyo del personal judicial para lograr la interpretación de las diligencias que se hayan allegado.

3.4.1. Carga de la prueba en el extremo convocado y principales elementos materiales probatorios: Historia clínica, Consentimiento informado, Necropsia y Peritajes.

Tratándose de procesos adelantados con relación a los servicios médicos suministrados por las Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, pueden ser aportados por la parte demandada en razón a que en ella reposan los documentos o pruebas que permitirán el esclarecimiento de los hechos investigados, como son: la historia clínica, dentro de la cual se debe encontrar el

Consentimiento Informado, la necropsia que se haya practicado (en caso de muerte) y los dictámenes periciales que se hubiesen solicitado ante los diferentes gabinetes del Instituto Nacional de Medicina Legal, la Policía Judicial o los laboratorios de la Fiscalía General de la Nación.

Dichos documentos resultan ser de suma importancia toda vez que a través de ellos se puede establecer el tratamiento y medicamentos suministrados, el servidor público que los prescribió y a quienes lo administraron, así como los registros de dispensación y los daños antijurídicos causados como consecuencia de estos.

CAPITULO 4.

4. HACIA UNA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE PROCESOS Y CONDENAS JUDICIALES POR FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.

En primer lugar debe indicarse que para efectos de evitar el inicio de procesos contencioso administrativos en contra de la Nación - Ministerio de la Protección Social y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, lo más propicio sería evitar que se presenten errores en los tratamientos médicos, sin embargo, teniendo en cuenta que es algo imposible por la complejidad y las múltiples reacciones que se generan con los mismos en los pacientes que reciben la atención, se debe propender por tratar de solucionar los conflictos antes de iniciar el litigio haciendo uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos descritos en el ordenamiento jurídico nacional vigente como lo es la conciliación.

En consecuencia, resulta necesario generar dentro de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, unas políticas formales, dirigidas a buscar que los defensores traten en lo posible por solucionar los conflictos antes de que se inicien las actuaciones ante la jurisdicción, no solo por el beneficio económico que se puede obtener durante el acuerdo conciliatorio, sino porque además, se evitarían desgastes innecesarios, toda vez que debe tenerse en cuenta que durante el trámite procesal que se adelanta en la Rama Judicial, la entidad demandada, debe vigilar de forma constante el sumario, para lo cual se requiere de los servicios de un profesional del derecho, el cual deberá entre otras, contestar la demanda, proponer excepciones, asistir a las

audiencias que se programen, controvertir las pruebas, alegar de conclusión y apelar las decisiones que se profieran en contra, y aun así no hay garantía de absolución para la institución; aunado a ello, por el transcurso del tiempo al momento de proferirse la sentencia definitiva, los montos a pagar suelen ser muy superiores, en razón a que las pretensiones quedan a discrecionalidad del juez y los intereses aumentan los costos.

De esta forma, un daño antijurídico que bien puede indemnizarse de común acuerdo sobre lo petitionado, puede terminar sufragado con un monto incluso superior al de las pretensiones más la indexación que resulte hasta el momento del fallo en la sentencia, incluso el Estado puede ser condenado en costas y agencias en derecho, con lo cual se puede aumentar el detrimento patrimonial de la nación y como este tipo de sentencias se presentan a menudo, el menoscabo al erario público, suele ser muy gravoso.

Por tanto, desde el seno de las Instituciones prestadoras de servicios de salud pertenecientes al sector público, se debe propender por emitir directrices que converjan en reducir el acaecimiento de incidentes adversos que ocasionen daños antijurídicos, y así mismo indicar la responsabilidad que existe para los profesionales de la salud de asumir el pago de los daños causados, ya sea por vinculación mediante el llamado en garantía dentro del trámite procesal, o por el inicio de la acción de repetición, una vez resulte condenada la entidad en la cual laboran a indemnizar a los afectados.

4.1. LA PRAXIS MÉDICA IDEAL

En diversas oportunidades se ha manifestado que la Praxis Médica ideal está compuesta por varios factores, dentro de los que se podrían enumerar de forma sucinta los que al criterio del investigador se consideran más relevantes, y que se logran enmarcar en una buena relación médico paciente, el suministro de los tratamientos necesarios para contrarrestar el diagnóstico o los síntomas que sufre el paciente, lo cual incluye un proceder ético del Galeno y que la atención requerida se proporcione en el momento oportuno dentro de la Institución prestadora de servicios de salud, lo cual conllevará a garantizar de cierta forma el éxito del tratamiento.

Lo anterior, debe ir de la mano con el conocimiento necesario por parte de los Profesionales de la Salud, así como de la experiencia y habilidad que les permita ser eficientes en la identificación y suministro del tratamiento diligente y cuidadoso, además deberá contar con la capacidad de generar buenas relaciones interpersonales, por cuanto, esto permite forjar un buen nivel de confianza y credibilidad en las personas que atiende, lo cual resulta de relevancia, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones los tratamientos no causan el efecto esperado debido a que la relación médico – paciente, es un poco compleja, lo que conlleva a que el primero no suministre la información necesaria, afectando de esta forma los resultados que podrían obtenerse, ya que si bien se pueden realizar múltiples exámenes que permitirán en cierta medida determinar la patología que sufre, no siempre estos son efectivos y el profesional de la salud necesita conocer de primera mano la forma en que se ha desarrollado cada uno de los síntomas de la enfermedad a tratar.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que existen ciertas respuestas psicológicas o

emocionales del paciente que influyen en su evolución y que si estas son positivas podrán concebir junto con el tratamiento médico adecuado la recuperación del aquejado en un menor tiempo.

La importancia de la relación de los médicos con los pacientes ha sido ampliamente estudiada, en razón a que se ha observado el valor agregado de esta en el desarrollo de una praxis médica ideal; es así como desde la experiencia profesional del investigador de la presente tesis, puede señalar algunos aspectos relevantes que los pacientes esperan en la conducta de los médicos hacia ellos, estableciendo como característica primordial la confiabilidad que logra la empatía médico – paciente, el trato humano y personal y por último la experticia en su profesión.

Adicionalmente, no se pueden dejar de lado aquellas experiencias que contraría la praxis médica, que se pueden establecer en las siguientes conductas: “la arrogancia del médico para educar al paciente, el desinterés en el paciente como individuo, la impaciencia para contestar las preguntas del paciente hasta dejar de analizar el pronóstico con él, una limitación para la interpretación de estos hallazgos”, dicen los autores, es la falta de medición objetiva de las percepciones tanto positivas como negativas” (Bendapudi, Berry, Frey, Turner y Rayburn, 2006, pág. 8).

Lo anterior resulta entendible si se tiene en cuenta que la atención médica a diferencia de los demás servicios públicos de primera necesidad, resultan en ciertas eventualidades indispensable para la supervivencia de las personas, su suministro requiere una interrelación directa, donde el paciente necesita un nivel superior de entendimiento, en razón a que se presenta ante su galeno “*con una combinación de enfermedad, dolor, ansiedad y miedo*”

además de un alto grado de estrés, lo cual hace que la capacidad para escuchar y entender del profesional de la salud resulte de gran relevancia; en consecuencia se ha determinado que para alcanzar una práctica media ideal los profesionales de la salud, deben desarrollar las siguientes cualidades:

- **Confianza:** “se refiere al estado del arte que aplica en las prácticas y procedimientos médicos. No se molesta ante las preguntas de los pacientes sobre la información médica adquirida de otras fuentes independientemente de su veracidad. Es accesible al paciente, familiares y colegas” (Bendapudi, Berry, Frey, Turner y Rayburn, 2006, pág. 8) .

- **Empatía:** “hace contacto visual con el paciente y los familiares. Interpreta correctamente las comunicaciones verbales y no verbales de sus pacientes. Reitera las inquietudes del paciente. Comparte historias personales importantes. Habla en un tono de voz agradable y tranquila” (Ferrer, 2012, pág. 11).

- **Humanidad:** Usa un contacto físico apropiado. “Es atento y está presente para el paciente y la situación. Muestra su interés en estar el tiempo adecuado con el paciente a través de movimientos sin apuro. Lo ayuda a solucionar problemas no médicos necesarios para el paciente (acompañante o servicio social)” (Ferrer, 2012, pág. 11). Hace preguntas personales al paciente sobre su vida. Debate sobre sus propios intereses personales. “Utiliza el humor apropiado. Reconoce a la familia del paciente. Recuerda detalles de la vida del paciente conocidos en la visita anterior” (Ferrer, 2012, pág. 12).

- **Franqueza:** “No disfraza ni oculta información. No usa términos médicos. Explica los pro y los contra del tratamiento. Solicita al paciente recapitular la conversación para asegurarse que ha comprendido” (Bendapudi, Berry, Frey, Turner y Rayburn, 2006, pág. 9).

- Respeto: Ofrece explicación sobre la etiología si el paciente lo requiere. “Escucha atentamente y no interrumpe cuando el paciente describe sus síntomas. Le ofrece opciones pero también recomienda el curso del tratamiento. Solicita la colaboración para elegir el tratamiento y la dosis. Respeta el pudor del paciente durante la revisión” (Bendapudi, Berry, Frey, Turner y Rayburn, 2006, pág. 9).

- Método: “brinda explicaciones detalladas. Brinda instrucciones escritas. Cita al paciente por períodos adecuados. Expresa al paciente el deseo de consultar a otros médicos o hacer una investigación bibliográfica en los casos difíciles” (Ferrer, 2012, pág. 12)

También , debe tenerse presente que en la atención medica es indispensable que los profesionales de la salud estén a la vanguardia con los avances dados en el ámbito de la medicina, tanto científicos como tecnológicos, en razón a que estos permiten la identificación de algunas enfermedades en menor tiempo y su control posterior de forma eficaz; sin embargo, debe entenderse que la ciencia y la tecnología constituyen un medio, que aunado a los conocimientos del galeno permitirán la consecución de una sociedad sana y feliz; en consecuencia, se espera de los profesionales de la medicina:

- Que tenga el mejor conocimiento científico, y que haga uso de los medios a su alcance más pertinentes en beneficio de su paciente.
- Que trate enfermos y no enfermedades. Que sepa entender y adaptar la entidad nosológica a la realidad del paciente y su familia y que los involucre en el manejo de su enfermedad.
- Con actitud crítica; que pueda actuar de manera adecuada bajo altas dosis de incertidumbre y ambigüedad para resolver problemas de salud.
- Que sea un comunicador empático. La tecnología abrirá no solo nuevas formas de diagnóstico y terapia sino nuevas relaciones entre el médico y el paciente y se usará solo en su beneficio.
- Un médico afectivo y efectivo que sepa conciliar lo racional con lo relacional.
- Responsable desde el punto de vista individual y social, consciente de la limitada capacidad de la medicina, que afronte la inevitabilidad de la enfermedad y la muerte y hable con la verdad al paciente y su familia sobre ellas. Que entienda que no hay estados de salud perfectos.
- El médico debe ser un profesional capaz de tomar autónomamente decisiones adecuadas para el paciente y el sistema; de decidir el uso de recursos considerando los intereses del paciente y

de los agentes financiadores, mostrando equidad razonable entre costos y beneficios.

- Competente, efectivo, seguro. Honrado y confiable, transparente al momento de resolver conflictos de interés. El médico no debe ser instrumento para que la salud se convierta en un producto de consumo.
- El médico debe ser un racionalizador de recursos, un abogado del paciente, que actúa con prudencia y sensibilidad.
- Líder del equipo asistencial en un sistema que favorezca la asistencia continua, integral, sin fragmentación o discontinuidad. Que sepa delegar funciones, trabajar en equipo y conocer sus limitaciones.
- Comprometido con el paciente y la organización social; líder en condiciones cambiantes; con reconocimiento social y con objetivos de servicio. Con responsabilidad en la gestión de su entorno. Con actitudes claras ante los cambios y elevados niveles de exigencias y responsabilidad y compromiso organizacional y social. Con capacidad de autogestión que posibilite autonomía.
- Empoderado y responsable que cuente con reconocimiento social y condiciones dignas para su ejercicio profesional. Que como profesional tenga la autonomía necesaria para un ejercicio.
- Que como parte de su autonomía y profesionalismo sea capaz de autorregularse y de rendir cuentas a la sociedad y de desarrollar un ejercicio digno de la profesión.
- Un educador, tanto de sus pacientes y familias como de los que se están formando en la profesión. Con vocación hacia la búsqueda de nuevo conocimiento, con pensamiento de impacto global (Rozo, 2015, pág. 25).

El Estado debe procurar por hacer realidad los preceptos constitucionales de garantizar a los ciudadanos los derechos fundamentales consagrados en el texto superior (derecho a la vida y la salud), y por consiguiente, requiere de implementar los centros de salud con medios científicos y tecnológicos necesarios, así como con el personal idóneo suficiente para realizar una atención integral a los pacientes, evitando que la salud de los ciudadanos en vez de tratarse como un derecho fundamental se transforme en un negocio.

4.2. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL MÁS ALLÁ DE UN SIMPLE TRÁMITE DE PROCEDIBILIDAD, UNA IMPORTANTE OPORTUNIDAD PARA

PRECAVER LITIGIOS Y PARA MONTAR UNA ESTRATEGIA DE DEFENSA JUDICIAL FUTURA.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos y dentro de ellos la Conciliación Prejudicial ejercida dentro de las acciones contencioso administrativas, no deben mirarse como un simple requisito de procedibilidad, en razón a que la finalidad primordial que se buscó por parte de los legisladores al momento de imponerla, fue la de permitir un acercamiento de las partes que intervienen en este tipo de conflictos, generando así un escenario ideal en el que pudieran confrontar la realidad, con las pretensiones y el valor de cada una de ellas.

En ese orden, debe indicarse que dicho espacio debe ser aprovechado tanto por el accionante como por el accionado, porque de esta forma podría solucionarse una problemática, en la que si bien es cierto no lograra que se retrotraigan las cosas a su estado inicial, esto es hasta antes de materializarse el daño antijurídico, si pueden tazarse las pretensiones de forma tal que sean acordes a la realidad de los daños; incluso este espacio resulta más provechoso para la parte demandada, por cuanto desde el momento de la presentación de la solicitud de conciliación y allegar los medios de prueba que la parte accionante posee y verificar los que tiene en su poder, puede determinar las poca o muchas posibilidades de éxito que tiene de exonerarse o de ser condenado patrimonialmente, lo cual le da la posibilidad de generar unas propuestas serias que logren convencer a su contraparte de llegar a un acuerdo.

De igual forma, dicho lapso permite que los profesionales del derecho que representan

a la entidad, puedan desde ese momento, con fundamento en las pretensiones, hechos que se esbozan y pruebas que se allegan, establecer una estrategia de defensa en caso de tener que acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto, dicho lapso le permite observar las debilidades y fortalezas que tienen su contendor.

4.2.1. Propuesta de implementación de una relatoría con líneas jurisprudenciales y banco de casos que sirvan de precedente.

Sería del caso establecer dentro de cada una de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Adscritas al sector Público, un grupo de profesionales del derecho encargados de la defensa judicial de su entidad, en la cual, algunos de ellos se deberán encargar de la identificación y recolección de las diferentes líneas jurisprudenciales que respecto a cada uno de los casos se hayan tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo anterior resulta de especial relevancia, si se tiene en cuenta que dentro de cada uno de los procesos tramitados ante la administración de justicia se han ventilado diferentes problemas jurídicos que se desarrollan durante el trámite procesal; de igual forma, se han decantado una serie de teorías, las cuales al ser conocidas y aplicadas por defensores del Estado en cada uno de los procesos en que actúan, aseguran en cierta medida, el éxito de sus argumentaciones. De igual forma, pueden atacar argumentativa y probatoriamente los aspectos en los que no exista la necesidad de reparar los daños, ya sea porque no son susceptibles de indemnización o porque no resulta atribuible a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que se está demandando.

4.2.2. Propuesta de implementación de un formato unificado para atención de solicitudes de conciliación prejudicial.

Para efectos de obtener el mayor provecho posible del Mecanismo alternativo de Solución de Conflictos dentro de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Adscritas al sector Público, se debe crear conforme a lo ordenado en el Decreto Ley 1716 de 2009. El comité de conciliación, el cual estará integrado en la forma señalada por el artículo 17 de la norma en referencia que al respecto establece:

Artículo 17. Integración. El Comité de Conciliación estará conformado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes:

1. El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado.
2. El ordenador del gasto o quien haga sus veces.
3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad. (...).
4. Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.

La participación de los integrantes será indelegable, salvo las excepciones previstas en los numerales 1 y 3 del presente artículo.

Parágrafo 1°. Concurrirán solo con derecho a voz los funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según el caso concreto, el apoderado que represente los intereses del ente en cada proceso, el Jefe de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces y el Secretario Técnico del Comité.

Parágrafo 2°. El comité podrá invitar a sus sesiones a un funcionario de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio del Interior y de Justicia, quien tendrá la facultad de asistir a sus sesiones con derecho a voz.

Dejando claro que los profesionales del derecho que asistan al mismo, cuenten con el conocimiento necesario para efectos de determinar la existencia de los requisitos establecidos en el artículo 90 de la Carta política, así como del recaudo probatorio que lo demuestre, para que con fundamento en ello se genere desde allí un verdadero ánimo conciliatorio, que

además de permitir la realización de una propuesta seria, asegure de cierta forma la aceptación de su contraparte.

Así mismo, resulta necesaria la creación de un formato único para atención de solicitudes de conciliación prejudicial, en el que se incluyan los siguientes puntos de control o de chequeo, que deberán ser verificados por el Jefe del Grupo de Defensa Judicial o del servidor público encargado de representar a las Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, en los procesos de Conciliación Extrajudicial que se adelanten, como son:

En primer lugar se debe designar una persona encargada del trámite procesal a realizar en relación con los procesos de conciliación quien estará pendiente al ingreso de cualquier solicitud de conciliación, para asignarla a uno de los abogados de su grupo, a fin de que realice las siguientes actuaciones:

1. Identificar las pretensiones y los hechos que las fundamentan.
2. Verificar el recaudo probatorio que se anexan junto con la solicitud de conciliación.
3. Iniciar las actuaciones necesarias a fin de allegar las pruebas necesarias para

determinar:

- Que el accionante sea usuario o beneficiario de las Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público.

- Que haya sido atendido en la misma.

- Que durante la atención haya sufrido un daño en el cuerpo o en la salud, para lo cual podrá solicitar (mediante el formato que se anexa) a la junta médica de la Entidad Demandada la información requerida, la cual le permitirá establecer:

- Que exista relación de causalidad entre la atención médica suministrada y el daño presentado por el accionante.

4. Valorar las pruebas allegadas por el solicitante y las recolectadas por él o su grupo, para con fundamento en ellas.

5. Presentar el caso ante el Comité de Conciliación, señalando los pormenores del mismo, a fin de buscar que se realice una propuesta de conciliación o en su defecto que se niegue.

6. Señalar dentro de la propuesta de conciliación presentada ante el Comité su propio punto de vista.

7. Participar en la audiencia de conciliación y transmitir la propuesta aprobada en el comité de conciliaciones, tratando a toda costa de lograr el acuerdo conciliatorio, para lo cual deberá además de conocer las virtualidades, recalcar los beneficios que una solución de este tipo puede traer para ambas partes (Véase figura 1).

Logotipo de la entidad correspondiente	Nombre de la Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público
Solicitud de Conciliación Extrajudicial No: _____ Nombre del Accionante: _____ Servicio de _____ Referencia oficina OFAJ No./ _____ Fecha: _____ Fecha de recibo: Bogotá, _____ N° _____ /DIGE- SUMED.	
1.INTRODUCCION El presente documento tiene por objeto determinar si existió o no RESPONSABILIDAD atribuible al hospital en el caso del paciente _____ cc _____, Elaborado con base en la Ley 23/81, Decreto. 3380/81 y demás normas complementarias sobre Ética Médica .	
2.RESUMEN DE LA HISTORIA CLINICA:	
3. Manifieste si en la HC. Existen registros en los cuales el paciente: <ul style="list-style-type: none"> <input type="radio"/> Incumplió sus citas de control <input type="radio"/> Incumplió ordenes medicas <input type="radio"/> Abandono voluntariamente su tratamiento en urgencias – hospitalización <input type="radio"/> Manifestó realizar actos que pusieran en riesgo su estado de salud. <input type="radio"/> Fue atendido y/o remitido por ESM o IPS. <input type="radio"/> Incumplió la aplicación del tratamiento médico en la forma prescrita <input type="radio"/> Otro. (Fuerza mayor/culpa exclusiva de la víctima/hecho un tercero). Justificacion _____	
4. CUESTIONARIO (las preguntas que determine el asesor jurídico a la parte científica). <ol style="list-style-type: none"> 1. _____ 2. _____ 3. _____ 4. Indique el protocolo, guía de manejo y/o literatura científica internacional Nombre y/o referencia bibliografía soporte _____ 	
5. CONCLUSIONES, Los hechos referidos por el convocante, se deriva de la atención prestada en el hospital. (Confrontando la historia clínica y el expediente jurídico anexados) <ul style="list-style-type: none"> <input type="radio"/> Si _____ <input type="radio"/> No _____ Justificacion _____	
5. La información suministrada será usada con fines legales (EMP), requiere ser precisa, pertinente, la firma de todos los médicos asistentes a reunión del servicio y dentro del plazo fijado, con el fin de no incurrir en las investigaciones o sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano. Firmas del personal que interviene: <div style="text-align: center; margin-top: 20px;"> _____ Médico – Especialista Nombre - firma - Sello – Registro </div> <div style="text-align: center; margin-top: 20px;"> _____ Médico – Especialista Nombre - firma - Sello – Registro </div> <div style="text-align: center; margin-top: 20px;"> _____ Médico – Especialista Nombre - firma - Sello - Registro </div>	

Figura 1. Modelo de conciliación extrajudicial

Fuente: autor

CONCLUSIONES

1. En primer lugar se deben generar dentro de las Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, políticas encaminadas a la prevención y control del daño antijurídico, así como para tratar de solucionar las controversias que se generen con ocasión al servicio suministrado a sus pacientes a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación extrajudicial.

2. La Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, deben generar dentro de su estructura, un grupo encargado de la defensa prejudicial el cual deberá encargarse del estudio de cada una de las propuestas de conciliación que se alleguen, a fin de tratar de solucionar las controversias que respecto de la atención medica se susciten, evitando que las mismas se trasladen ante la jurisdicción.

3. La conciliación extrajudicial que se debe realizar con anterioridad a la iniciación de las acciones contencioso administrativas, no debe tratarse como un simple trámite procesal que los demandantes deben agotar previo a la presentación de las demandas ante la jurisdicción, sino como una oportunidad que el ordenamiento jurídico otorga a las partes a fin de permitirles solucionar las controversias suscitadas mediante un proceso de negociación, en el que el acuerdo que se logre puede beneficiar a las partes, además de hacer tránsito a cosa juzgada.

4. De igual forma debe indicarse que la Conciliación Extrajudicial resulta ser un

mecanismo ágil, expedito que además de permitir la solución de los conflictos suscitados entre las Instituciones prestadoras de servicios de salud y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público y sus usuarios o beneficiarios, permite la obtención de grandes beneficios para las partes involucradas en el conflicto, en razón a que el demandante obtiene una justicia pronta y cumplida, logrando la reparación de los daños en un tiempo relativamente corto, evitando a su vez sufrimientos innecesarios y a la parte demandada por cuanto se favorece con la disminución de los montos a indemnizar, al igual que con la evitación de tener que verificar de forma constante un proceso por un lapso que en algunos casos supera los diez (10) años.

5. Los profesionales de la salud que laboran en las Instituciones y/o Empresas Sociales del Estado pertenecientes al sector público, deben propender por mejorar el servicio suministrado a sus pacientes a fin de evitar la materialización de daños antijurídicos, por cuanto las indemnizaciones que se deben cancelar a los afectados además de ser sumamente cuantiosas, poder ser trasladada a ellos mediante el llamamiento en garantía o en su defecto a través de las acciones de repetición.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri, R y Somarriva, U. (1988). *Manual de De Derech Civil. Contratos* (Vol. II). Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Arango, D. (1974). *La responsabilidad civil en la legislación colombiana*. (Tesis doctoral). Bogotá, D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Argüello, L. (1998). *Manual de Derecho Romano* (3 ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Barrera, T. (2012). *El Derecho de las obligaciones* . Colombia: Ibañez.
- Bendapudi, Berry, Frey, Turner y Rayburn. (15 de agosto de 2006). *La conducta médica ideal según los pacientes*. Obtenido de <http://www.condignidad.org/la-conducta-mca-ideal-segos-pacientes.html>
- Camas, J. (2013). *Responsabilidad Médica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Código Civil Colombiano. (2015). Bogotá, D.C: Legis.
- Consejo de Estado. (2011). *Fallo 19836*. Colombia.
- Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. (2011). *Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097)*. Colombia.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. (2011). *Radicación número: 25000-23-27-000-2004-02100-01(16770)*. Colombia.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (2010). *Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341)*. Colombia.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (2013a). *Sentencia de Unificación*. Colombia.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. (2012b). *Radicación: 05001-23-24-000-1994-02530-01*. Colombia.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. (2013b). *Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366)*. Colombia.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. (2014). *Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804)*. Colombia.

Consejo de Estado Sección Tercera. (2012a). *Expediente No. 18.364*. Colombia.

Constitución Política de Colombia de 1886. (1990). Colombia: Legis.

Corte Constitucional Sentencia C - 127. (2011). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia C - 220. (2011). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia C - 332. (2013). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia C - 333. (1996). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia C - 665. (1992). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia T - 016. (2007). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia T - 078. (2013). Colombia.

Corte Constitucional Sentencia T - 492. (2001). Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. (2009a). *Expediente No. 05001-3103-002-2002-00099-01*. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. (2009b). *Referencia: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01*. Colombia.

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. (2011). *Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01. Magistrado ponente: William Námen Vargas*. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. (2013). *Ref.: 11001-3103-027-1998-37459-01*. Colombia.
- Decreto 1485. (1994). *Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud*. Colombia: Presidencia de la República.
- Decreto 1716. (2009). *Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*. Colombia: Congreso de la República.
- Ferrer, M. (3 de mayo de 2012). *Acto médico: relación interpersonal*. Obtenido de www.personalismo.org: <http://www.personalismo.org/ferrer-m-acto-medico-relacion-interpersonal/>
- García, V y Lamo, R. (1998). *Responsabilidad Civil, consecuencias accesorias y costas procesales*. Barcelona: Bosh.
- Gómez, P y Troncoso, E. (2010). *De la responsabilidad civil por los delitos y las culpas: análisis de la tesis de grado del maestro Dario Echandía*. Colombia: Universidad de Ibagué.
- Henao, J. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, S. (2010). *Metodología de la Investigación* (5 ed.). México: Mc Graw Hill.

- Irisarri, B. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ley 100. (1993). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Colombia: Congreso de la República.
- Ley 1437. (2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Colombia: Congreso de la República.
- Ley 1564. (2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Colombia.
- Llamas, E. (2002). *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- López, M. (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. 1). Buenos Aires: La Ley.
- Mendoza, V. (Julio - Diciembre de 2011). Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Pensamiento Americano*, 4(7), 47 - 41.
- Mosset, I y Piedecabras, A. (2007). *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Peirano, F. (1979). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Prevot, J. (2008). *Responsabilidad Civil de los médicos*. Buenos Aires: Perrot.
- Restrepo, J. (2014). *Teoría de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales*. (Tesis de grado). Colombia: Colombia Universidad Pontificia Bolivariana.
- Rozo, U. (12 de abril de 2015). *El panorama de la salud, desde la perspectiva de la práctica médica*. Obtenido de asocajasrevitamasvida.asocajas.org.co:

<http://asocajasrevistamasvida.asocajas.org.co/index.php/revista-mas-vida-no-13/67-el-panorama-de-la-salud-desde-la-perspectiva-de-la-practica-medica>

Salamanca, O. (2010). *Responsabilidad del Estado colombiano por el Desplazamiento Forzado*. Barranquilla: Corporación Universitaria Rafael Nuñez.

Santos, B. (2008). *Instituciones de Responsabilidad Civil* (2 ed., Vol. II). Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Tamayo, J. (2009). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. II). Bogotá, D.C: 2009.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. I). Bogotá, D.C.: Legis.

Tamayo, L. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* (3 ed.). Colombia: Doctrina y Ley.

Yzquierdo, T. (1988). *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Madrid: Reux.