



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL: ¿UN CONFLICTO DE COMPETENCIAS RESUELTO?

DIANA MARCELA ALDANA ROMERO

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá, Colombia
2012**

**RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL INTEGRAL: ¿UN CONFLICTO DE COMPETENCIAS RESUELTO?**

DIANA MARCELA ALDANA ROMERO

**Tesis presentada como requisito para optar por el título de
Magíster en Derecho**

Director: Fredy Andrei Herrera Osorio

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2012**

APROBACIÓN

RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL: ¿UN CONFLICTO DE COMPETENCIAS RESUELTO?

DIANA MARCELA ALDANA ROMERO

**Tesis presentada como requisito para optar por el título de
Magíster en Derecho**

Dr. Fredy Andrei Herrera Osorio
Director Tesis

Dr. Félix Hoyos Lemus
Calificador

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FACULTAD DE
DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.,
2012**

*A mi padre, a quien amo profundamente y de
quien siento su amor a pesar de su partida*

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar es claro que debo agradecer a Dios por darme la oportunidad de iniciar y culminar este periodo académico de mi vida y haberme dado la paciencia y la perseverancia necesaria para llevar a feliz término la elaboración de esta investigación.

Además agradezco a mi madre y a mi hermano que me apoyaron en todo momento y me motivaron para seguir adelante a pesar de todos los obstáculos que se presentaron, también aquí debo reconocer la labor hecha por mi padre quien antes de partir al lado de Dios me impulsaba y me daba herramientas para tener en cuenta en el trabajo.

A mi Director, el Profesor Fredy Andrei Herrera Osorio, por tener toda la paciencia y la disciplina que fue necesaria para que yo pudiera culminar esta investigación, por sus lecciones no solo de derecho, sino de metodología, redacción y otros elementos con los cuales sin duda este trabajo no habría salido avante.

RESUMEN

Cuando un paciente y su familia consideran que existió una indebida prestación del servicio de salud que le causó un daño, tiene el derecho de acudir a las autoridades judiciales para que se determine la responsabilidad del agente y la forma de reparación del perjuicio. Sin embargo conociendo plenamente este derecho, se encuentra que existe un vacío en torno a la autoridad judicial que debe conocer de estas pretensiones tratándose de una falla del servicio en el sistema de seguridad social integral en salud, pues en un primer momento la jurisdicción ordinaria en sus especialidades civil y laboral y la jurisdicción contenciosa administrativa crearon un conflicto positivo de competencias, lo cual generó una incertidumbre en los usuarios de la administración de justicia y una sensación de ineficacia e ineficiencia del aparato jurisdiccional.

Teniendo en cuenta la gravedad de esta situación ya que están involucrados los derechos a la vida, la salud y el bienestar socioeconómico del paciente y su familia, es necesario determinar la forma como debe distribuirse la competencia judicial en estos asuntos, para lo cual debe tenerse en cuenta que la jurisdicción laboral fue excluida del conocimiento de estas controversias con la expedición del Código General del Proceso y que como quiera que la salud se constituye como un servicio público dentro del cual intervienen los particulares bajo el control del Estado como garante del sistema, con el fin de determinar cuál es el juez competente, debe acudirse al factor subjetivo de competencia y por tanto en caso de que la entidad demandada sea de naturaleza privada este asunto deberá ser conocido por la jurisdicción ordinaria civil y en caso de ser la demandada una entidad pública la competente será la jurisdicción contenciosa administrativa.

PALABRAS CLAVE: Acto médico, responsabilidad, servicio público, competencia judicial.

ABSTRACT
**MEDICAL RESPONSIBILITY ARISING FROM Í SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL INTEGRALÎ : A CONFLICT OF POWERS SOLVED?**

When a patient and his family think that there was an undue health service, that caused a damage, the patient has the right to claim to the judicial authorities in order to determine the agent's responsibility and how to repair the damage. But no matter this right, there is doubt of the competence of judicial authority that resolves these claims, because at first sight, the ordinary jurisdiction in civil and labour specialties and administrative jurisdiction created a positive conflict of jurisdiction, which generates uncertainty in users of the administration of justice and a sense of inefficiency of the judicial power.

Considering the importance of this situation and the influence, in the life right, health and socio-economic wellbeing of the patient and his family, it is necessary to determine how to assign the jurisdiction in these matters (subjects?). The General Code of Procedure intends to resolve this controversy and excludes the labour jurisdiction from the knowledge of these controversies however the health is constituted as a public service in which individuals involved under the control of the state as guarantor of the system, to determine the competent judge, which must apply to the subjective factor of knowledge and therefore when a company is sued, and it is private this matter should be known by the ordinary civil judge, and if the Company sued is public the responsible entity will be the administrative jurisdiction.

KEYWORDS: Medical act, responsibility, public service, jurisdiction.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
1. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	16
1.1. FACTOR DE IMPUTACIÓN	20
1.1.1. LA CULPA	20
1.1.2. LA FALLA EN EL SERVICIO	21
1.2. DAÑO	22
1.3. NEXO CAUSAL	22
1.4. RESPONSABILIDAD MÉDICA GRUPAL	23
2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO COMPETENCIA JUDICIAL EN ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD EN EL MARCO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL	26
2.1. JURISDICCIÓN	27
2.2. COMPETENCIA	29
2.2.1. CONCEPTO	29
2.2.2. CLASES DE COMPETENCIA	30
2.2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA	31
2.2.4. FACTORES DE COMPETENCIA	33
2.2.5. JERARQUÍA DE LOS FACTORES DE COMPETENCIA	34
2.2.6. CONFLICTOS DE COMPETENCIA	35
2.2.7. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	36
2.3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL 2001-2011 ..	37
2.3.1. SENTENCIA FUNDADORA	38
2.3.2. SENTENCIA HITO	38
2.3.3. SENTENCIAS CONFIRMADORAS	40
2.4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO 2001-2011	41
2.4.1. SENTENCIA FUNDADORA	42
2.4.2. SENTENCIA HITO	43
2.4.3. SENTENCIAS CONFIRMADORAS	48
2.5. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . SALA DE CASACIÓN LABORAL 2005-2011	53
2.5.1. SENTENCIA FUNDADORA	54
2.5.2. SENTENCIA HITO	57

2.5.3. SENTENCIAS CONFIRMADORAS.....	60
2.6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . SALA DE CASACIÓN CIVIL 2001-2011	61
2.7. EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y ESCENARIO ACTUAL.....	69
3. EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD	72
3.1. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.....	72
3.2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.....	75
3.2.1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DONDE HAY INTERVENCIÓN PARTICULAR.	79
3.3. EL SERVICIO PÚBLICO A LA SALUD	86
3.4. LA SALUD COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.....	91
4. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN SALUD.....	93
4.1. PRINCIPIOS DEL SISTEMA.....	93
4.2. PLANES DE BENEFICIOS	94
4.3. INTEGRANTES DEL SISTEMA.....	95
4.3.1. INTERVENCIÓN ESTATAL	96
4.3.1.1. Funciones exclusivas de la Administración.....	96
4.3.1.2. Funciones compartidas con los particulares	102
4.3.2. INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES.....	103
5. LA REAL DISTRUBUCIÓN DE COMPETENCIAS.....	105
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA.....	119

INTRODUCCIÓN

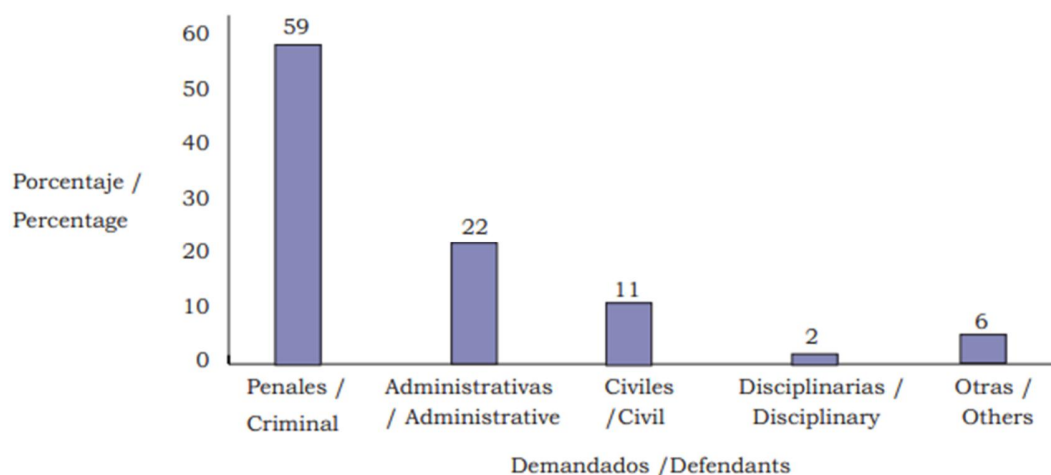
El presente documento es el resultado de una investigación en la cual se analizó la delimitación de la competencia judicial para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad médica derivada de la prestación de los servicios de salud en el marco del Sistema General de Seguridad Social Integral.

La obligación del médico por regla general no es de resultado sino de medio, porque en el ejercicio de la medicina a pesar de un acertado diagnóstico dado a un paciente, pueden producirse resultados contrarios a los esperados por variables que escapan al control de la ciencia médica tales como las reacciones fisiológicas, las lesiones o enfermedades no detectadas o las complicaciones no esperadas durante un procedimiento. Lo anterior no exime al profesional de la salud de emplear todos los medios necesarios para curar o tratar al paciente, pues los daños fisiológicos sufridos por éste, sumado a los daños morales que se le causen a él y a su familia por una mala praxis médica, generan sin duda una responsabilidad y en consecuencia el deber de resarcir el daño que se hubiere causado, asunto que deberá ser resuelto ante el juez de conocimiento competente.

Sin embargo, se encuentra que ni los pacientes, ni los médicos, ni los abogados, tienen claridad respecto al juez al que se debe recurrir para resolver estos asuntos, en atención a que los usuarios acuden indistintamente ante diferentes autoridades judiciales y administrativas sin tener certeza cuál es la jurisdicción competente. Lo anterior se hace evidente con la investigación adelantada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, establecimiento público responsable de dar soporte científico y técnico en asuntos de medicina legal y ciencias forenses a la administración de justicia, y que al realizar un análisis estadístico de los informes periciales de responsabilidad profesional efectuados entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de Diciembre de 2010 en la Regional Bogotá, encontró que de los casos estudiados se tiene que el 59% los usuarios acudieron a la jurisdicción ordinaria penal, el 22% a la jurisdicción contenciosa administrativa, el 11% a la jurisdicción civil, el 2% ante

autoridades disciplinarias y un 6% ante otras instancias, situación que se refleja en la siguiente gráfica¹

Gráfica 1. DISTRIBUCIÓN DE LOS CASOS SEGÚN EL TIPO DE AUTORIDAD SOLICITANTE.



Excluyendo los asuntos en que se adelantan procesos por lesiones personales u homicidio culposo contra el personal médico en el que éste es declarado penalmente responsable, y por tanto se tramitan los correspondientes incidentes de reparación, debe señalarse que el fenómeno anterior se explica con el panorama legislativo existente sobre el tema, pues hasta el año 2001 el conocimiento de estos asuntos estaba claramente repartido entre la Jurisdicción Ordinaria Civil y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dependiendo de la naturaleza de la parte demandada (pública o privada), esto es atendiendo al factor subjetivo de competencia. Sin embargo con la expedición de la Ley 712 de 2001 se estableció que los jueces laborales serían competentes para conocer de todas las controversias referentes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin importar la calidad de las partes, ni el vínculo que las une, norma que en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia convirtió a los jueces laborales en los únicos competentes para conocer de los asuntos de responsabilidad médica por actos ejecutados en el marco de ese sistema.

¹ INFORMES PERICIALES POR PRESUNTA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN BOGOTÁ. Rev. Colomb. Anestesiol. Noviembre 2011 - enero 2012. Vol. 39 - No. 4: 489-505 (doi:10.5554/rca.v39i4.180).

Esta postura fue rechazada de forma unánime por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dado que en su criterio la modificación hecha por esta Ley no incluye asuntos de responsabilidad médica, al no ser esta materia parte del Sistema de Seguridad Social Integral.

La imposibilidad de definir claramente quien era el juez competente para resolver estos asuntos fue superada en el desarrollo de la presente investigación, dado que el 12 de julio de 2012 fue expedido el Código General del Proceso, mediante el cual se excluyó a la jurisdicción laboral de estos asuntos, señalando que si bien tiene competencia sobre las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, debían excluirse los asuntos de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.

Así las cosas, aunque con esta modificación legislativa cambió el escenario del problema de investigación planteado, dado que, como se indicó en precedencia, la jurisdicción laboral fue expresamente excluida de estos asuntos y por tanto la competencia quedó nuevamente distribuida entre la jurisdicción civil y la jurisdicción contenciosa administrativa, dependiendo de la calidad de las partes, es necesario establecer si fue acertada la forma en que el legislador hizo la distribución de competencias, para lo cual debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) que este asunto podría ser de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contenciosa administrativa, en atención a que la salud es un servicio público y por tanto, es una función inherente al ejercicio del Estado y ii) que estos asuntos hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral, materia que desde la expedición de la Ley 712 de 2001 tiene un juez especializado para conocer de todas las controversias que se generen en su ejecución, y por tanto es claro que cualquier falla médica que se dé en su ejecución debe ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Planteado lo anterior y con el fin de definir cuál debe ser la jurisdicción competente para resolver las controversias en asuntos de responsabilidad médica derivados del sistema de seguridad social integral en salud, se procederá en el primer capítulo a señalar los elementos de la responsabilidad

derivada de los actos médicos, a través del estudio de lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia, con el fin de determinar el alcance de la obligación de los sujetos que prestan el servicio a la salud y delimitar adecuadamente el objeto de estudio de la presente investigación.

Posteriormente en el segundo capítulo se estudiará el tema de la jurisdicción y la competencia judicial, sus clases, sus características, los factores, su jerarquía, y la forma como estos elementos han sido aplicados por las Altas Cortes al momento de definir quién es el juez competente para conocer de los asuntos de responsabilidad médica, esto último a través de la presentación de las líneas jurisprudenciales que se han desarrollado tanto por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Laboral y Civil. Así mismo se expondrá el cambio que se da en el escenario judicial con la expedición del Código General del Proceso.

Con el fin de comprender los argumentos expuestos por cada uno de los órganos de cierre en las líneas jurisprudenciales desarrolladas, se procederá en el tercer capítulo a establecer el alcance del concepto del servicio público, para poder así definir si por ser una función inherente a las labores del Estado, sus controversias deben ser conocidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para lo cual debe tenerse en cuenta que la prestación de estos ha sido también delegada a los particulares y por tanto el Estado juega un papel diferente. De igual manera deberá establecerse si la prestación de este servicio constituye el ejercicio de una función administrativa, y si por dicha razón sin importar si quien interviene en su ejecución es de naturaleza pública y privada, debe ser juzgado por ésta.

El cuarto capítulo realizará un análisis del Sistema de Seguridad Social Integral para poder entender cuál es su definición, sus objetivos, los integrantes del sistema, sus funciones y las prestaciones que garantiza, con lo cual se pretende: i) establecer si la existencia de una falla en la prestación del servicio de salud puede entenderse como incluida como una controversia propia del sistema y por tanto señalar si este asunto debería ser conocido por los jueces laborales, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral y ii) establecer bajo la nueva perspectiva del servicio público que función tiene el Estado en la ejecución de las prestaciones propias de este sistema para delimitar así cual es el alcance de su responsabilidad y poder señalar si

existen asuntos que atendiendo al factor subjetivo de competencia deben ser conocidos por un juez diferente al juez ordinario laboral, a pesar de estar íntimamente relacionados con la ejecución del sistema.

Finalmente, con los elementos recopilados en cada uno de los capítulos precedentes se establecerá la forma como debe distribuirse la competencia entre las distintas jurisdicciones y su especialidad atendiendo a la controversia que se plantee, y se resolverá cuál juez será el competente para dirimir aquellos asuntos en que se debata la responsabilidad médica derivada de la prestación del servicio público de salud.

Con lo anterior pretende crearse un instrumento de consulta que permita a cualquier sujeto definir cuál es el juez competente para resolver un asunto de responsabilidad derivada de un acto médico, lo cual constituye el aporte fundamental que pretende otorgar esta investigación, dado que como se señaló anteriormente, ni para los profesionales del derecho, ni para los médicos, ni para la población en general, existe claridad respecto a la distribución jurisdiccional de estas controversias.

CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El presente capítulo tiene como fin presentar un panorama general sobre la responsabilidad que se deriva del acto médico que permita así sea de forma general, precisar los alcances de este tipo de responsabilidad que ha sido estudiada tanto por la jurisdicción ordinaria, como por la contencioso administrativa, atendiendo a la naturaleza de la entidad en la que se presta el servicio.

El estudio del acto médico es de vital importancia en el desarrollo de esta investigación en atención a que el acto primario de la prestación del servicio a la salud es el contacto del médico con el paciente, pues de éste se originan todas las actividades que han de desarrollarse, tales como el suministro de los medicamentos y la ejecución de los procedimientos que el profesional de la salud considere como necesarios para satisfacer las necesidades del paciente.

EL HECHO CONTRARIO A DERECHO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA¹.

La medicina se encuentra definida en el numeral 1° del artículo 1° de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) como *una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso*².

La materialización de esta profesión se da a través del denominado *acto médico* el cual se define como el *conjunto de actividades, técnicas y procedimientos de diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, en las acciones de promoción, prevención, curación o tratamiento paliativo que se dan en la relación contractual o extracontractual del médico con el paciente*².

² ARCINIEGAS Rincón Armando, Arango Gaviria Sary y Vergara Hincapie Herman. El Acto Médico Como Hecho Jurídico En Los Tribunales De Ética Médica. Pereira 2005. Universidad Tecnológica de Pereira, Pag 25

La jurisprudencia colombiana se ha referido al acto médico como aquel que *se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas*³.

Respecto a este acto se debe establecer que tiene cuatro características importantes:

- i. Solo puede ser ejecutado por el profesional en el ejercicio de la medicina,
- ii. Debe sujetarse a las normas de excelencia del momento, es decir a la Lex Artis Ad Hoc⁴,
- iii. Su objetivo es la curación del paciente y
- iv. Debe ejecutarse bajo las normas legales vigentes en el momento⁵.

En virtud de lo anterior se encuentra que el acto médico constituye sin duda el eje central de la responsabilidad médica, pues la forma como éste se desarrolla arroja indefectiblemente consecuencias que pueden ser positivas cuando los resultados demuestran una evolución satisfactoria del paciente, o negativas cuando se generan consecuencias adversas o nefastas, hecho este último que también se puede dar ante la ausencia de dicho acto en el momento en que el paciente lo requiere.

La ocurrencia de estas consecuencias negativas en la ejecución de dicho acto médico puede generar un daño en el paciente o en su familia, el cual debe ser resarcido patrimonialmente si se demuestra que existe un nexo causal entre el hecho (esto es el acto médico en sí mismo) y el daño (moral o físico) que sufre la persona o su entorno familiar. Sin embargo, esto no es una regla absoluta pues no puede desconocerse que la práctica de la medicina está sujeta a variables que pueden alterar el resultado esperado a

³ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subseccion B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 17001-23-31-000-1996-7003-01(20374).

⁴ La *lex artis ad hoc* es una locución latina que significa *la ley del propio arte*, y ha sido utilizada con el fin de examinar si determinada actuación profesional ha sido ejecutada de acuerdo con las normas y directrices de excelencia vigentes en la comunidad médica.

⁵ GUZMÁN Mora Fernando, Franco Delgadillo Eduardo y Saavedra Rojas Edgar. Derecho Médico Colombiano, Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Universidad Libre de Colombia. Tomo I. 2006. Pag 90.

pesar de haberse efectuado todas las maniobras acorde a la *lex artis ad hoc* y por dicha razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han señalado que el deber del médico se circunscribe por regla general a una obligación de medio, lo cual significa que el médico no tiene la obligación de garantizar la recuperación satisfactoria, sino que su deber se circunscribe al empleo de todos los medios y recursos necesarios en la forma debida para intentar la evolución satisfactoria del paciente, lo cual se compadece, como se indicó anteriormente, con el hecho indiscutible de que a pesar de que el médico actúe de forma correcta existen variables anatómicas, fisiológicas o simplemente del azar que pueden variar el resultado esperado.

Incluso el artículo 16 del Código de Ética Médica consagró la prohibición al médico de garantizar un resultado, en los siguientes términos:

La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.+

Sobre este punto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), precisó:

*La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos,*

parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturalezaq incluso éticos componentes de su lex artis (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio⁶.

En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido lo siguiente:

Se ha de indicar que la diligencia debida ha de ser la adecuada a la prestación de los servicios médicos requeridos, medida por la lex artis ad hoc, esto es, juzgada según aspectos como los riesgos usuales, el estado del conocimiento, los protocolos aconsejados por la buena práctica.

Como lo enseña la doctrina la dilucidación de la responsabilidad médica no puede estar sujeta a modelos prefigurados de responsabilidad, ni a estándares predeterminados de culpa; pues aquí no se trata de una culpa ordinaria sino de una profesional que debe ser estimada a la luz de la complejidad de la ciencia, y a su estado para el momento en que se aplicó. Bajo la categoría de la prestación médica caben los más disímiles procedimientos o intervenciones, contra una innumerable variedad de males, cuyas causas, síntomas y tratamientos, son unos aceptablemente esclarecidos, y sobre otros la ciencia aún anda a oscuras, ninguno exento del alea terapéutica, todos sometidos a múltiples y variables factores endógenos y exógenos⁷.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas. Radicación número 11001-3103-018-1999-00533-01, 17 de noviembre de 2011. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (8/04/2012).

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas. Radicación número 30621, 22 de enero de 2008. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (20/04/2012).

De lo anterior se colige que el juez que conoce un asunto en el que se debata la responsabilidad médica, debe analizar si el profesional de la salud contra quién se dirige la demanda empleó de forma diligente y oportuna todos los medios necesarios para adelantar de forma adecuada el procedimiento a seguir con su paciente, pues éste por mas pericia que tenga en su arte no puede ir más allá de las complicaciones que la misma naturaleza de la vida humana imponga y por tanto aunque un paciente fallezca o sufra un perjuicio como consecuencia de una actividad médica, esto no implica que necesariamente deba obligársele al médico a que resarza los daños causados.

Claro está, para que se configure la responsabilidad, es fundamental que se presenten los demás elementos propios de la responsabilidad, en particular, i) el factor de imputación, ii) la existencia de un daño y iii) el nexo causal entre ellos.

1.1. FACTOR DE IMPUTACIÓN

Con el fin de analizar este elemento, es necesario tener en cuenta que este factor varía si la responsabilidad es analizada por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa administrativa, pues en la primera de estas se analiza a título de culpa y en la segunda a título de falla en el servicio.

1.1.1. LA CULPA

Para establecer la forma como se estudia este factor es pertinente remitirse a lo establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual en el caso específico de la responsabilidad médica dispuso lo siguiente:

Quiérese poner de presente, entonces, que la responsabilidad por el acto médico propiamente dicho, envuelve un reproche culpabilístico respecto de la diligencia, pericia y cuidados exigibles al facultativo. El nivel de esa exigencia se configura, principalmente, a partir de lo que establecen las reglas de la lex artis ad hoc, que constituye, en ese orden de ideas, el primordial

criterio de valoración de la conducta médica, junto con un patrón de comparación que no es otro que el obrar de un buen profesional. Así las cosas, no puede exigirse del médico algo más, como una diligencia diligentissimi propia de la culpa levísima, sino la corrección que se espera de un buen profesional de su especialidad, es decir de quien acata debidamente los preceptos que gobiernan su ciencia, pero tampoco menos⁸.+

1.1.2. LA FALLA EN EL SERVICIO

En relación con la responsabilidad médica la Sección Tercera de Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha clasificado de forma unánime este tipo de responsabilidad como extracontractual, acogiendo como título de imputación la falla en el servicio, en los siguientes términos:

En otros términos, como de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado, entonces, en el juicio de responsabilidad es necesario verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño y que el mismo le es imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente⁹.+

El tratadista Wilson Ruíz Orejuela, definió la falla o falta en el servicio como *la* actuación irregular (Tardía, defectuosa o hechos u omisiones que ocasionen un daño) de la Administración que trasgrede intereses jurídicamente tutelados. Este régimen encuentra su fundamento en un servicio que la Administración debía prestar, bien por disposición

⁸ Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena, Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil once (2011). Ref.: Expediente No. 2001 00778 01. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (20/04/2012).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-00690-01(19101), 23 de junio de 2010. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/08/2012).

constitucional, legal o cuando de hecho lo asume y que no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo¹⁰.

1.2. DAÑO

Acorde con la jurisprudencia vigente sobre la materia, el daño considerado en si mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio¹¹.

En aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, artículo 167 del Código General del Proceso, la ocurrencia del daño debe ser demostrado por quién lo alega, el cual en estos asuntos hace referencia a la demostración de los perjuicios sufridos en el cuerpo o en la salud de un paciente, sin embargo la nueva normatividad procesal permite en todo tipo de asuntos aplicar lo que jurisprudencialmente se ha denominado la carga dinámica de la prueba, de la siguiente forma:

Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de

¹⁰ RUIZ Orejuela Wilson. Responsabilidad Médica Estatal. ECOE LTDA. 2006. Pág. 33

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán. Extracto jurisprudencial citado por Enrique Gil Botero en el texto Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Segunda Edición. 2001. Pag 22

incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.+

Ahora, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia colombiana, el daño puede ser de tres clases: material, moral y a la vida de relación, antes conocido como fisiológico, los cuales se pueden explicar brevemente en los siguientes términos:

Daño Material: Hace referencia a la lesión causada a los bienes o intereses económicos de los perjudicados, este se subdivide en daño emergente, que es el que se produce cuando un bien sale o saldrá del patrimonio de la víctima, y en lucro cesante, este último que hace referencia a aquellos bienes que no ingresaron o no ingresarán a su patrimonio.

Daño Moral: Hace referencia al dolor, el sufrimiento y la tristeza producida por el hecho generador de responsabilidad y que se compensa en dinero o por la forma que decida el juez.

Daño fisiológico o en la vida de relación: Hace referencia a la imposibilidad a que sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia¹²⁺

1.3. NEXO CAUSAL

El tercer elemento para determinar la responsabilidad bien sea contractual o extracontractual que genere la obligación de reparar es la existencia de un vínculo entre el factor de imputación o hecho generador y el daño probado, es decir se debe acreditar que haya una relación de causalidad entre esos dos elementos.

¹² RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*+ Editorial Temis. Año 2011. Pag. 509.

En relación con el nexo causal, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

La carga procesal de la parte actora no se limita a la demostración del daño antijurídico, esto es, la lesión a un derecho o interés jurídicamente legítimo que la persona no está en la obligación de soportar, sino que es requisito sine qua non, la verificación de la imputación material del resultado, lo cual se puede efectuar a través de plena prueba, mediante indicios o, en específicos casos, acudiendo al criterio de la causalidad preponderante, tal y como lo ha aceptado la Sala en diferentes oportunidades. (õ) deviene inadmisibile, aún en escenarios regidos por títulos de imputación objetivos . y que de manera excepcionalísima lo podrá ser la responsabilidad médica. un esquema de presunción de imputación fáctica o de nexo causal, puesto que constituye un deber o carga indefectible de la parte actora acreditar el vínculo o conexión entre el daño sufrido y el comportamiento del demandado¹³.+

Así las cosas, es claro que en caso de no poderse acreditar ese nexo no es posible establecer una responsabilidad bien sea del particular o de la administración, lo cual sucede en los casos en que aunque se pruebe la ocurrencia del daño se pruebe que éste fue producido por fuerza mayor, caso fortuito, por el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

1.4. RESPONSABILIDAD MÉDICA GRUPAL

Por otra parte es necesario señalar que la existencia de la responsabilidad médica y el deber de reparar los perjuicios causados por una mala praxis médica no involucra solamente al profesional de la salud que atiende al paciente, sino que se ha extendido a las entidades que prestan o administran el servicio de salud. En este orden de ideas una IPS o una EPS podría ser responsable por el perjuicio causado a un paciente, por cualquiera de estas circunstancias:

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-00690-01(19101), 24 de marzo de 2012. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/08/2012).

i) porque existen fallas en la prestación del servicio de salud que no son imputables al personal médico, tales como por ejemplo, un deficiente control sobre el personal asistencial, infraestructuras insuficientes para la atención de los pacientes, dilaciones no imputables al personal médico como la demora en la autorización de medicamentos y procedimientos, retraso en el transporte ambulatorio o cualquier otro factor que este estrechamente relacionado con el servicio de salud y que no tenga ninguna relación con el ejercicio médico.

ii) porque solidariamente se vincula a la entidad para la cual trabaja el médico responsable del daño, con el fin de poder perseguir a un patrimonio solvente que pueda resarcir económicamente los perjuicios causados al paciente y

iii) porque quien sufre el daño no pueda establecer el sujeto causante del perjuicio, por ejemplo en el caso de una cirugía que traiga efectos no deseados y no se pueda determinar, si quien produjo el daño fue el anestesiólogo, el cirujano, la enfermera o cualquier otro miembro del personal de la institución que participo en la atención y el cuidado de un paciente, caso en el cual se persigue de forma objetiva la entidad prestadora del servicio.

Determinados así los elementos de la responsabilidad médica, se procede ahora a exponer el panorama judicial existente en relación con la distribución de competencias que se ha efectuado en relación con éste asunto, pues como se indicó anteriormente, se ha dado un conflicto positivo de competencias, para lo cual debe tenerse en cuenta que una falla en la ejecución de la labor puede originarse en desarrollo de cualquier vínculo médico-paciente, bien sea dentro de una relación netamente particular o al amparo del Sistema General de Seguridad Social Integral, siendo necesario precisar que en el primero de los eventos no hay discusión de la autoridad competente pues estos están asignados a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, por ser ésta por competencia residual, la encargada de conocer los asuntos de responsabilidad profesional, y que la controversia que se ha dado es cuando la ejecución de los actos médicos se desarrollan dentro del marco de cobertura del Sistema en el que se garantiza el acceso al servicio a la salud, la cual no solamente es parte de este sistema, sino que también está instituida como un derecho fundamental y un servicio público.

CAPÍTULO II.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO COMPETENCIA JUDICIAL EN ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD EN EL MARCO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Como se indicó en el capítulo anterior, una mala práctica médica que conlleve un perjuicio para un paciente genera sin duda una responsabilidad y el deber de resarcir el daño que se hubiere causado, asunto que deberá ser resuelto ante el juez de conocimiento.

La definición de dicho juez, como se verá a continuación, ha generado una gran controversia, pues en una primera etapa la competencia sobre estos asuntos fue reclamada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los casos en los que está involucrada una institución pública y la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil en aquellos en que se encuentre involucrado un particular. Sin embargo, a partir de la expedición de la Ley 712 de 2001, mediante la cual se realizaron unas reformas al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la justicia laboral ha señalado ser la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos sin importar si se encuentra involucrada una institución pública o privada, en atención a que estos casos están inmersos en el sistema de seguridad social integral en salud, materia que es de su exclusiva competencia con la expedición de dicha norma.

Ahora aunque la jurisdicción laboral fue excluida del conocimiento de estos asuntos con la expedición del Código General del Proceso, norma que entró a regir el 12 de julio de 2012 y que en sí misma aclara gran parte del panorama, no brinda una visión integral del asunto, pues deja de lado la posición del Estado como garante del sistema, quien podría también ser llamado a responder por una falla en el servicio de supervisión y control de la actividad.

Además, el numeral 8° del artículo 625 de esta norma ordena remitir todos los expedientes de responsabilidad médica a los jueces civiles, lo que pudiera interpretarse en el sentido de que la jurisdicción contencioso administrativa perdió toda su competencia sobre el asunto, lo que exige una adecuada interpretación para garantizar la verdadera protección de los derechos de los pacientes y sus familias, en razón a la naturaleza del derecho que se encuentra en juego.

Sin embargo, previo a la exposición de los argumentos expuestos por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, se encuentra que resulta pertinente resaltar los elementos doctrinales relevantes de la jurisdicción y la competencia, para poder así entender claramente la controversia planteada por estas Corporaciones y comprender con claridad los argumentos que tienen cada una de ellas en relación con la forma como se distribuyen las competencias en estos específicos asuntos de la responsabilidad médica.

2.1. JURISDICCIÓN

El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia señala que la Administración de Justicia es una función pública del Estado que debe desarrollarse por regla general de forma pública y permanente. Su funcionamiento es desconcentrado, autónomo y las decisiones que se toman son independientes.

En consonancia con lo anterior el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) ha señalado que esta función tienen como fin hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y la Ley con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Así mismo el artículo 11° de esta misma norma señala que la Rama Judicial del Poder Público está dividida en la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción contenciosa administrativa, la jurisdicción de paz y dentro de cada una de estas se encuentran los distintos órganos que administran justicia, es decir, los juzgados, los tribunales de distrito judicial y las Altas Cortes.

La facultad de que cada una de las distintas especialidades administre justicia ha sido denominada como *jurisdicción*, sin embargo este término ha sido empleado en el lenguaje jurídico bajo diferentes significados, especialmente por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como lo señala el autor Azula Camacho, en su Manual de Derecho Procesal, quien aduce que éste ha sido utilizado incorrectamente para hacer referencia a la competencia de un funcionario judicial o al territorio en el que éste desarrolla su función¹⁴, pero su verdadero significado, como se indicó, comprende la manifestación de la soberanía del Estado atribuida a uno de sus órganos y con la específica finalidad de administrar justicia¹⁵.

Este entendimiento del término *jurisdicción* es un punto en el que coincide la doctrina, lo cual se hace evidente, por ejemplo, con la definición que el tratadista Giuseppe Chiovenda expone en su texto *La Jurisdicción y la Competencia*, pues allí estableció que la *jurisdicción* puede ser definida como

la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva...¹⁶.

En una clara concordancia con las definiciones previamente expuestas, Eduardo Couture señaló que la *jurisdicción* es una

función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de

¹⁴ Sobre este aspecto Couture expone que en el lenguaje jurídico de los países latinoamericanos este vocablo tiene, al menos cuatro significados: i) como ámbito territorial; ii) como sinónimo de competencia; iii) como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y iv) su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

¹⁵ AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Editorial Temis. Ed. 2006. Pag 141.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Jurisdicción y la Competencia*. Editorial Leyer . Colección Clásicos del Derecho. 2008 Pag 9.

*dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*¹⁷.

En virtud de lo anteriormente expuesto se colige que la facultad que tienen todos los jueces de un Estado para administrar justicia, es decir para resolver una controversia en el desarrollo de un proceso y que su decisión haga tránsito a cosa juzgada, está definido como jurisdicción, y como se verá a continuación, la forma como ese poder se distribuye entre todas las autoridades judiciales es la competencia.

En este punto es necesario aclarar que aunque la Constitución Política, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en general las normas del ordenamiento jurídico, han denominado las diferentes especialidades de los jueces como *jurisdicciones* (jurisdicción constitucional, jurisdicción civil, jurisdicción contenciosa administrativa), configurándose su ausencia incluso como una causal de nulidad insanable¹⁸; debe tenerse en cuenta que en sentido estricto ningún juez puede carecer de jurisdicción, pues lo que puede darse es una ausencia de competencia por conocer de un asunto de aquellos que no le fueron expresamente distribuidos, y por tanto es una imprecisión que se configure una nulidad por esta causal.

2.2. COMPETENCIA

2.2.1. CONCEPTO

La competencia judicial es la forma en que debe distribuirse la jurisdicción atendiendo la especialidad de cada juez, el territorio en que se encuentre, y otros factores que se expondrán más adelante. Ésta garantiza a los administrados el poder determinar cuál debe ser el juez de su causa, pues aunque naturalmente todos los jueces de un Estado tienen jurisdicción, no todos tienen la competencia sobre un caso en particular.

¹⁷ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Roque de Palma Editor. Pag 60.

¹⁸¹⁸ Artículo 140 CPC y Artículo 133 CGP

Al respecto Piero Calamandrei señala que la competencia es:

la esfera de oficios que la ley atribuye a cada uno de los jueces dentro de la jerarquía judicial, distribuyendo entre ellos el ejercicio práctico de la jurisdicción, constituye para cada juez su propia competencia que suele tradicionalmente definirse como 'medida de jurisdicción'¹⁹ y esta definición coincide con la expuesta por Azula Camacho quien indica que la competencia es la medida en que se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.

2.2.2. CLASES DE COMPETENCIA

Según Azula Camacho, la competencia está clasificada en preventiva, privativa, prorrogable o relativa, improrrogable o absoluta, legal, delegada, interna y externa.

i) Privativa: Se da cuando en un solo funcionario se materializan los factores que lo determinan como competente.

Pedro Pablo Cardona Galeano, en su obra Manual de Derecho Procesal Civil²⁰, denomina este tipo de competencia como Única e implica una exclusión de todos los demás jueces de la república.

ii) Preventiva: Se da cuando en dos o más funcionarios se dan los factores de competencia, pero el primero que asuma el conocimiento del proceso inhibe a los otros.

iii) Prorrogable: Esta forma de competencia es relativa y por tanto permite un acuerdo entre las partes, lo que significa que aunque sea la ley la que la establezca, las partes pueden alterarla.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Leyer 2005. Pag

²⁰ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ed. Leyer. Cuarta Edición. 2003. Pág 121.

iv) Improrrogable: Esta competencia tiene un carácter imperativo y por tanto no puede ser modificada ni alterada por las partes, pues está sometida exclusivamente a las reglas fijadas por el legislador.

v) Legal: Es aquella que es asignada por la ley a un funcionario judicial.

vi) Delegada: Se da cuando quien asigna la competencia es un funcionario judicial a través de la comisión, más no la ley.

vii) Interna: Consiste en el reparto que se realiza entre los magistrados de un mismo Tribunal o entre los jueces de la misma categoría, cuando hay varios de ellos en un mismo Distrito judicial.

viii) Externa: se configura cuando la ley asigna de forma específica la competencia a cada juez, teniendo en cuenta los factores de competencia que serán expuestos más adelante.

2.2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA.

La Corte Constitucional, en Sentencia C 655 del 3 de diciembre de 1997 con ponencia del Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, expuso las características de la competencia judicial en los siguientes términos:

La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por voluntad de las partes; inmodificabilidad, porque no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público, puesto que se funda en principios de interés general.+

En concordancia con lo anterior, el tratadista Azula Camacho remitiéndose a lo dicho por el autor Clemente A. Díaz en su obra *Instituciones del Derecho Procesal*, establece las siguientes cuatro características

1. Improrrogabilidad

Esta característica hace referencia a que solo el juez que tenga la competencia puede adelantar el proceso, aunque tiene unas excepciones estas están taxativamente establecidas en la legislación procesal.

Al respecto, el artículo 16 del Código General del Proceso señala que la competencia asignada por los factores subjetivo y funcional es improrrogable, y que en los demás casos está se puede prorrogar, si se alega oportunamente el proceso será enviado al juez competente y en caso de no hacerlo en tiempo el juez deberá seguir conociendo el proceso.

En este punto es necesario precisar que a diferencia del Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso permite que se mantenga la validez de todo lo actuado por el juez antes de declarar su incompetencia y por tanto el juez que es competente no deberá iniciar nuevamente el proceso, sino que lo continuará desde la etapa en que se lo remitan.

2. Indelegabilidad

El juez que es competente para conocer del proceso no puede facultar a otro para que lo tramite o lo falle. Su única excepción es la comisión, pero se limita a una actuación en concreto.

3. Orden público

La competencia por ser parte del derecho procesal y regular la forma en que el Estado cumple su función de administrar justicia, tiene esta característica y por tanto su aplicación es de obligatorio cumplimiento.

4. Aplicación de oficio

El juez no debe esperar a que alguna de las partes manifieste que no es competente para conocer de un asunto determinado, sino que de manera oficiosa debe revisar en primer término si realmente tiene la facultad de decidir el proceso puesto a su conocimiento. En todo caso las partes pueden alegar la ausencia de esta a través de la excepción previa, que en nuestra legislación está consagrada en el numeral 2° del artículo 140 del C.P.C.

2.2.4. FACTORES DE COMPETENCIA

Los factores de competencia son aquellas características de un proceso dispuestas por el legislador que permiten establecer a cuál juez debe atribuírsele el conocimiento de un proceso.

Estos han sido determinados como i) objetivo, ii) subjetivo, iii) territorial, iv) funcional y v) de conexión.

i) Factor objetivo: Está determinado por la naturaleza y la cuantía, lo que implica que una vez establecido el asunto que se debate, debe determinarse cuál juez debe conocer del asunto según su especialidad (civil, penal, laboral, familia etc.) y después de eso determinarse dentro de esa misma especialidad a cuál funcionario le corresponde según el valor de las pretensiones.

ii) Factor subjetivo: Está determinado por la calidad de las partes que intervengan en el proceso. Este factor se aplica por ejemplo en aquellos casos en que la jurisdicción contenciosa administrativa conoce de los asuntos en que está involucrada una entidad estatal.

iii) Factor territorial: Este hace referencia al espacio geográfico en el que el juez ejerce su función; para determinar la aplicación de este factor en cada caso en concreto debe acudir al fuero, el cual puede ser personal o real. El primero de estos hace referencia al lugar en el que se encuentra la persona a demandar, y el segundo al lugar donde se encuentran los bienes sobre los cuales versa el litigio. En cualquiera de los dos casos, el fuero puede ser exclusivo o concurrente, esto es a elección del demandante.

iv) Factor Funcional: Según lo ha definido lo H. Corte Constitucional *la competencia funcional se da cuando distintos órganos jurisdiccionales están llamados a conocer de la misma causa en estadios y fases sucesivas del mismo proceso*²¹.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 037 del 19 de febrero de 1998. MP. Jorge Arango Mejía.

Este factor, permite definir los asuntos que conocen los jueces en primera o única instancia, los que conocen los tribunales y los susceptibles de los recursos extraordinarios de casación y revisión que conocen las altas cortes.

v) Por Conexión: Es el factor mediante el cual se fija la competencia para el conocimiento de las pretensiones conexas, es decir aquellas que pueden o necesitan ser estudiadas en el mismo proceso; tal es el caso de la acumulación de pretensiones en una misma demanda, la acumulación de procesos, las demandas de reconvenición, el proceso ejecutivo a continuación del ordinario o las demandas de terceros acreedores en un ejecutivo.

vi) Por la temporalidad: Aunque este factor no se encuentra en los textos de derecho procesal, debe señalarse que el artículo 121 del Código General del Proceso incorporó un nuevo factor de competencia al señalar que los jueces de primera o única instancia tienen un año para dictar sentencia desde la notificación del auto admisorio de la demanda y los de segunda instancia 6 meses contados desde que el expediente es recibido en el Juzgado o en Tribunal y se convierte en un factor de competencia cuando en el segundo inciso del artículo señala que una vez vencido ese término el funcionario pierde de forma automática la competencia y será nula de pleno derecho cualquier actuación que realice el juez con posterioridad al cumplimiento de dicho término.

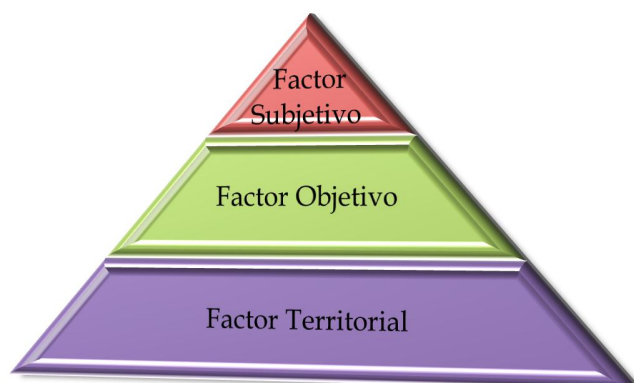
2.2.5. JERARQUÍA DE LOS FACTORES DE COMPETENCIA

En concordancia con el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 29 del Código General del Proceso define la jerarquía de los factores de competencia en los siguientes términos:

Es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes.

Las reglas de competencia por razón de territorio se subordinan a las establecidas por la material y el valor.

La aplicación de la norma trascrita para determinar el juez ante quien debe presentarse la demanda, se puede sintetizar en la siguiente gráfica.



En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que para elegir el juez competente debe revisarse en primer término la calidad de las partes que intervienen en el proceso. Cuando sobre este punto no hay regulación especial, se analiza la materia y la cuantía, y una vez se defina si se acude al criterio subjetivo u objetivo deberá aplicarse el factor territorial para poder definir cuál de todos los jueces tiene la competencia para conocer de un asunto en particular, pues como se explicó anteriormente, todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para resolver un caso en concreto.

2.2.6. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 del Código General del Proceso, en concordancia con lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, cuando un juez se considera incompetente para conocer de un proceso, debe remitirlo al que estime que si lo es, y si éste último considera que no es quien debe resolverlo, se provoca un conflicto de competencia, el cuál debe ser resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura en caso de presentarse entre distintas jurisdicciones y en el caso de pertenecer a la misma jurisdicción, pero diferente especialidad, será resuelto por el superior jerárquico de estos.

De conformidad con lo establecido por Hernán Fabio López Blanco, en su texto *Procedimiento Civil*, los conflictos de competencia tienen las siguientes características:

1. Se puede suscitar de oficio o a petición de parte.

2. Los funcionarios en conflicto pueden ser de diferente categoría, pero nunca directamente subordinados.
3. La actuación cumplida hasta el momento de proposición del conflicto conserva toda su validez²².

2.2.7. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El conflicto positivo de competencias que se ha dado en los asuntos de responsabilidad médica se presentará a través del análisis de las sentencias más relevantes en cada una de los órganos de cierre de las diferentes especialidades, para lo cual se tendrán en cuenta las providencias proferidas entre los años 2001 y 2011, extremos temporales que fueron tomados como relevantes dado que, como se indicó anteriormente, fue a partir de la entrada en vigencia de la Ley 712 de 2001 que se inició el conflicto que en este texto se expone.

La metodología para realizar este análisis será la enunciación de una sentencia fundadora, es decir la exposición de aquella providencia en la que cada una de estas Corporaciones por primera vez en ese periodo analiza el tema de la competencia en asuntos de responsabilidad médica; acto seguido se presentará la sentencia hito o relevante, entendida como aquella que consolida de forma clara y precisa el criterio expuesto en cada una de las jurisdicciones y finalmente se hará referencia a las sentencias confirmadoras de principio definidas como aquellas en las que simplemente se exponen, desarrollan o complementan los argumentos esbozados en la sentencia hito²³.

Además, por cuanto una revisión de la jurisprudencia permite advertir que las personas afectadas generalmente demandan de forma directa a las

²²LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I Parte General. Dupré Editores. Bogotá . Colombia 2009. Pag 230

²³ La metodología aquí planteada se basa en la propuesta realizada por el tratadista Diego Eduardo López Medina en su texto *El Derecho de los Jueces* en el cual se explican las clases de sentencias para el desarrollo de una línea jurisprudencial. Sin embargo, aunque en el presente trabajo de investigación no se adopta de forma estricta el método de análisis jurisprudencial propuesto por el citado autor, ello no implica que la clasificación allí realizada sea una herramienta que pueda ignorarse para exponer problemas como los aquí planteados.

entidades para los cuales trabaja el personal de la salud, en primer término porque en muchas ocasiones intervienen varios profesionales y no se conoce cuál de ellos pudo ocasionar el hecho generador del daño, y en segundo término, por la mayor solvencia de las entidades para garantizar el pago efectivo de las pretensiones en caso de que estas sean concedidas.

Aclarado lo anterior, se procede a estudiar las líneas jurisprudenciales en los siguientes términos:

2.3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL 2001 Æ 2011

La Corte Constitucional en las acciones de tutela que interponen los ciudadanos contra las instituciones prestadoras del servicio de salud por presuntas fallas médicas, en las que se pretende que se ordene la práctica de un procedimiento que permita corregir la falla o la indemnización económica por el daño causado, ha establecido de forma pacífica, y sin ninguna variación, que no es el órgano competente para conocer de estas controversias, dado que su función como juez de tutela es la protección de los derechos fundamentales, entre éstos el de la salud, más no la imputación de responsabilidad ante una posible falla en la prestación del servicio.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el numeral cuarto del artículo 2 de la Ley 712 de 2001 mediante el cual se asignó a la jurisdicción laboral la competencia para conocer de los asuntos relacionados con el sistema de seguridad social integral fue demandado por inconstitucional, ya que según el actor al permitirse que el juez laboral conozca de asuntos relacionados con fallas médicas, estas acciones tendrían un término de prescripción trienal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, hecho que atenta contra el derecho a la igualdad respecto a quienes presentan la demanda ante la jurisdicción civil y tienen 10 años para el efecto. La Corte Constitucional en la Sentencia C-381/08, proferida el veintitrés (23) de abril de dos mil ocho (2008) con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández, se inhibió de estudiar de fondo la demanda al encontrar que en ésta no se acreditaron los requisitos de procedibilidad de la acción de constitucionalidad, perdiéndose así una gran oportunidad para

concluir, de forma imperativa y sin dubitación alguna, la discusión y brindar seguridad jurídica a los ciudadanos.

Sin embargo, a continuación se expondrán los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con su falta de competencia para conocer de los asuntos de responsabilidad médica, pues en otros pronunciamientos encontramos que se ha referido a la materia en los siguientes términos:

2.3.1. SENTENCIA FUNDADORA

Aunque el análisis jurisprudencial comprende únicamente los años 2001 a 2010, es imposible estudiar lo dicho por la Corte Constitucional sobre este tema sin acudir a la sentencia T-308 de 1997, la cual constituye también la sentencia hito en este tema, pues en la misma se abordó de forma directa el asunto, como se expondrá a continuación.

2.3.2. SENTENCIA HITO

En la sentencia T - 308 de 1997, proferida el veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997) con ponencia del Doctor Jorge Arango Mejía, se sometió a revisión de esta Corporación una acción de tutela mediante la cual un ciudadano solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, los que consideró vulnerados dado que su capacidad visual había disminuido por la conducta negligente de un equipo médico, solicitando el pago de una intervención quirúrgica en una institución diferente a la accionada que le permitiera recuperar por lo menos el 50% de su visión y el pago de una indemnización por el perjuicio causado.

La Corte Constitucional señaló que no era competente para analizar el asunto objeto de tutela, pues los asuntos relativos a la responsabilidad médica escapan a la jurisdicción constitucional, lo cual debe tramitarse por los procesos especialmente diseñados para el efecto, a saber:

La declaración de responsabilidad y, consecuentemente, la orden de una nueva intervención quirúrgica, y el pago de una indemnización, son peticiones que escapan a la competencia propia del juez constitucional, quien no tiene entre sus funciones hacer declaraciones como las que

solicita el actor, pues, para el efecto, existen procesos específicos que tienen por objeto establecer si, en casos como el planteado, se presentó alguna negligencia por parte del cirujano y de la entidad a la que éste presta sus servicios, de la que pueda deducirse alguna responsabilidad y, en consecuencia, condenar al pago de los perjuicios e indemnizaciones correspondientes.

Por otra parte, en relación con la diferencia entre la protección al derecho fundamental a la salud y la calificación de calidad de éste dispuso:

Lo que en últimas pretende el actor, es la condena de la Fundación Oftalmológica Nacional, por una supuesta falla en la prestación del servicio médico, aspecto éste que requiere de una valoración y análisis jurídicos que culminarán en una sentencia por parte del juez competente, valoración y análisis estos que escapan a las funciones propias del juez de tutela, quien sólo debe determinar si hay algún derecho fundamental que deba protegerse. Y, si bien, en este caso, se alegó como vulnerado el derecho a la salud, no encuentra esta Sala que la actuación del demandado haya puesto en peligro este derecho, pues prestó la asistencia que se requería en el momento que le fue solicitada. Otra cosa es que el actor considere que recibió una indebida atención, de la que se derivó la pérdida de su visión, aspecto éste que, se repite, debe ser analizado por un juez distinto del juez de tutela.+

Se observa, entonces, que la Corte Constitucional además de establecer su falta de competencia para conocer de los asuntos en los que se persiga establecer la responsabilidad médica y la reparación del daño que se hubiere causado, diferencia claramente la vulneración del derecho a la salud a una deficiente prestación del servicio, siendo únicamente de su resorte el primero, pues en aquél estamos en presencia de una imposibilidad del usuario de acceder al servicio, situación que compromete sus garantías fundamentales, mientras que en el segundo se está cuestionando la pericia de los médicos y por tanto este último asunto debe ser analizado por un juez diferente al juez de tutela.

Se encuentra que la Corte se mantiene al margen de intentar establecer cuál es la jurisdicción competente para conocer de dicho asunto. Sin embargo, puede decirse que para la época en que fue proferida esta sentencia éste no

era un tema que generaba controversia dado que, como se estudiará posteriormente, con anterioridad a la expedición de la Ley 712 de 2001 la competencia estaba claramente definida entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción civil, acudiendo al factor subjetivo.

2.3.3. SENTENCIAS CONFIRMADORAS

La Corte Constitucional en las sentencias de tutela T-308/1997²⁴, T-788/2000²⁵, T-373/2001²⁶, T 388/2002²⁷ y T-1022/2004²⁸ ha sido clara en establecer que no le es posible conocer de los asuntos de responsabilidad médica en atención a que existe un procedimiento judicial especializado para establecer la responsabilidad en la prestación del servicio a la salud.

Empero, en la providencia T - 373 de 2001 la Corte, al analizar un caso en el que se señalaba al Instituto de Seguros Sociales como responsable por una deficiente prestación del servicio a una de sus afiliadas, estableció que si bien esa Corporación no era la competente para conocer del asunto puesto a su consideración, podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativa dada la naturaleza de la entidad prestadora del servicio, para establecer si existía una relación de causalidad entre el fallecimiento de la actora y la indebida atención médica prestada por parte del Instituto accionado y así determinar la existencia de una responsabilidad patrimonial por parte de esta última.

²⁴Corte Constitucional de Colombia. T-308/1997, J. Arango. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Ruben Orozco Castaño, demandado: Fundación Oftalmológica Nacional. En este caso el actor pretendía que se declarara que la accionada había vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna por una falla médica consistente en la presunta negligencia del médico tratante al practicar una cirugía ocular.

²⁵Corte Constitucional de Colombia T-788/2000, J. Hernández. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Jorge Andrés Pinzón Mengua, demandado: Hospital San Juan de Dios de Bogotá. En este caso el actor pretendía que el hospital accionado se responsabilizara por las consecuencias negativas derivadas de una cirugía en la que durante el postoperatorio se desarrolló osteomielitis, viéndose de esta forma su capacidad laboral y su situación económica.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia T-373/2001, R. Escobar. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: María Luisa Durán Pabón, demandado Instituto de Seguros Sociales. En este caso la accionante

²⁷ Corte Constitucional de Colombia T 388/2002, R. Escobar. www.corteconstitucional.gov.co

²⁸ Corte Constitucional de Colombia T-1022/2004, H. Sierra. www.corteconstitucional.gov.co

Lo anterior permite concluir que la Corte Constitucional considera que el factor para determinar la competencia en estos asuntos es subjetivo, dado que señala a la jurisdicción administrativa como la indicada para conocer del asunto en atención a la naturaleza pública de la entidad accionada.

Por otra parte, en el mismo pronunciamiento se indicó que *%igualmente, se podrá acudir ante la justicia civil ordinaria y penal para determinar ante dichas jurisdicciones una posible responsabilidad médica*²⁹, esta máxima Corporación muestra la posibilidad de buscar la declaración de la responsabilidad no solo del Instituto de Seguros Sociales sino del personal médico a través de las jurisdicciones civil y penal. Luego, es claro que tratándose de las entidades publicas el competente es la jurisdicción contenciosa mientras que en lo relativo a las faltas atribuibles al personal médico la competencia corresponde a la jurisdicción civil en cuanto hace a la responsabilidad originada en el incumplimiento de los deberes de conducta exigibles a dichos profesionales y, de ser el caso, a la jurisdicción penal si se incurrió en algún delito tipificado en nuestra legislación.

Finalmente, la Corte en las sentencias T308/97 y T-788/00 señaló que al no estudiarse la responsabilidad del prestador del servicio a la salud no se está pasando por alto una posible vulneración a este derecho, dado que una cosa es el acceso a la atención en salud, asunto sobre el cual sí puede pronunciarse la Corte, y otra muy diferente calificar la prestación de dicho servicio, asunto que debe ser conocido por un juez distinto al de tutela.

2.4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2001 Æ 2011

Al respecto, sea lo primero señalar que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, competente para conocer entre otros asuntos los de responsabilidad contractual y extracontractual en virtud del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de dicha Corporación, al pronunciarse en las acciones de reparación directa que interponen los ciudadanos contra las entidades prestadoras de los servicios de salud al

²⁹ Corte Constitucional de Colombia T-373/2001, R. Escobar. www.corteconstitucional.gov.co

haber sufrido algún perjuicio por una indebida práctica médica, ha señalado que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de estos asuntos, siempre y cuando la demandada sea cualquiera de las entidades del Estado, a la luz de lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y del Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, conforme se advierte en la siguiente línea jurisprudencial:

2.4.1. PROVIDENCIA FUNDADORA

Aunque no es precisamente una sentencia, el primer pronunciamiento que realizó el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa en relación con la competencia judicial para resolver asuntos de responsabilidad médica es un auto proferido el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007) con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio dentro del proceso identificado con el número de radicación 66001-23-31-000-2003-00167-01(25619), mediante el cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda en la que se resolvió remitir una demanda de reparación directa a los juzgados laborales, en atención a que las pretensiones de la demandante se dirijan a obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por el Instituto de Seguros Sociales por una indebida prestación del servicio de salud al haberse dado un retardo en el diagnóstico y una omisión en el tratamiento de una enfermedad padecida por la demandante.

En dicha providencia esa máxima Corporación sostuvo que los asuntos de responsabilidad médica no hacen parte de las controversias del sistema de seguridad social integral, en los siguientes términos:

¶) Por manera que los asuntos atinentes a responsabilidad extracontractual derivada de hechos jurídicos por parte de entidades estatales prestadoras de servicios de salud, no fueron asignados por el artículo 2º de la ley 712 a la jurisdicción ordinaria laboral, en cuanto que esta norma asignó a esta sólo las controversias derivadas de actos jurídicos, y por lo mismo excluyó aquellas derivadas de otras fuentes del daño, como son justamente los hechos, los cuales por lo mismo continuarán siendo

de conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Luego, el factor de competencia que debe tenerse en cuenta es el objetivo, esto es el asunto objeto de controversia o, para estos casos, el elemento que genera el daño, asignándose entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el estudio del resarcimiento de los perjuicios causados con ocasión a los hechos u operaciones administrativas y a la Jurisdicción Ordinaria Laboral los causados por actos jurídicos.

Con lo anterior, pareciera concluir que aunque todos los asuntos en los que se pretenda una reparación de un daño por parte de una entidad pública son de su conocimiento, con la expedición de la Ley 712 de 2001 se excluyeron aquellos relacionados con el sistema de seguridad social integral, en los que el origen de el daño fuera exclusivamente un acto jurídico.

2.4.2. SENTENCIA HITO

La providencia hito de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es la proferida el 19 de septiembre del 2007, radicado 16010 y con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, en la cual al pronunciarse sobre una demanda de acción de reparación directa en la que unos ciudadanos alegaban haber sufrido perjuicios de orden material y moral por la muerte de un familiar, presuntamente por un error en su diagnóstico en un hospital público, señaló que la competencia en este tipo de asuntos debe asignarse atendiendo en primer término a la discusión sobre la existencia de una *falla en la prestación concreta del servicio*, para definir si el asunto debe ser conocido por la justicia laboral o la administrativa, y en segundo término si la falla se imputa a una entidad pública o privada para establecer si el competente es el juez civil o el juez administrativo.

Debe señalarse que esta decisión del Consejo de Estado se da como consecuencia de la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en virtud del numeral 4 del artículo 2º de la ley 712 de 2001, reclamó ser la jurisdicción competente para conocer de los asuntos de responsabilidad médica sin consideraciones adicionales, bajo el argumento de que éstos hacen parte del sistema de seguridad social

integral, asunto sobre el cual tomaron plena competencia a partir de la expedición de la norma precitada.

Aunque el Consejo de Estado en ningún momento desconoce que la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las controversias de seguridad social, como claramente lo preceptúa la Ley 712 de 2001, así como por la Ley 1107 de 2007 al modificar el Código Contencioso Administrativo y establecer expresamente que se mantenían las disposiciones relacionadas con la competencia de la justicia laboral en estos asuntos, esa colegiatura señaló como necesario establecer el verdadero alcance del concepto de *“sistema de seguridad social integral”* pues éste indiscutiblemente es el factor que determina si un caso en concreto hace parte o no de las controversias relativas al sistema.

Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que el Sistema de Seguridad Social integral, puede ser definido como aquella estructura creada por el Estado con el fin de garantizar la protección a la población de todas aquellas contingencias que puedan afectar su calidad de vida, especialmente aquellas que afectan su salud y su capacidad económica, debe precisarse que el objetivo de la Ley 100 de 1993 apunta principalmente al acceso de toda la población a las prestaciones económicas y asistenciales, pero en ninguna parte establece los alcances de la responsabilidad de la prestación de estos servicios.

Aclarado lo anterior, se encuentra que el Consejo de Estado, ha sostenido lo siguiente:

“Es posible que ciertos daños se enmarquen dentro del típico esquema de responsabilidad derivada de un conflicto relativo al sistema de seguridad social integral, como por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones de atención por parte de la EPS encargada de prestar el servicio, falta de suministro de medicamentos, negativa al reconocimiento de una prestación social pensional, negativa al reconocimiento de una pensión del sistema de riesgos profesionales, entre otros.

Lo anterior, no supone entonces, que toda falla o incumplimiento obligacional relacionado con la prestación del servicio médico y/o

hospitalario, tenga un origen en el sistema de seguridad social integral, como quiera que es posible que el mismo -en su especialidad salud o riesgos profesionales- haya actuado perfectamente, bien en cuanto a la prestación y suministro del servicio esencial (oportunidad y eficiencia), pero no así en lo que concierne a la entidad hospitalaria o a uno de sus agentes (público o privado) que puede haber cometido una falla en la prestación concreta del servicio, caso en el cual la relación entre el paciente y la entidad prestadora (v.gr. IPS), se muestre ajena al sistema de seguridad social integral y, por lo tanto, debe ser regulada por las normas y principios que gobiernan la responsabilidad patrimonial extracontractual, bien sea del orden civil o estatal.

Y finalmente concluyó:

Así las cosas, con el anterior planteamiento no sólo se reconoce la diferencia que existe entre una y otra relación jurídica sustancial, sino que también se respeta la especialidad del juez natural, esto es la competencia que le asiste a los órganos de cierre, es decir tanto al Consejo de Estado en relación con la responsabilidad médico - asistencial oficial (art. 82 C.C.A.) en sus especialidades contractual y extracontractual, como la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en eventos de responsabilidad médico asistencial contractuales y extracontractuales del orden privado.+

Esta providencia también señala que en relación con los asuntos sobre las Empresas Sociales del Estado ESE, las cuales de conformidad con los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993 son una categoría especial de entidad pública descentralizada que pertenecen al sistema de seguridad social integral en salud y tienen como objeto la prestación del servicio de salud, esta jurisdicción tiene un marco general de competencias para conocer de las controversias en que éstas se encuentren involucradas, y por tanto a la jurisdicción laboral, en virtud de la Ley 712 de 2001 solamente le corresponde conocer aquellos asuntos relacionados con el sistema de seguridad social. Al respecto el Consejo señaló:

Como se observa, al ser las Empresas Sociales del Estado E.S.E. q entidades públicas, el conocimiento de sus contratos, actos o controversias, por regla general, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, salvo que se trate de litigios derivados del Sistema General Integral de Seguridad Social, en cuyo caso serán de competencia de la jurisdicción ordinaria, según la regla procesal del numeral 4 del artículo 2º de la ley 712 de 2001.+

Además de lo anterior, en esta se hace una remisión a una providencia proferida por esa misma Corporación el 26 de marzo de 2007, con ponencia de la Consejera Sustanciadora Ruth Stella Correa Palacio y con radicación 25.619, en la cual al analizar la competencia en los asuntos relacionados con la responsabilidad médica se realiza una distinción entre los actos jurídicos y los hechos jurídicos que son realizados por las entidades públicas prestadoras del servicio de salud, se concluye que en caso de presentarse una controversia en relación con los primeros de ellos, es decir respecto a los actos jurídicos, esta debe ser conocida por la justicia laboral, mientras que en caso de existir un conflicto relacionado con un hecho jurídico, debe acudirse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El fragmento transcrito en dicha sentencia, dispone lo siguiente:

¶) Nótese como en la ley 712, al regular la competencia de la jurisdicción del trabajo, el legislador definió las materias que le corresponde conocer atendiendo a un factor material y así estableció que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer de los actos jurídicos y por lo mismo no comprende los juicios derivados de la responsabilidad extracontractual de la administración que siguen de esta suerte siendo del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (En el mismo sentido C-111 del 9 de febrero de 2000, M.P. Tafur Galvis y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 6 de septiembre de 1999, M.P. Herrera Vergara)

¶) Por manera que los asuntos atinentes a responsabilidad extracontractual derivada de hechos jurídicos por parte de entidades estatales prestadoras de servicios de salud, no fueron asignados por el artículo 2º de la ley 712 a la jurisdicción ordinaria

laboral, en cuanto que esta norma asignó a esta sólo las controversias derivadas de actos jurídicos, y por lo mismo excluyó aquellas derivadas de otras fuentes del daño, como son justamente los hechos, los cuales por lo mismo continuarán siendo de conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Finalmente, el Consejo de Estado aclaró que la determinación del juez competente para conocer de la responsabilidad médica de un agente o entidad dependerá precisamente de si cada caso en particular puede ser considerado, o no, como una controversia derivada del sistema general de seguridad social en salud, teniendo en cuenta las funciones que a dicho sistema le fueron otorgadas por la Ley 100 y su normatividad complementaria, es decir la de regular el servicio público de salud y la de crear condiciones de acceso a este servicio por parte de la población colombiana en general. En otras palabras, funciones dirigidas a garantizar estrictamente la prestación y el suministro del servicio de salud, pero no la forma en que una vez garantizado y suministrado el servicio, se desarrollan las actividades concretas que constituyen su prestación y por lo tanto, obviando también la calificación de la calidad impresa a cada una de estas actividades.

En este orden de ideas, en caso de considerarse que existió una presunta falla en la prestación concreta del servicio, y en aras de dar cabal aplicación al principio de juez natural, esta controversia debe ser conocida por los funcionarios judiciales llamados según las normas sustanciales y procesales a conocer de los casos de responsabilidad patrimonial extracontractual, es decir la jurisdicción civil en el caso de instituciones privadas y la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a los casos en que el daño reparable se presente como consecuencia de un hecho o una omisión de una entidad estatal.

Se tiene, entonces, que el factor de competencia que tendría preferencia es el objetivo, esto es el objeto de la controversia, adquiriendo relevancia el subjetivo para todos aquellos asuntos que no correspondan al sistema de seguridad social integral, rompiendo con ello la clásica estructura de la prelación de los factores de competencia, contenida en el artículo 22 del

Código de Procedimiento Civil. Recuérdele que según esta última norma prima el factor subjetivo., y en ausencia de esta, el objetivo.

2.4.3. SENTENCIAS CONFIRMADORAS

Aunque existen múltiples sentencias en las que esta alta Corporación ha resuelto asuntos relacionados con la responsabilidad médica en las que la entidad demandada tiene naturaleza pública, se observa que entre los años 2001 y 2006 no se hace ninguna referencia a la competencia judicial en estos asuntos y simplemente se entra a estudiar de fondo el asunto, bajo estas características se pueden encontrar entre otras las sentencias con radicación número: 13546³⁰, 14696³¹, 14786³² y 14400³³.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8835-01(13546) Actor: Jean Daisy Holguin Monroy, Demandado: Cajanal. Fecha: 5 de diciembre de 2002. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso la actora pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados en su rostro por una inadecuada cirugía plástica a la que se había decidido someterse para mejorar su apariencia.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696) Actor: Carmen Sofía Jaimes De Mendoza, Demandado: ISS. Fecha: 1º de julio 2004. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso la actora pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados en su visión por una inadecuada intervención quirúrgica en su ojo derecho lo que le ocasiono daños morales y materiales.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786) Actor: Dalila Duica De Pereira y Otros, Demandado: Departamento del Magdalena - Hospital Central Julio Mendez Barreneche. Fecha: 28 de abril de 2005. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso la actora pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados al cónyuge y padre fallecido de los demandantes por la inesperada muerte de éste durante la práctica de una cirugía en la pierna izquierda.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400), Actor: Lino Antonio Amortegui Guzmán, Demandado: Nación - Ministerio De Defensa Nacional. Fecha: 11 de mayo de 2006. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso la actora pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados al cónyuge y padre fallecido de los demandantes por la inesperada muerte de éste durante la práctica de una cirugía en la vesícula biliar.

Ahora bien, de la lectura de la sentencia hito y de las demás sentencias que trataban sobre el asunto, se pueden extraer siete argumentos que ratifican la posición de esta Alta Corporación en relación con la competencia asignada a ella en relación con los asuntos de responsabilidad médica en los que se encuentren involucradas instituciones públicas, los cuales se exponen a continuación:

1. Las sentencias de radicación 15382³⁴, 16010³⁵, 16483³⁶, 17918³⁷, 19474³⁸ y 30871³⁹, resaltan que al ser la justicia contenciosa

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 66001-23-31-000-1999-03078-01(15382), Actor: María Magdalena Villa y Otros, Demandado: Asociación Hospital Universitario San Jorge de Pereira y Otro. Fecha: 19 de septiembre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso la actora pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados al cónyuge y padre fallecido de los demandantes por la inesperada muerte de éste por un accidente post anestésico que culminó con un paro cardiorrespiratorio.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010), Actor: María Edilma Gutiérrez y Otros, Demandado: Hospital San Vicente De Paul De Palmira. Fecha: 19 de septiembre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso la actora pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados al cónyuge y padre fallecido de los demandantes por no haber diagnosticado a tiempo la causa de la incapacidad en los miembros inferiores del paciente, que lo postraron en una silla de ruedas y que, finalmente, terminó con su fallecimiento, seis meses después de la atención inicial.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483), Actor: Jesús Peregrino Meneses y Otros, Demandado: Ministerio De Salud; Instituto Departamental De Salud De Nariño; Hospital San Pedro De Pasto. Fecha: 30 de julio de 2008. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a las demandadas de los daños causados a la cónyuge y madre fallecida de los demandantes por no haber prestado de manera eficiente los servicios médicos durante la hospitalización de la demandante, dado que se dejaron de realizar varios exámenes y procedimientos requeridos para salvar su vida.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01327-01(17918), Actor: Carmen Rojas Tapiero y Otros, Demandado: Municipio del Guamo y Otros. Fecha 4 de diciembre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a las demandadas de los daños causados al hijo y hermano de los demandantes quien perdió la visión completamente al haber sido bañado por parte de una enfermera con formol.

administrativa la competente para conocer de los asuntos en que se pretenda imputar la responsabilidad contractual o extracontractual en asuntos relacionados con instituciones públicas es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la asignación de estos a otras jurisdicciones, implica no respetar la especialidad del juez natural.

2. Las sentencias de radicación 15382, 16010, 17918, 19474 y 30871, señalan que una falla en el servicio bien sea por parte del hospital público o del funcionario que preste el servicio, es un asunto ajeno al Sistema de Seguridad Social Integral y que por esta razón no hacen parte de las materias sobre las cuales la Justicia Laboral tiene competencia.
3. Las sentencias de radicación 16010, 17918 y 30871 disponen que la jurisdicción laboral es competente solamente para conocer de las controversias derivadas de actos jurídicos y con esto se excluyeron otras fuentes de daño, como los hechos, asunto éste último que compete a la jurisdicción contenciosa administrativa.
4. Las sentencias de radicación 16010, 16483, 17918 y 30871 sostienen que en los procesos ordinarios que se adelantan en la justicia laboral no pueden estudiar un daño antijurídico y las diferentes formas de imputación de la responsabilidad, por ser aspectos que son propios de la responsabilidad del Estado.

En este punto es necesario tener en cuenta que el daño antijurídico se encuentra consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 13001-23-31-000-1991-08050-01(19474), Actor: Iván Santos Mora y Otro, Demandado: ISS. Fecha 28 de abril de 2010. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a las demandadas de los daños causados a él y a su familia por las lesiones causadas debido a una gangrena gaseosa adquirida luego de una intervención quirúrgica por apendicitis.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871), Actor: Ana Milady Villamizar Ureña y Otros, Demandado: Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta y Otro, Fecha 19 de octubre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a las demandadas de los daños causados a la hija y hermana de los demandantes quien padece de por vida de lesiones neurológicas y físicas debido a una mala atención en su parto.

Colombia y constituye la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Dicho artículo establece que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”* y aunque el concepto de *“daño antijurídico”* no fue definido expresamente en dicho texto constitucional, este ha sido entendido, en consideraciones aplicables en materia estatal como *“aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”*⁴⁰, definición que al plasmarse en asuntos de responsabilidad médica se configura en el análisis que debe realizar un juez para determinar si una entidad que hace parte del Estado, irrogó un daño que el paciente no estaba obligado a soportar, lo cual objetivamente corresponde a un daño antijurídico.

En este contexto todos los perjuicios provocados a un administrado, quien carece del deber de soportarlos, deben ser objeto de estudio de la jurisdicción contencioso administrativa, más no de la jurisdicción laboral.

5. Las sentencias de radicación 16483, 16701⁴¹ y 18373⁴² indican que asignar la competencia en estos casos a una jurisdicción diferente a la contencioso administrativa es un desconocimiento a lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que dispone de forma expresa que esta última jurisdicción es la encargada de conocer de los asuntos en que una entidad pública se haga parte.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C 333 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co (4/09/2011).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 50001-23-31-000-1992-03768-01(16701), Actor: José Alberto Tiuso Ibañez, Demandado: Nación-Ministerio De Salud Y Otro. Fecha: 20 de mayo de 2009. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a las demandadas de los daños causados por habersele amputado su pierna izquierda como consecuencia de una gangrena que tuvo origen en la falta de atención médica.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08605-01(18373), Actor: Flor Milena Lucas García, Demandado: Nacion-Ministerio De Salud; ISS. Fecha 7 de octubre de 2009. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a las demandadas de los daños causados al hijo de la demandante al habersele suministrado durante su hospitalización grandes cantidades de Valium, droga que le produjo graves daños neurológicos y oftalmológicos irreversibles.

6. Las sentencias de radicación 16010, 17918, y 30871⁴³, disponen que en virtud del artículo 49 de la Constitución Política y de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, los pacientes que son atendidos en un hospital público son usuarios de un servicio público que se encuentra en cabeza del Estado y por tanto su indebido funcionamiento genera una responsabilidad extracontractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución.
7. Las sentencias de radicación 16483, 16701 y 18373 insisten que cuando la Sala de Casación Laboral se arroga la competencia para conocer de las controversias de responsabilidad médica, se está asignando un marco general de competencias que no tiene, lo que objetivamente corresponde a una usurpación de competencias, la cual se configura *cuando un funcionario judicial realiza actuaciones que, si bien son propias de la jurisdicción no está facultado para ejecutarlas por ser incompetente*⁴⁴ y genera como consecuencia obvia la configuración de una causal de nulidad insaneable en el proceso, tal como lo dispone el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el último inciso del artículo 144 de la misma norma.

De todo esto es posible colegir, sin dubitación alguna, que para la Sección Tercera del Consejo de Estado, el factor de competencia preponderante es objetivo, siendo el residual el subjetivo, lo cual se traduce en el siguiente marco de competencias:

Asunto	Juez	Entidad prestadora de salud de naturaleza privada	Entidad prestadora de salud de naturaleza estatal
Controversias relacionadas con el acceso al SGSSI		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con la		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil.	Jurisdicción Contenciosa

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, op cit.

⁴⁴ AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Editorial Temis. Ed. 2006. Pág. 224.

calidad. Falla en el servicio médico (acto contrario a los deberes exigibles a los médicos acorde con las normas sobre su profesión o la lex artis)	Competencia exclusiva, no a prevención.	Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con fallas en el servicio por hechos ajenos al SGSSI.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.

2.5. JURISPRUDENCIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL 2005 Æ 2011

Con la introducción de la Ley 712 de 2001, la jurisdicción laboral reclamó para sí la competencia en los asuntos de responsabilidad médica en los que estuviera involucrado un afiliado al sistema de seguridad social integral y una entidad administradora o prestadora del servicio de salud, pues en su criterio estos asuntos se encuentran involucrados en las controversias del sistema sobre las cuales adquirieron plena competencia con la expedición de la ley antes mencionada.

El criterio que a continuación se expondrá se mantiene al interior de dicha Corporación, a pesar de que la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostengan que dicha posición es errada, con los argumentos que son expuestos al interior de este capítulo.

2.5.1. SENTENCIA FUNDADORA

La primera sentencia proferida por esta Corporación sobre este punto es la proferida el 13 de febrero del 2007, radicado 29519, que fue seleccionada como sentencia hito, y será expuesta a continuación.

2.5.2. SENTENCIA HITO

La providencia hito de los pronunciamientos realizados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es la proferida el 13 de febrero de 2007, radicado 29519 y con ponencia del Dr. Carlos Isaac Nader, en la cual, al pronunciarse sobre una demanda ordinaria laboral de primera instancia en la que una afiliada al sistema de seguridad social integral y su grupo familiar alegaban haber sufrido perjuicios de orden material y moral por un error cometido en la realización de un procedimiento efectuado a la afiliada que le trajo una lesión irreversible, señaló que la competencia en este tipo de asuntos debe asignarse a la justicia laboral por versar directamente sobre el sistema de seguridad social integral, específicamente a la prestación del servicio de salud.

En efecto, en relación con la competencia para conocer de los asuntos en los que se pretenda la declaración de responsabilidad por actos médicos, este máximo Tribunal consideró que el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001 le otorgó a la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento de las controversias suscitadas en el marco del sistema de seguridad social integral entre sus actores, esto es, afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras, sin importar el tipo de relación jurídica existente entre estos o la naturaleza de los actos jurídicos que se discutan.

Indicó que el alcance de esta disposición debe ser interpretado desde una perspectiva amplia del concepto de sistema de seguridad social integral, el cual fue definido por el legislador, como ya se indicó con anterioridad y que se reitera por su importancia, en el preámbulo de la Ley 100 de 1993, a saber:

“el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”

En este sentido, es evidente para esta Corporación que el sistema de seguridad social integral está determinado en líneas generales como un instrumento constituido por diferentes instituciones y herramientas mediante las que se aseguran una serie de prestaciones de orden económico o asistencial que se encuentran en cabeza de los ciudadanos y que tiene por objeto cubrir las contingencias que surjan en estas materias, según se desprende además de lo indicado por los artículos 1, 6 y 7 de la citada Ley 100. En materia de salud estas prestaciones están enlistadas en diferentes normas de diversa naturaleza. De hecho, desde la Constitución Política de 1991 se estableció de forma general el espectro de estas prestaciones, pues en su artículo 49 garantizó a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.

En este mismo sentido el artículo 156 de la Ley 100 indica como otra prestación a favor de los ciudadanos el derecho que les asiste de ser beneficiarios de un plan obligatorio de salud, que incluye atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, mientras que el artículo 162 *ídem* establece que dicho plan deberá permitir la protección integral de la familia a la maternidad y la enfermedad general, así como el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías.

Así mismo, y de forma adicional a las prestaciones a las que se ha hecho referencia, la seguridad social en salud refiere a la existencia de unos procedimientos que deben ser ejecutados en aplicación de los principios de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, siempre respondiendo a los estándares aceptados para tales efectos y la debida práctica profesional, máxime cuando con ello se pretende garantizar a los usuarios calidad en la atención.

En este orden de ideas, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social integral, particularmente en su aspecto de salud, debe incluir además de las herramientas para garantizar las prestaciones que se encuentran en cabeza de los ciudadanos unas obligaciones específicas en las actividades, prácticas, métodos y procedimientos en los que debe desenvolverse la prestación del servicio de salud, obligaciones estas que deben ser de especial observación por parte de quienes las ejecutan dada la complejidad de este servicio y los valores y bienes que allí están en juego.

Así las cosas para el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, estando la práctica médica en si misma considerada incluida dentro de las obligaciones propias de quienes hacen parte del sistema de seguridad social garantizando la cobertura de las contingencias en salud, manifiesta que:

“ Ninguna duda queda de que aquellos conflictos derivados de los perjuicios que sufran las personas debido a la falta de atención médica cuando ella es obligatoria, a defectos o insuficiencia en la misma, a la aplicación de tratamientos alejados o ajenos a los estándares y practicas profesionales usuales, o la negativa de la EPS de autorizar la realización de medios diagnósticos o terapéuticos autorizados por el médico tratante, entre otros, constituyen controversias que tienen que ver con la seguridad social integral en tanto entrañan fallas, carencias o deficiencias en la observancia de las obligaciones y deberes que la ley ha impuesto a las entidades administradoras o prestadoras de servicios de salud, y por lo mismo el conocimiento de ellos corresponde a esta jurisdicción.+

Por lo tanto, no es dable a los operadores jurídicos establecer excepciones al claro mandato de la ley 712 de 2001, respecto a la competencia otorgada a los jueces laborales para conocer de las controversias propias de la seguridad social.

En conclusión, es evidente para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que con la expedición de la Ley 712 de 2001, específicamente con la modificación realizada al artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, la jurisdicción Laboral amplió su competencia al conocimiento de todos los asuntos relacionados con el Sistema de Seguridad Social Integral y especialmente de su rol como juez en esta área del derecho, y por tanto se asignó un marco general de competencias en asuntos relacionados con los afiliados al sistema y con las entidades que lo integran.

2.5.3. SENTENCIAS CONFIRMADORAS

Debe señalarse en primer término que entre los años 2001 y 2006 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no realizó ningún

pronunciamiento en relación con los asuntos de responsabilidad médica, pues este tema no había sido considerado de su competencia sino hasta el año 2007 tal como se vio en el análisis de la sentencia fundadora. Ahora bien en relación con la competencia para conocer de estos asuntos, los argumentos expuestos por la Corte se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1. En las sentencias 29519⁴⁵, 28983⁴⁶, 30285⁴⁷ y 31566⁴⁸ la Corte sostiene que para establecer el alcance de la competencia del juez laboral en los asuntos relacionados con las controversias del sistema de seguridad social integral, debe entenderse el término "integral" en sentido amplio, pues éste se componen no solo de la satisfacción de las necesidades prestacionales y asistenciales consagradas en la Ley 100 de 1993, sino también de los procedimientos que se efectúan a los usuarios del sistema, especialmente en el campo de la salud.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Carlos Isaac Nader. Radicación número 29519, Actor: Álvaro Correa Pescador y María Edilma Gómez Bohórquez, Demandado: SALUDCOOP EPS. Fecha: 13 de febrero de 2007. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados por el fallecimiento de su hija por no haber iniciado el trabajo de parto a tiempo.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz. Radicación número 28983, Actor: Alfonso Barragan Castrillon, Demandado: ISS. Fecha: 27 de marzo de 2007. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (4/09/2011). En este caso el actor pretendía que se declarara responsable a la demandada de los daños causados por el fallecimiento de su cónyuge por no haber sido atendida de forma oportuna después de haber sido víctima de un accidente de tránsito.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López. Radicación número 30285, Actor: Adriana María Valencia Beltrán y Jorge Iván Marín Gómez, Demandado: SALUDCOOP EPS. Fecha: 26 de abril de 2007. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (4/09/2011). En este caso los demandantes pretendían que se declarara responsable a la demandada de los daños causados por el fallecimiento de su hija por no haber iniciado el trabajo de parto a tiempo.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, Radicación número: 315662. Actor: Esneyder Henao Toro y Martha Yolima Patiño Zuleta. Demandado: Salud Total S.A. EPS y otros. Fecha: 2 de julio de 2008. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co (4/09/2011). En este caso los demandantes pretendían que se declarara responsable a la demandada de los daños causados por haberse dado un embarazo no deseado a pesar de haber tomado un método de planificación sobre el cual se aseguró el 100% de efectividad.

2. Las sentencias 29519, 28983, 30285, y 31566 señalan que la falta de la atención médica, bien sea por ser insuficiente o errónea, es sin duda un asunto que compete al juez laboral, dado que éste es el encargado de conocer de las deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones de las entidades administradoras y prestadoras del servicio de salud.
3. Las sentencias 29519, 28983, 30285, 30621 y 31566 disponen que la Ley 712 de 2001 pretende que todas las innovaciones que se han dado en materia de seguridad social se reflejen también en materia de procedimiento y por esa razón el legislador amplió la competencia de la jurisdicción laboral, permitiéndole analizar de forma integral todas las controversias que se plantean dentro del sistema implementado en la Ley 100 de 1993, especializando de esta forma una de las jurisdicciones en este tema, sin tener en cuenta la calidad de los sujetos que intervengan en el proceso ni la forma de la relación jurídica que los una, pues una unidad de sistema debe corresponder a una unidad de competencia.
4. Las sentencias 29519, 28983, 30285, 30621, 31566 indican que al delimitar la ley 712 de 2001 que las controversias que conocería el juez laboral serían las existentes *entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* da un componente subjetivo de competencia, y en los casos de responsabilidad médica para que puedan ser conocidos por esta jurisdicción, debe aparecer un afiliado o sus beneficiarios como víctima y una entidad administradora o prestadora del servicio de salud como la causante del perjuicio.
5. En las sentencias 30621 y 31566, la Corte manifiesta que serán de conocimiento de la justicia civil aquellos casos que tienen origen en la prestación particular del servicio de salud y de la jurisdicción contenciosa administrativa aquellos casos en que se presten servicios a personas que no se encuentren vinculadas ni afiliadas al sistema. Sin embargo debe señalarse que de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, *todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados*; de lo cual se colige que según lo dicho en esta sentencia, quienes tendrían que acudir

a la jurisdicción contenciosa administrativa serían los extranjeros que se encontraran en el país y que hubieran requerido los servicios de salud.

6. Las sentencias 30621 y 31566 enuncian que desconocer al juez laboral como el competente para conocer de estos asuntos, es desconocer que la Ley 1122 de 2007 estableció que las EPS tienen la obligación de garantizar la calidad de los servicios de salud y que además está ente sus funciones determinar las condiciones de prestación de dicho servicio para lo cual elige los médicos, laboratorios y demás herramientas necesarias para su adecuado desempeño.

En este contexto se concluye que el factor de competencia prevalente es objetivo, pues prima que la controversia esté relacionada con el Sistema de Seguridad Social Integral para que sea el Juez Laboral quien conozca del asunto, sin importar si la entidad implicada es de naturaleza pública o privada, lo cual se puede reflejar en el siguiente cuadro:

Asunto \ Juez	Entidad prestadora de salud de naturaleza privada	Entidad prestadora de salud de naturaleza estatal
Controversias relacionadas con el acceso SGSSI	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con la calidad. Falla en el servicio médico (acto contrario a los deberes exigibles a los médicos acorde con las normas sobre su profesión o la lex artis)	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con fallas en el servicio	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva,	Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

por hechos ajenos al SGSSI.	no a prevención.	Competencia exclusiva, no a prevención.
------------------------------------	------------------	---

2.6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL 2001 Ë 2011

Respecto a la competencia de la jurisdicción civil en los asuntos relativos a la responsabilidad médica, el máximo órgano de esa jurisdicción se pronunció en una sola ocasión, pues a pesar de que ha proferido un sinnúmero de providencias en las que se debate la responsabilidad médica en casos donde se encuentra involucrado un particular, solamente en la sentencia que a continuación se expondrá esta Corporación hizo un pronunciamiento expreso respecto a la competencia que le fue asignada en este tipo de asuntos, dando por sentado este aspecto en los demás fallos.

Esta sentencia fue proferida el cuatro (4) de mayo de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. William Namén Vargas y bajo la referencia 05001-3103-002-2002-00099-01, en la que la Corte resolvió un caso en el que una afiliada demandó a una entidad de servicio privado por una presunta falla en la prestación del servicio médico, manifestando que la competencia para resolver estos asuntos estaba en la ordinaria, en atención a que se resolvía un recurso contra una providencia cuyas pretensiones se basaban en una presunta responsabilidad de naturaleza civil, derivada de una relación jurídica médica entre particulares.

Adicionalmente, esta Sala rechazó la posición de la Sala de Casación Laboral, la cual, recuérdese, sostiene que la Ley 712 de 2001 asignó a la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento de los casos de responsabilidad médica que se presenten entre los usuarios y las entidades administradoras y prestadoras de salud, al ser estos aspectos relativos al sistema de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993, y de manera residual la jurisdicción civil cuando la controversia se derive de servicios prestados de forma particular.

Endilga a dicha la Sala de Casación haber realizado una interpretación errónea del artículo 2 de la citada ley, ya que si bien esta disposición determina la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de

controversias referentes al sistema de seguridad social integral, no puede considerarse que dentro de esta competencia se encuentre incluida la relativa al conocimiento de la responsabilidad derivada de las relaciones jurídicas médico . legales, pues ello nunca es mencionado en esa norma de forma expresa, ni puede ser inferido bajo una perspectiva de unidad del sistema. Y es que, acorde con este Tribunal, las normas atributivas de competencia, dado su carácter de orden público, no permiten una aplicación o interpretación extensiva, analógica o amplia.

Luego, para la Sala de Casación Civil la controversia sobre la distribución de competencias en materia de responsabilidad médica debe responder exclusivamente a la naturaleza de la entidad prestadora o administradora del servicio de salud, y por lo tanto:

¶ las directrices decantadas antaño por la jurisprudencia de esta Corte y del Consejo de Estado sobre la jurisdicción y competencia para conocer de los asuntos de responsabilidad civil o estatal médica consagrados en el ordenamiento jurídico, mantienen su vigencia y no existe un precepto legal expreso asignando a la jurisdicción laboral ordinaria el juzgamiento de las controversias relativas a la responsabilidad civil médica legal de aquella naturaleza, las cuales, contrario sensu, están atribuidas a los jueces civiles, salvo claro está, las asignadas a los administrativos y las que corresponden a la jurisdicción ordinaria laboral desde la óptica estrictamente asistencial o prestacional y los servicios sociales complementarios de que trata la Ley 100 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.+

Además de lo anterior, la Sala de Casación Civil, acude a una sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral, el 6 de septiembre de 1999 con radicación 12289 y con ponencia del Dr. José Roberto Herrera Vergara, la cual, aunque es previa a la expedición de la Ley 712 de 2001, fue proferida cuando el Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad señalaba que la jurisdicción laboral conocía, entre otras materias, *¶ de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados*+, pues allí se limitó de forma clara su competencia en relación con las controversias del sistema de seguridad social integral, en los siguientes términos:

%6. Cuando la Ley atribuye tal competencia a la jurisdicción ordinaria, no puede ampliarse la acepción seguridad social integral más allá de su órbita y llegar al extremo de abarcar aspectos que se mantienen en otras jurisdicciones, u otras especialidades de la jurisdicción ordinaria, por definirlo en forma explícita el legislador, tales como los juicios derivados de responsabilidad estatal de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo o los procesos de naturaleza civil o comercial. 2. Las diferencias susceptibles de conocimiento de los jueces del trabajo en esta materia, son en esencia las atinentes al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales económicas y de salud establecidas en favor de los afiliados y beneficiarios en la ley 100 de 1993 y en el decreto 1295 de 1994 a cargo de entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social, así como las que se suscitan sobre los servicios sociales complementarios contemplados en la misma Ley 100. 3. Corolario de lo anterior es que dentro de tal denominación no están incluidas las que hacen parte de un sistema de prestaciones a cargo directo de los empleadores públicos y privados, cuya competencia se mantiene en los términos previstos en las leyes anteriores, por cuanto en estricto sentido no hacen parte de dicho Sistema Integral de Seguridad Social. Mas en el caso de los temas de seguridad social tratados expresamente en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1265 de 1994, conforme a los perentorios y claros términos empleados por la Ley 362 de 1997, al modificar el artículo 2º del CPL, conforme al artículo 27 del código civil, no es dable a juicio de la Corte asentar que esta flamante competencia se circunscriba sólo a los aspectos de salud. Porque ninguno de los artículos de la Ley la limita a ella, ningún precepto hace tal distinción; por el contrario, utiliza una expresión amplia que exige una comprensión acorde con el significado técnico de lo que el propio legislador denomina seguridad social lo que impone aceptarla en el sentido impartido por quienes profesan esa ciencia o especialidad, con arreglo a los artículos 28 y 29 del código civil.

Por otra parte, con el fin de ratificar su posición, la Sala de Casación Civil acude a las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas el 26 de marzo de 2007, radicación: 25619), el 19 de octubre de 2007 raditaciones 15382 y 16010, el 4 de diciembre de 2007

radicación 17918 y el 24 de abril de 2008 radicación 17062, en las cuales dicha Corporación también se apartó de lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya estudiadas en un acápite anterior⁴⁹ Estas sentencias también establecen que las controversias del sistema de seguridad social integral no pueden extenderse a los asuntos de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, pues estas son materias de conocimiento privativo de la jurisdicción civil para las entidades particulares y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para aquellos casos contra las entidades públicas.

Finalmente la Corte después de hacer un análisis de las sentencias anteriormente referenciadas y de las disposiciones relativas al sistema de seguridad social en salud, arribó a la siguiente conclusión:

Naturalmente, la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, conoce de los asuntos en los cuales se involucre la responsabilidad inherente a la seguridad social integral en los términos concebidos por el legislador y, es el derecho a la seguridad social la materia disciplinada en la Ley 100 de 1993 y son las controversias sobre el régimen de prestaciones económicas, de salud y servicios complementarios, las de conocimiento de los jueces laborales, sin extenderse a aspectos diversos reservados privativamente a otros, desde luego que la responsabilidad médica legal civil, estatal o incluso penal, ontológica y funcionalmente, es diferente de la demandada de la seguridad social.

(õ)

Bajo estos parámetros, la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, no comprende la atribución de competencias a los jueces ordinarios laborales, más que de estos asuntos, sin involucrar la responsabilidad

médica civil, estatal o penal, siendo evidente, la competencia de esta Sala para decidir el recurso de casación.

A renglón seguido dispuso:

En suma, la Sala, reitera íntegra su jurisprudencia sobre la competencia privativa, exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil para conocer de los asuntos atañedores a la responsabilidad médica, con excepción de los atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción ordinaria laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto hace exclusivamente al régimen económico prestacional y asistencial consagrado en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.

De lo anterior se colige que para la Sala de Casación Civil los asuntos relacionados con la responsabilidad profesional no hacen parte de las controversias del sistema de seguridad social, pues estas no hacen parte del concepto que de sistema de seguridad social integral trae el artículo 8 de la Ley 100 de 1993. Además de lo anterior, como las normas de competencia son de obligatorio cumplimiento, en tanto son de orden público, no puede la justicia laboral arrogarse el conocimiento de este tipo de asuntos, pues su conocimiento ha sido asignado desde antaño a las jurisdicciones contenciosa administrativa y la civil, dependiendo del sujeto pasivo que se persiga.

Asunto	Juez	Entidad prestadora de salud de naturaleza privada	Entidad prestadora de salud de naturaleza estatal
Controversias relacionadas con el acceso al SGSSI		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con la calidad. Falla en el servicio médico (acto contrario a los deberes		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.

exigibles a los médicos acorde con las normas sobre su profesión o la lex artis)		
Controversias relacionadas con fallas en el servicio por hechos ajenos al SGSSI.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.

Conclusiones

De lo anteriormente expuesto se colige que en relación con el desarrollo jurisprudencial del problema de investigación, esto es, el juez competente para conocer de las controversias originadas en una eventual vulneración de la lex artis de la actividad médica, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia proferida el 13 de febrero del 2007, ha sostenido que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer de todos los casos de responsabilidad médica, sin importar la naturaleza de la entidad o el agente causante del daño, mientras el hecho generador del daño se encuentre en el marco del Sistema General de Seguridad Social Integral.

Como fundamento de su posición, esta Sala de Casación señaló que debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer de todas las controversias suscitadas en el marco del sistema de seguridad social integral entre sus actores, esto es, afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras, sin importar el tipo de relación jurídica existente entre estos o la naturaleza de los actos jurídicos que se discutan.

Esta postura ha sido rechazada tanto por la Sección Tercera del Consejo de Estado como por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dado que consideran que estas controversias deben distribuirse a la jurisdicción civil en caso de involucrarse una entidad privada y a la

contenciosa administrativa en caso de que se busque la declaratoria de responsabilidad de una entidad pública.

En líneas generales, los argumentos de estas corporaciones para abstenerse de aplicar la tesis de la Sala de Casación Laboral parten del reconocimiento de que la citada norma le otorga a la jurisdicción laboral el conocimiento de todas las acciones por las que se pretenda dar trámite a una controversia suscitada en el marco del sistema de seguridad social en salud, pero excluyen de estas controversias los asuntos de responsabilidad médica, por cuanto estos asuntos no hacen parte del referido sistema, sino que exceden su ámbito de aplicación. Se advierte que la pionera en apartarse de este criterio fue la Sección Tercera del Consejo de Estado y posteriormente la Sala de Casación Civil, hace suyos estos argumentos, que en líneas generales disponen lo siguiente:

1. La jurisdicción laboral debería ser competente para evaluar la eventual responsabilidad que podría surgir respecto de los actores del sistema general de seguridad social en salud, respecto a la oportunidad y calidad de la prestación del servicio, sin importar el carácter público o privado del agente encargado de estas funciones. Sin embargo dicha jurisdicción no se encuentra legitimada para realizar juicios respecto de una presunta falla que se hubiese podido materializar en la prestación concreta del servicio, porque esa falla resulta ajena al sistema de seguridad social integral, y por lo tanto, en aras de dar cabal aplicación al principio de juez natural, debe ser conocida por los funcionarios judiciales llamados según las normas sustanciales y procesales a conocer de los casos de responsabilidad patrimonial extracontractual, es decir la jurisdicción civil en el caso de instituciones privadas y la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a los casos en que el daño reparable se presente como consecuencia de un hecho o una omisión de una entidad estatal.
2. Adicionalmente, el argumento de que la jurisdicción laboral no es competente para evaluar la responsabilidad médica, se ve reforzado por las consideraciones relativas a que aquella jurisdicción le fue otorgada la competencia para conocer de las controversias derivadas de *actos jurídicos* por lo que se excluyeron otras fuentes de las que se podría derivar un daño resarcible, es decir la responsabilidad extracontractual producto de la actuación de particulares o agentes estatales.

3. Por otra parte, se considera que el juez laboral no es el único competente para estudiar los casos de responsabilidad extracontractual en los que se desarrolla la falla médica, sino que las mismas acciones judiciales que el legislador ha previsto para su decisión son inadecuadas para la resolución de conflictos de esta índole, pues a una acción de naturaleza laboral le son ajenos y exóticos los elementos constitutivos de dicha responsabilidad, en especial sus elementos centrales, es decir, el daño antijurídico y la forma en que este es imputable a entidad o agente alguno.
4. En virtud de lo anterior, es evidente que el escenario actual muestra que para la jurisdicción civil ordinaria y la contenciosa administrativa el reparto de competencias en asuntos de responsabilidad médica se encuentra clara, sin embargo esta posición, que por demás se encuentra establecida desde que se puso en conocimiento de los jueces los casos en que se pretende demostrar una falla en la prestación de un servicio de salud, fue puesta en debate por la jurisdicción ordinaria laboral cuando como juez encargado de conocer de los asuntos de seguridad social integral planteó que al existir unidad de sistema debía darse la unidad de competencia y por lo tanto decidió incluir estos asuntos en los relativos a su conocimiento.

Las consideraciones anteriormente expuestas, se pueden apreciar de forma más clara, en el cuadro que a continuación se grafica:

Asunto	Juez	JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA		JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPECIALIDAD CIVIL		JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPECIALIDAD LABORAL	
		Entidad prestadora de salud . n. privada	Entidad prestadora de salud -n. estatal	Entidad prestadora de salud- n. privada	Entidad prestadora de salud . n. privada	Entidad prestadora de salud -n. estatal	Entidad prestadora de salud- n. privada
Controversias relacionadas con el acceso al SGSSI		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con la calidad. Falla en el servicio médico (acto contrario a la lex artis)		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa . Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa . Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionadas con fallas en el servicio por hechos ajenos al SGSSI.		Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.

2.7. EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y ESCENARIO ACTUAL

La evidente colisión de competencias que se presentó desde el año 2007 con la interpretación dada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el rechazo de esta por parte de la Sala Civil de esta misma Corporación y de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, quiso ser solucionado por el legislador cuando el 12 de julio del año 2012 profirió la Ley 1562, mediante la cual se expidió el Código General del Proceso, realizándose una modificación al numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en los siguientes términos:

Artículo 622. Modifíquese el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual quedará así:

~~%~~ Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.+

Así mismo, aunque el Código empieza a regir por etapas, se encuentra que en relación con estos asuntos dispuso lo siguiente:

~~%~~Artículo 625. Tránsito de legislación. Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: (õ)

8. Las reglas sobre competencia previstas en este Código, no alteran la competencia de los jueces para conocer de los asuntos respecto de los cuales ya se hubiere presentado la demanda. Por tanto, el régimen de cuantías no cambia la competencia que ya se hubiere fijado por ese factor.

Sin embargo, los procesos de responsabilidad médica que actualmente tramitan los jueces laborales, serán remitidos a

los jueces civiles competentes, en el estado en que se encuentren.(õ)+

Así mismo, en los artículos 17, 18 y 20 asignó de forma expresa a los jueces civiles municipales en única y primera instancia y a los jueces civiles del circuito en primera instancia, respectivamente, los procesos contenciosos por responsabilidad médica de cualquier naturaleza y origen, sin consideración a las partes, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.

De la lectura de lo anterior se encuentra que aunque el querer del legislador fue excluir a la jurisdicción ordinaria laboral de estos asuntos, resulta interesante resaltar que en su criterio estos, tal como lo señalaba la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si hacen parte del sistema de seguridad social integral, pues de la redacción de la norma se colige fácilmente que a pesar de que esta jurisdicción es la competente para conocer de todas las controversias que surjan del sistema, simplemente se separó este asunto de su conocimiento, se insiste, sin desconocer acertadamente que si es una controversia propia del sistema.

Por otra parte es necesario señalar que a partir del 12 de julio de 2012, todos los jueces laborales deben enviar todos los procesos de responsabilidad médica que estén tramitando, y aunque la norma dispone que estos se remiten a los jueces civiles, por ser el nuevo competente que designó el legislador, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción laboral ha conocido hasta ahora de estos asuntos sin importar si la naturaleza de la entidad demandada es pública o privada, pues ha primado el factor objetivo como se explicó precedentemente, y por tanto aunque la norma no hace la precisión, debe entenderse que los asuntos que serán remitidos a los jueces civiles son aquellos en que esté involucrada una entidad privada, pues aquellos en que esté una entidad pública deberán ser remitidos a los jueces administrativos, dado que las entidades públicas tienen una jurisdicción exclusiva para resolver sus controversias.

Ahora bien, aunque esta modificación legislativa pretende resolver de forma radical la incertidumbre existente en relación con el juez competente para resolver los asuntos de responsabilidad médica, es necesario establecer si fue acertada la forma en que el legislador hizo la distribución de competencias, para lo cual debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i) que tal como se planteó en la hipótesis en el anteproyecto de esta investigación, este asunto podría ser de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa, en atención a que la salud es un servicio público y por tanto, es una función inherente al ejercicio del Estado, tal como expresamente lo ha señalado la Constitución Política de 1991, y aunque esté habilitado para asignar su prestación a los particulares, esto no implica que pierda su connotación de servicio público o que deje de responder por la ejecución de esta actividad. Elementos que permiten colegir que aunque sea el particular quien falle en la prestación del servicio de salud, éste actúa como un funcionario público y en caso de causar un perjuicio a un paciente o a su familia, deberá resarcir el daño en las mismas condiciones en que lo haría cualquier funcionario del Estado.

ii) que estos asuntos hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral, materia que desde la expedición de la Ley 712 de 2001 tiene un juez especializado para conocer de todas las controversias que se generen en su ejecución, y por tanto al estar los servicios de salud incluidos dentro de este sistema a través de sus planes de beneficios: Plan de Atención Básica en Salud - PAB, Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo - POS-C, Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado . POS - S, Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y la Atención inicial de urgencias, es claro que cualquier falla médica que se dé en su ejecución debe ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

En consecuencia, a continuación se estudiará la prestación del servicio de salud en primer término como un servicio público y en segundo término como una de las prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social Integral, para así poder concluir como debe darse la verdadera distribución de competencias en estos asuntos.

CAPÍTULO III EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia señala que la atención en salud es un servicio público de carácter obligatorio. En virtud de lo anterior y con el fin de comprender las implicaciones que tiene para el Estado que la salud haya sido definida bajo esta categoría, se procederá en primer lugar a establecer el alcance del término *servicio público*, sus principios y su forma de prestación teniendo en cuenta la intervención de los particulares.

El estudio de esta arista del servicio a la salud es un asunto de vital importancia dado que es necesario establecer igualmente si su ejecución constituye la ejecución de funciones administrativas y si por tanto cualquier controversia que se presente en su prestación debe ser de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como lo dispone el artículo 104 del Código Contencioso Administrativo y Procesal Administrativo.

3.1. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

En una primera etapa desarrollada por el derecho francés bajo el pensamiento de la llamada Escuela de Burdeos, el concepto de servicio público hacía referencia a la ejecución de una actividad cuyo fin era la satisfacción de una necesidad de interés general, prestado bajo la autoridad de la Administración y por tanto se regulaba en su totalidad por el derecho público, lo que implicaba que la solución de sus controversias era del resorte exclusivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵⁰.

Al respecto el autor Libardo Rodríguez en su obra *Derecho Administrativo General y Colombiano* remitiéndose a la obra *Traité de droit administratif* de André Laubadere et Ives Gaudement ha señalado que bajo la noción clásica del servicio público éste se define como:

Toda actividad de una colectividad pública tendiente a satisfacer una necesidad de interés general+ y ha señalado como

⁵⁰ VIDAL PERDOMO Jaime. *Derecho Administrativo*. Editorial Leyer. Año 2008. Pág. 351.

*características las siguientes: i) es una actividad casi exclusiva y excluyente de la administración; ii) su finalidad es la satisfacción del interés general; iii) debe aplicarse el derecho administrativo y sus conflictos deben ser resueltos por la jurisdicción contencioso administrativa*⁵¹.

Sin embargo, en una segunda etapa este concepto entró en crisis al hacerse evidente que no todas las actividades de servicio público son realizadas por la administración, ya que algunas las realizan los particulares, y además el Estado no siempre presta este tipo de servicios, y por dicha razón se ha desarrollado una noción material del mismo, según el cual el servicio público *es fundamentalmente una actividad, no necesariamente desarrollada por organismos públicos*⁵², siempre que cumplan las siguientes condiciones:

i) el interés general, esto es, que las actividades que se desarrollan deben tener como fin la satisfacción de necesidades colectivas y no la de uno o algunos individuos (criterio finalista);

ii) la participación de la administración, lo cual implica que aunque el servicio sea prestado por particulares, el Estado debe participar de alguna manera en la ejecución de esta actividad (criterio orgánico) y

iii) el régimen jurídico aplicable en el que el derecho público tiene un papel de mayor o menor relevancia (criterio material)⁵³.

Sobre este punto el doctrinante Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su texto *Tratado de Derecho Administrativo* expone:

El concepto tradicional de servicio público expuesto por la teoría francesa como justificante de actuación administrativa se rompe en los actuales momentos del derecho administrativo ante el

⁵¹RODRÍGUEZ, Libardo. Op cit. Pag. 591.

⁵² Idem. pag 593

⁵³ En relación con esta nueva concepción de servicio público y la intervención de los particulares resulta relevante exponer las prerrogativas que, en criterio de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su texto *Curso de Derecho Administrativo*, tiene la administración en la ejecución de los contratos administrativos, entre estos el de gestión de servicios públicos: i) Poderes de dirección, inspección y control; ii) Poder de interpretación unilateral del contrato y iii) Poder de modificación del objeto del contrato.

surgimiento de corrientes económicas que, fundadas en las teorías de la libre economía y el mercado, pretenden divorciar el servicio público de la esencia de la actividad administrativa, tal como lo hemos explicado anteriormente. Para los seguidores de esta concepción el Estado ha sufrido profundos cambios en su modelo económico y prestacional, con efectos indiscutibles en la forma de prestación y operación de los servicios públicos, los cuales deben ser regulados por las leyes del mercado y no a partir de criterios determinantes de funciones típicamente administrativas, conservando el Estado, a través de la función pública, exclusivamente su regulación⁵⁴+

El cambio de la noción clásica a una nueva noción de servicio público y el desarrollo de sus condiciones, están claramente sintetizadas en el esquema elaborado por Jacqueline Morand . Devieller en su texto *Curso de Derecho Administrativo* en los siguientes términos:

Los criterios del servicio público⁵⁵.

<i>3 Criterios</i>	<i>Antes</i>	<i>En Adelante</i>
<i>Criterio finalista (1)</i>	<i>La misión de interés general es un criterio indispensable para la presencia de un servicio público.</i>	
<i>Criterio orgánico (2)</i>	<i>Organizaciones de derecho público Estado, colectividades locales, establecimientos públicos. Una excepción: la concesión de un servicio público. Delegación por vía contractual a una persona privada.</i>	<i>Organismos de derecho público y organismos de derecho privado, a los cuales, cada vez más numerosos (asociaciones, sociedades de economía mixta, federaciones, sociedades privadas) se les puede confiar una misión de servicio público. Delegación por acto unilateral o por vía contractual.</i>
<i>Criterio</i>	<i>Un régimen de derecho público</i>	<i>▪ Si el servicio es administrado</i>

⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Tercera Edición. Año 2005. Pag 42.

⁵⁵ MORAND . DEVILLER Jacqueline. *Cours de Droit Administratif. Cours. Thèmes de réflexion. Commentaires de arrêts avec corriges*. Traducido por Peláez Gutiérrez, Juan Carlos y Rincón Ardila Zoraida. *Curso de Derecho Administrativo. Curso. Temas de Reflexión. Comentarios y Análisis de Fallos*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Año 2010. Pag 532.

<p><i>material (3)</i></p>		<p><i>por una persona pública: régimen principalmente de de derecho público.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Si el servicio es administrado por una persona privada: régimen principalmente de derecho privado, pero, aún en este caso, los controles llevados a cabo por la administración y el ejercicio, frecuente, de prerrogativas exorbitantes del derecho común vuelven público+el régimen.</i>
----------------------------	--	---

De lo visto en precedencia, se colige que es claro que bajo esta nueva concepción, el Estado pasó de tener un control total sobre la regulación y la prestación de los servicios públicos, a tener una función administrativa que se centra principalmente en la regulación, vigilancia y control a los particulares, quienes son ahora los encargados de la operación y prestación de estos, claro está bajo el desarrollo de la libre competencia económica, elemento que garantiza la calidad de los servicios.

3.2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

La Constitución Política de 1991, en su título V, desarrolló claramente la nueva noción de los servicios públicos, estableciendo en el Estado el deber de la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios y permitiendo que éstos sean prestados por éste de forma directa o indirecta, o por los particulares. Además de estos elementos, de la lectura de los artículos que componen este título (artículos 365 a 370) se pueden extraer las siguientes características:

i) Tienen una connotación predominantemente social, pues su finalidad es buscar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, por lo que su prestación debe ser eficiente.;

ii) su régimen jurídico está fijado por la ley,

iii) el régimen tarifario impuesto debe tener en cuenta los costos, la solidaridad y la redistribución de ingresos y

iv) es potestativo de las entidades territoriales conceder subsidios para su prestación destinados a las personas de menores ingresos.⁵⁶

En este punto vale la pena precisar que si bien el texto constitucional desarrolla las características de los servicios públicos, no establece una definición de los mismos, no obstante, el legislador en el numeral tercero del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, los definió como aquellos

destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines+

Y aunque de la lectura de esta definición se encuentra que paradójicamente obedece a la noción clásica de los servicios públicos que fue expuesta en precedencia, debe tenerse en cuenta que el resto del articulado de la misma Ley 80, la Ley 100 de 1993 mediante la cual se creó el sistema de seguridad social y la Ley 142 de 1994 que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios, por citar algunos ejemplos, dejan en evidencia que en realidad, independiente de la definición establecida en la Ley, en Colombia se rompió el criterio clásico de la teoría francesa, pues da paso a la participación de los particulares en la operación de los servicios, claro está, se insiste, bajo la supervisión del Estado.

Ahora bien, en relación con la forma de intervención de los particulares en la prestación de los servicios, debe señalarse que este elemento ha sido estudiado por varios tratadistas, entre estos Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su texto *Curso de Derecho Administrativo+* quienes al exponer la caracterización legal en el derecho español⁵⁷ de los contratos que suscribe la administración con los particulares, hacen

⁵⁶ Estos elementos se encuentran desarrollados en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. C-041/2003, J. Córdoba. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Dagoberto Suárez Sabogal, norma demandada: Artículo 90, Ley 142 de 1994.

⁵⁷ En este texto se hace referencia específica a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP.

referencia al *contrato de gestión de servicios públicos*, el cual no corresponde específicamente a un tipo de contrato, sino a una clasificación doctrinal en la que se advierte que ciertos contratos en que participan los particulares tienen como función viabilizar la prestación de servicios públicos, a través de alguna de estas formas⁵⁸:

- *En concesión*, entendida como una autorización, y en la cual el empresario privado asume los riesgos y beneficios de la explotación del servicio, que debe ser prestado en el nivel técnico que exija la administración. En este tipo de contrato la *Administración concedente y concesionario privado aparecen [õ] como colaboradores comprometidos en la consecución de un mismo fin, más que cómo antagonistas en una pura relación de intercambio*⁵⁹

Esta forma de vinculación es la forma clásica de prestación de servicios por parte de los particulares, y en esta la administración permite que se obtenga una remuneración por la prestación de ese servicio, la cual se toma de las tarifas que pagan los usuarios⁶⁰.

En el contexto colombiano se encuentra que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señaló a título enunciativo las formas de vinculación de los particulares con la administración⁶¹, y en el numeral 4° estableció la concesión en los siguientes términos:

⁵⁸ Aunque en el texto se exponen cuatro modalidades de vinculación de particulares para la gestión de los servicios públicos (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) solo se hará referencia a la primera y a la última de estas modalidades, en atención a que las restantes son figuras del derecho español que no tienen ningún tipo de aplicación a la legislación colombiana y que no tienen ninguna modalidad analógica.

⁵⁹ García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*+Tomo I. Editorial Temis. Año 2008. Pag 710.

⁶⁰ Rodríguez Libardo, Op cit. pag. 599.

⁶¹ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señaló que *son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad* y enunció como principales de vinculación: Los contratos de Obra, los de Consultoría, los de Prestación de Servicios, los de Concesión y los Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

4o. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.+

En relación con esta forma de vinculación con el Estado, es necesario tener en cuenta que la Ley 1508 de 2012 estableció las Asociaciones Público Privadas como un instrumento mediante el cual se integra capital público y privado para la prestación de bienes y servicios públicos y entre estas formas de asociación incluyó el contrato de concesión regulado en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que fue citado en precedencia.

- *Sociedad de economía mixta.* Esta modalidad implica la existencia de una sociedad entre capital privado y capital público el cual constituirá una unidad para obligarse ante la Administración de la misma forma como el particular lo hace en el contrato de concesión previamente expuesto.

Para el caso Colombiano se encuentran reguladas en el artículo 97 de la ley 489 de 1998, como aquellos *organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.*

Además de las formas de intervención anteriormente expuestas, se encuentra que Libardo Rodríguez expone otro tipo que resulta relevante mencionar en el presente caso.

- *Actividades calificadas de servicios públicos.* Hace referencia a actividades que no se encontraban catalogadas como servicio público, pero que el legislador en un momento dado les dio dicha categoría y por tanto los particulares que los prestaban deben someterse a las exigencias impuestas por la administración, sin que exista la necesidad de un convenio y sin que implique que la actividad salga de la esfera de los particulares.

3.2.1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DONDE HAY INTERVENCIÓN PARTICULAR.

En virtud del artículo 365 de la Constitución Política, el régimen jurídico de los servicios públicos debe ser determinado por la Ley. En virtud de lo anterior es pertinente traer a colación el esquema conceptual que sobre este punto elaboró el tratadista Libardo Rodríguez, en los siguientes términos⁶²:

- En caso de concesión de servicio público
 - Actos {
 - De derecho privado por regla general.
 - Administrativos, excepcionalmente los que realice el concesionario en cumplimiento de funciones administrativas que le atribuyan la ley, las reglamentaciones del servicio o el contrato de concesión (CPACA, art 2)
 - Contratos {
 - De derecho privado, salvo norma expresa que indique lo contrario.
 - Personal {
 - Trabajadores privados: Código Sustantivo del Trabajo.
- En caso de actividades calificadas de servicios públicos

- Actos {
 - De derecho privado por regla general.
 - Administrativos, cuando la ley o reglamentaciones del servicio atribuyan funciones administrativas al particular (CPACA, art 1)
- Contratos {
 - De derecho privado.
- Personal {
 - Trabajadores privados: Código Sustantivo del Trabajo.

⁶² Rodríguez Libardo, Op cit. pag. 615.

▪ En caso de Sociedades de Economía Mixta

- Actos
- De derecho privado por regla general
 - Artículo 97 de la Ley 489 de 1998
 - Además Artículos 256 y 308 del C. de R.D. y parg 1° del artículo 68 de la Ley 489 de 1998 (para las sociedades departamentales).
 - Artículo 156 del C. de R.M. y parg. 1° del artículo 68 de la Ley 489 de 1998 (para las sociedades municipales).
 - Administrativos, los que realicen para el cumplimiento de funciones administrativas (CPACA, art 2).
- Contratos
- Estatales, todos los celebrados por estas sociedades, cuando las entidades estatales tengan participación superior al cincuenta por ciento (Ley 80 de 1993, arts 1, 2 y 32 salvo normas especiales).
 - De derecho privado, los celebrados por estas sociedades, cuando las entidades estatales tengan participación igual o inferior al cincuenta por ciento (ley 80 de 1993, arts 1, 2 y 32).
- Personal
- Trabajadores privados, cuando menos del 90% del capital social es público.
 - Trabajadores oficiales, cuando el 90% o más del capital social es público.

Ahora, aunque los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, es necesario precisar que la prestación de estos no implica la ejecución de una función pública o una función administrativa, pues bajo esta nueva concepción de los servicios públicos, estos se han transformado en una actividad propia del mercado, aunque se encuentren bajo la regulación, el control y la vigilancia del Estado.

Al respecto debe señalarse en primer término que las funciones administrativas son una categoría de función pública, y así lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C 037 de 2003, en los siguientes términos:

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como %funciones públicas+ la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la %función administrativa+(art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Aclarado lo anterior debe señalarse que la función pública hace referencia a todas aquellas actividades que deben ser ejercidas por los órganos del Estado para conseguir el cumplimiento de sus fines, se ejecutan a través de los servidores públicos y solo de manera excepcional se delega su ejercicio a los particulares, como ocurre en aquellos casos en que administran justicia como conciliadores o árbitros (artículo 116 Constitución Política), el ejercicio de la función notarial (artículo 1º Decreto 960 de 1970), el registro mercantil (artículos 26 y 27 del Código de Comercio), entre otras.

La Corte Constitucional señala que ésta *“atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”*⁶³.

Como quiera que estas son funciones inherentes a la finalidad del Estado en el ejercicio de su soberanía, se encuentra que la Corte Constitucional ha señalado que no todo tipo de funciones públicas estatales pueden ser designadas a los particulares, y excluyó de esta posibilidad las (i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) *“exclusivas”* de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga⁶⁴.

Finalmente, en relación con el control que se ejerce sobre los particulares que desempeñen estas funciones, debe precisarse que la Corte Constitucional, entre otras en sentencias C 563 de 1998 y C 181 de 2002 ha precisado que estos se encuentran sometidos a los mismos controles a los que se someten a las entidades públicas, hecho que permite colegir que cualquier controversia que se presente en el desarrollo de estas funciones le corresponde conocerla a la jurisdicción contenciosa administrativa,

⁶³ Sentencia C-037/03. MP: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

⁶⁴ Ibid.

conclusión que se acompasa en su totalidad con lo establecido por el legislador al señalar en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que esta es la jurisdicción competente para conocer de las controversias que tienen los particulares que ejerzan funciones administrativas, las cuales como se acaba de señalar son un género dentro de la especie de la función pública.

Por otra parte, en relación con las funciones administrativas debe señalarse que el artículo 210 de la Constitución Política de Colombia señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. Ahora aunque no existe una definición o un listado taxativo establecido por el legislador que indique cuáles funciones deben ser catalogadas en esa categoría, debe precisarse que el desarrollo constitucional de estas está consignado en el Capítulo V del Título VII de la Constitución Política, título que desarrolla la labor de la Rama Ejecutiva; así mismo de la lectura de la Ley 489 de 1998, mediante la cual se *regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública*⁶⁵, normas de las que se puede colegir que las funciones administrativas son aquellas que están en cabeza de las entidades que conforman la Rama Ejecutiva.

Ahora respecto a la exclusión de la prestación de los servicios públicos como parte de las funciones públicas y de las funciones administrativas, es procedente remitirse a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C 037 de 2003, en la cual esa máxima Corporación en relación con la diferencia existente entre servicios públicos y función pública dispuso lo siguiente.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos+

⁶⁵ Ley 489 de 1998. Artículo 1°.

(õ)

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Además de lo anterior, sostuvo:

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370). Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados. Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público+

Así mismo, el Consejo de Estado en auto proferido el 17 de febrero de dos mil cinco (2005). Expediente 27673, en un proceso adelantado por Rodrigo Villamil Virgüez contra La Nación - Ministerio de Comunicaciones y otros, dispuso lo siguiente⁶⁶:

Los servicios públicos se sustraen del esquema de administración pública, de función pública, de servicio público como responsabilidad estatal, para trasladarse al campo de la economía general, en donde el Estado cumple con respecto a ellos, su papel

⁶⁶ Cita jurisprudencial extraída del artículo *La Función Administrativa: Una Mirada Desde El Derecho Colectivo Al Acceso Y Eficiente Prestación De Los Servicios Públicos+* Autor: Hernán Darío Vergara Mesa disponible en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/5209/4539>

regulador, fundamentado en las atribuciones que le confieren, entre muchas otras normas constitucionales, los artículos 333 y 334 de la Constitución Política. (...) Como la intervención debe cumplirse en relación con todo el proceso económico, o como dice la Constitución en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados...+ no hay duda que el Constituyente de 1991, estructuró con relación a los servicios públicos domiciliarios, un esquema específico o particular de intervencionismo, caracterizado por los elementos y componentes institucionales anteriormente descritos, por lo que resulta válido afirmar que en adelante, la aproximación conceptual al tema de los servicios públicos no puede hacerse con fundamento en la ecuación que equipara servicio público a función pública, sino desde la perspectiva de que corresponden al concepto de bienes de mercado, sometidos en su desempeño a las leyes del mercado, en donde el Estado actúa (interviene) para racionalizar su prestación en la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades.+

De todo lo anterior, es claro que el papel del Estado en relación con los servicios públicos ha variado, dado que su prestación ya no está catalogada como una función pública en sentido estricto, al haber sido delegada su prestación a los particulares, y por tanto el rol que desempeña ahora el Estado se circunscribe a ejercer la regulación, control y vigilancia de quienes prestan el servicio, siendo esta la función pública que ejerce el Estado en relación con los servicios públicos.

La ejecución de esta función pública por parte del Estado tiene un límite, pues debe darse un equilibrio entre el control que debe ejercerse para controlar los abusos en que puedan incurrir los particulares al estar ejecutando una actividad que tiene una connotación mercantil y la intromisión desmedida que involucre un sacrificio injustificado a la libertad de empresa que tienen los particulares que prestan el servicio. Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia C 615 de 2002, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra dispuso lo siguiente:

¿Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el límite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.+

De todo lo expuesto se concluye que el concepto de servicio público no es equivalente a actividad administrativa o servicio desarrollado por una autoridad administrativa, pues la Constitución Política consagró que existen servicios públicos a cargo de particulares y regidos por normas particulares, sólo que el Estado asume la labor de garante del servicio y en este punto su contenido sí es público. Lo anterior supone diferenciar entre la prestación del servicio público y el garante de dicho servicio, cada uno de los cuales puede tener un régimen jurídico diferente, incluso al derecho administrativo.

3.3. EL SERVICIO PÚBLICO A LA SALUD

Con antelación a la expedición de la Constitución Política de 1991, la salud era considerada como un servicio público a cargo del Estado, tal como lo disponía el artículo 1° de la Ley 10 de 1990, en los siguientes términos:

¿Artículo 1o. Servicio público de salud. La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las

entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley. El Estado intervendrá en el servicio público de salud, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política.+

El concepto expuesto en esta legislación no tuvo ningún desarrollo; sin embargo, dado que para inicios de la década de los 90\$ la cobertura y la calidad de este servicio eran precarias, ya que solo aproximadamente el 27% de la población colombiana accedía a servicios formales de salud⁶⁷, la Constitución Política de 1991, expedida el 4 de julio de ese mismo año, con el fin de mejorar la situación planteada, respecto a la prestación al servicio a la salud dispuso:

ARTÍCULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (õ)

En relación con la participación de los particulares en la prestación de los servicios de salud, vale la pena precisar lo expuesto por el autor Everaldo Lamprea en su obra *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud+*, quien ante la concepción actual de los servicios públicos que fue vista en precedencia, señala lo siguiente:

⁶⁷ Este dato se encuentra consignado en el texto *La Constitución de 1991 y la Crisis de la Salud - Encrucijadas y Salidas+* del autor Everaldo Lamprea M., quien citó el texto de Gerard M. La Forgia, *Health Sector Reform: A Financial Service . Flow Model ante the Colombian Case+* el cual extrajo la referencia del texto de María Cruz Saco y Carmelo Mesa . Lago *Do Options Exist?: The Reform of Pension and Health Care Systems in Latin America.+*

En vista del pobre resultado práctico del concepto clásico o subjetivo del servicio público introducido por autores como Duguit a comienzos del siglo XX, no debe sorprender que este fuese abandonado en la ANC [Asamblea Nacional Constituyente] para dar paso a un nuevo concepto de servicio público. De acuerdo con el nuevo concepto de servicio público adoptado por la ANC la fundamentación de los servicios públicos no debía buscarse en la naturaleza pública o privada del prestador, sino en la finalidad que persigue la prestación del servicio público.

(5)

Contrario a lo sostenido por la noción subjetiva o clásica de los servicios públicos introducida por la escuela de Bordeux, el nuevo concepto de servicio público resaltaba que los actores privados podían competir con el Estado en igualdad de condiciones para prestar tales servicios públicos. No obstante, el Estado debía garantizar por medio de sus facultades de regulación, control y vigilancia que la búsqueda de maximización del interés individual propia de la iniciativa privada cumpliera con la finalidad de promover el interés general.⁶⁸

De la norma previamente transcrita y aplicado lo anteriormente expuesto, se pueden extraer los siguientes elementos constitucionales, los cuales fueron sintetizados por el autor Gerardo Arenas Monsalve, en su texto *El derecho colombiano de la seguridad social* y que son concordantes con múltiples providencias proferidas por la Corte Constitucional en los siguientes términos⁶⁹:

- La definición de la salud como servicio público, no lo convierte en servicio estatal y por tanto éste puede ser prestado por particulares, sin perderse de vista que el Estado debe mantener el control sobre la calidad, la continuidad y la efectividad del servicio. (T 760 de 2008⁷⁰)

⁶⁸ LAMPREA M, Everaldo. *La Constitución de 1991 y la Crisis de la Salud - Encrucijadas y Salidas*. Universidad de los Andes, Vicerectoría de Investigaciones, Agosto de 2011. Pag. 23 . 24.

⁶⁹ ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El Derecho colombiano de la seguridad social*. Ediciones Legis. Tercera Edición 2011. Pags. 134 . 137.

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. T-760/2008, M J Cepeda Espinoza. www.corteconstitucional.gov.co, demandantes por Luz Mary Osorio Palacio,

- La salud es un servicio público obligatorio y esto se materializa en la imposición de la obligación a la afiliación al sistema de salud, sin perjuicio de la libertad de que goza el afiliado de elegir entre las entidades que prestan dicho servicio. (T-933/2011⁷¹, T-760/2008)
- Al haberse definido por parte del legislador el servicio público a la salud como un servicio esencial, está prohibido ejercer el derecho a la huelga. (C-122/2012⁷², C-473/1994⁷³)

Marlene Betancourt Mosquera, Máximo Daniel Cuello Urzola, Angélica María Rojas Castrillón, Cristina Lopera Grajales, Mariela del Socorro Castilla Fernández, María Diva Almonacid de Martínez, Nasly Sánchez Zapatero, Personera Distrital Delegada en Derechos Humanos en Cartagena, Olga Patricia Palacio Villa, Mario Reyes Acevedo, Jairo Eduardo Yepes Pérez, Sanitas EPS, Carlos Cortes Cortes, Carmen Raquel Betancourt de Villalobos, Elvia Sánchez de Alonso, Enrieta Dolores Rodríguez Martes, Alba Isabel Pinto de Monroy, Alfonso Carmelo Villamil Fernández, Enrique del Carmen Martínez Muñoz, Mery Restrepo de Zuluaga, Rosario Hincapié Salazar, demandados: Colpatria EPS, SaludCoop EPS, Seguro Social EPS, Seccional Cesar, Famisanar EPS, Comfenalco EPS, Clínica Cardiovascular Jesús de Nazareth y el Departamento Administrativo Distrital de Salud, DADIS, Colmédica EPS, ECOOPSOS, Entidad Cooperativa Solidaria de Salud, Secretaría de Salud del Departamento del Cesar, Coomeva EPS, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de la Protección Social, Salud total EPS, Cafesalud EPS y Saludvida EPS. En este caso los actores pretendían que se declarara que las accionadas había vulnerado su derechos fundamental a la salud al negar el acceso a los servicios en salud en varios casos, entre los cuales se encontraba el acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, POS, sometidos a pagos moderadores; acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo; reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno; acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad; acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores; acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona; libertad de elección de la *entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud* También fueron repartidos a esta Sala casos en los cuales alguna EPS pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS.

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia. T-933/2011, J. I Preteltt Chaljub. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Eddy Janeth García Tarazona, demandado: Avanzar Medico EPS. En este caso la actora **Solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la dignidad y la calidad de vida, en conexidad con la salud y la integridad vulnerados por la accionada, al ser desvinculada como beneficiaria de su madre la señora Beatriz Tarazona Jaimes, por no haber probado su calidad de estudiante**

⁷² Corte Constitucional de Colombia. C-122/2012, J. I Preteltt Chaljub. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Alidier Rafael Díaz Flórez, demandado: Literal d) del artículo 1° del Decreto extraordinario 753 de 1956 Por el Cual se sustituye el artículo

- Dado que uno de los principios rectores de los servicios públicos es la continuidad, la Corte Constitucional como juez de tutela ha ordenado la prestación del servicio a los trabajadores dependientes a pesar de que su empleador haya incurrido en mora en el pago de los aportes (T-117/2010, C-259/2009⁷⁴, T-760/2008)
- Servicio público, no significa servicio gratuito, y por tanto aunque existen unas prestaciones que están exentas de pago para los usuarios, no desdibuja su naturaleza pública el cobro de las cotizaciones. (C-955/2007⁷⁵, T-760/2008)
- La regulación del sistema de salud es reserva del legislador y por tanto no puede delegarse (C-955/2007, C-150/2003⁷⁶, T-760/2008).

430 del Código Sustantivo del Trabajo+. En este caso el actor presentó acción pública de inconstitucionalidad contra la norma precitada, por considerar que las actividades realizadas por las entidades que realizan actividades de asistencia social, beneficencia y caridad no constituyen servicios públicos esenciales.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia. C-473/1994, a. Martínez Caballero. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Jaime Antonio Díaz Martínez, demandado: Artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo+. En este caso el actor presentó acción pública de inconstitucionalidad parcial contra las normas precitadas, por considerar que éstas violaban los artículos 58, 60, 150-10 y 380 de la Constitución Política.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia. C-259/2009, M González Cuervo. www.corteconstitucional.gov.co, demandante Diego Javier Bonilla Durán, demandado: Artículo contra el literal a) del artículo 2º y el numeral 1º del artículo 3º (parciales) de la Ley 797 de 2003. En este caso el actor presentó acción pública de inconstitucionalidad contra las normas precitadas, por considerar que se genera una omisión legislativa relativa, que conllevaba a la vulneración de los artículos 11, 13, 48, 49, 53 y 93 de la Carta Política en concordancia con los artículos 2, 4, 9, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados al ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad. Al establecer una *afiliación obligatoria al Sistema General de Seguridad Social para todos los trabajadores dependientes e independientes*, cuando los últimos no contaban con recursos para efectuar las cotizaciones a pensión.

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. C-955/2007, M G Monroy Cabra. www.corteconstitucional.gov.co, demandante Diana María Hernández Díaz y José Gendry Mosos, demandado: Artículo 3º (parcial), el numeral 7º del artículo 7º y el artículo 8º de la Ley 1122 de 2007. En este caso el actor presentó acción pública de inconstitucionalidad contra las normas precitadas, por considerar que las normas acusadas, pretendían establecer una tarifa mínima para los servicios de salud, que reproducía el contenido normativo del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, declarado inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007. Y que las mismas violaban los artículos 13, 115, 150 numera 21, 333 y 334 de la Constitución Nacional.

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia. C-150/2003, M. Cepeda Espinosa. www.corteconstitucional.gov.co, demandante: Humberto de Jesús Longas Londoño, demandado: Numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4.

En virtud de lo anteriormente expuesto, es claro que al definirse la salud como un servicio público, no impide que el Estado pueda asignar la prestación del servicio a las entidades particulares, tal como lo ha consagrado la norma precitada. Sobre este punto el tratadista Gerardo Arenas Monsalve, en su libro de el *Derecho Colombiano de la Seguridad Social* ha señalado que el carácter de servicio público no debe confundirse con el de servicio estatal, y por tanto aunque el sector privado preste el servicio, el Estado debe seguir velando por la calidad, la continuidad y la efectividad de dicho servicio.

3.4. LA SALUD COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Ahora bien, atendiendo a que la salud no es solo un servicio público, sino también un derecho *fundamental que debe ser garantizado a todas las personas, pues su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana*⁷⁷ y a que no existe una definición que limite de forma

(parcial) del artículo 6, el párrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo 85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el párrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1° de la Ley 286 de 1996; el artículo 2° y el artículo 3° de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, vulneran los artículos 6°, 115, 122, 124, 150 numerales 7 y 23, 189 numerales 14, 16, 17 y 22, 209, 211 y 370 de la Constitución Nacional.. En este caso el actor presentó acción pública de inconstitucionalidad parcial contra las normas precitadas, por considerar que éstas contemplaban "indebida asignación por la Ley de las funciones del Presidente de la República a las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos, e indebida regulación de las funciones y condiciones de la delegación.

⁷⁷ Sentencia T-760 de 2008.

concreta el alcance de esta obligación estatal, se encuentra que la Corte Constitucional en relación con los elementos que comprenden el derecho a la salud señaló los siguientes elementos, en la sentencia de tutela T 760 de 2008⁷⁸:

- El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental.
- Es un derecho complejo, debido a la multiplicidad de obligaciones que comprenden y por tanto la plena garantía de su goce efectivo depende en parte de los recursos materiales e institucionales disponibles.
- Puede violarse el derecho a la salud por omisión o por acción, el primero de los casos cuando se deja de prestar un servicio de salud, y el segundo cuando se realiza una conducta cuyo resultado deteriora la salud de una persona⁷⁹.
- El derecho fundamental a la salud, comprende, principalmente el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad.
- La negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, sin embargo este derecho no se limita únicamente a lo establecido por el plan obligatorio de salud, pues puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal y por tanto debe ser prestado a fin de no vulnerar su derecho.
- De forma general no debe exigirse la antigüedad en el sistema de salud como requisito para acceder a un servicio de salud, y en caso de ser

⁷⁸ La sentencia de tutela T 760 de 2008 proferida el 31 de julio de 2008 por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es una sentencia de gran importancia para la comprensión del derecho fundamental a la Salud, pues en esta providencia esa máxima Corporación después de tomar las medidas provisionales necesarias acumuló 22 expedientes de tutela en los que bajo diferentes casos se planteaba la vulneración de este derecho. A pesar de que la Corte señala que en esa sentencia no establecería en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental a la salud, no puede desconocerse que ofrece un panorama amplio de los elementos de los que está comprendida esta obligación estatal.

⁷⁹ Para sustentar este planteamiento la Corte acude a la sentencia de tutela T 597 de 1993, en la cual se amparó el derecho a la salud de un menor que sufrió una pérdida en la movilidad de un pie por la aplicación de una inyección en el glúteo. En dicha providencia la Corte señaló que sin adentrarse en el estudio de la responsabilidad de la entidad que prestó el servicio no puede desconocerse que la actuación de la entidad ocasionó una vulneración al derecho a la salud del menor y por tanto dispuso su protección ordenando que se tomaran las medidas necesarias para que el menor pudiera recuperarse.

exigido debe tenerse en cuenta la totalidad de las semanas sin importar las entidades a que haya estado afiliado, ni si la antigüedad se dio en el régimen subsidiado o contributivo.

- Los sistemas de tarifas que se establezcan para la prestación de los servicios de salud deben excluir aquellos servicios asistenciales que hagan parte del plan de atención básica gratuita que el Estado debe garantizar.
- Existe una violación del derecho a la salud de una persona cuando el Estado omite expedir la regulación que se requiere para garantizar el goce efectivo de este derecho.

De los elementos anteriormente expuestos se concluye que al asignársele a la ejecución de una actividad la calidad de servicio público, esto no implica que cualquier controversia que surja en torno a ella sea de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pues

Analizada la salud como un servicio público y como un derecho fundamental se procede a continuación a explicar el desarrollo legal que ha tenido la prestación de ésta, a través de la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud.

CAPITULO IV

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN SALUD

Bajo la nueva perspectiva de servicio público adoptada por la Constitución Política de Colombia, en la que debía darse un equilibrio entre la participación del sector privado y la necesidad de una regulación estatal en esta prestación, en el año 1993 el Ministerio de Salud presentó el proyecto de Ley que se convertiría el 23 de diciembre de ese mismo año en la Ley 100, con la cual se creó el Sistema de Seguridad social integral, el cual quedó definido en el preámbulo de ese texto normativo como:

“el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”

El libro segundo de dicha norma, establece el Sistema General de Seguridad Social Integral en Salud y consagra como objetivos del sistema regular el sistema y crear las condiciones de acceso a toda la población en todos los niveles de atención. Dicho capítulo establece los fundamentos del sistema, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

4.1. PRINCIPIOS DEL SISTEMA

Los principios del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud fueron originalmente consignados en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, sin embargo estos fueron redefinidos en el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011,

encontrándose en la actualidad 21 principios⁸⁰, de los cuales se pueden extraer los siguientes como los más relevantes:

- Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe cubrir a todos los residentes en el país y en todas las etapas de la vida.
- Igualdad. El acceso al sistema se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano.
- Equidad. Debe garantizarse el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares.
- Calidad. Los servicios de salud deben atender las condiciones del paciente de acuerdo con la realidad científica y deben ser provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada
- Progresividad. Las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios deben irse otorgando de forma gradual.
- Irrenunciabilidad. No puede renunciarse al derecho a la Seguridad Social en Salud ni total ni parcialmente.
- Continuidad. Toda persona tiene vocación de permanencia en el sistema, y no podrá ser separado de él cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.

4.2. PLANES DE BENEFICIOS

En relación con la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993 fue reglamentada por el Decreto 806 de 1998, mediante la cual se estableció que el servicio público a la salud contenía exclusivamente los siguientes cinco planes de beneficios: i) El Plan de Atención Básica en Salud, PAB; ii) El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS; iii) el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS; iv) la Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y v) la atención inicial de urgencias. Esta lista es taxativa y, por tanto, en principio cualquier procedimiento o medicamento que esté por fuera

⁸⁰ Los principios del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud son: Universalidad, Solidaridad, Igualdad, Obligatoriedad, Prevalencia de derechos, Enfoque diferencial, Equidad, Calidad, Eficiencia, Participación social, Progresividad, Libre escogencia, Sostenibilidad, Transparencia, Descentralización administrativa, Complementariedad y concurrencia, Corresponsabilidad, Irrenunciabilidad, Intersectorialidad, Prevención y Continuidad.

de lo contenido en estos planes, debe ser sufragado por quienes los requieran⁸¹.

4.3. INTEGRANTES DEL SISTEMA

El funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, como se verá a continuación es el resultado de un trabajo armónico entre las entidades públicas y privadas, que según el artículo 155 de la Ley 100 están distribuidos así: 1) Los organismos de Dirección, Vigilancia y Control, 2) Los Organismos de administración y financiación, 3) Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, 4) Los empleadores, trabajadores dependientes, independientes cotizantes y pensionados, 5) Los beneficiarios del sistema y 6) Los comités de Participación Comunitaria.

De conformidad con lo anterior y con el fin de entender la forma como interviene tanto el sector Estatal como el sector privada en integración del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se procede a explicar el rol que cumple cada uno de estos a través de las distintas entidades, en los siguientes términos:

4.3.1. INTERVENCIÓN ESTATAL

Como se verá a continuación, el Estado tiene dos formas directas de participar en la ejecución del Sistema de Seguridad Social Integral; en primer término en la ejecución de sus labores de dirección, vigilancia y control del sistema, las cuales ejerce de forma exclusiva. En segundo término, al igual que los particulares, tiene participación en el sistema a través de las Entidades Promotoras de Salud públicas, y de las Instituciones Prestadoras

⁸¹Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha tutelado el derecho fundamental a la salud y ha ordenado la prestación de servicios excluidos de los planes de beneficios garantizados por el Estado, cuando encuentra que es necesario para la protección de otros derechos fundamentales como la vida. Al respecto esta máxima Corporación ha sostenido: %Sin embargo, en reiteradas ocasiones la Corte ha sostenido que una persona tiene derecho a recibir una prestación específica así ésta haya sido excluida del POS [Plan Obligatorio de Salud] cuando ello es necesario para evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad del accionante. En esta hipótesis el ámbito de la protección del derecho a la salud se expande más allá de los límites que se le han fijado en virtud del POS. Pero la Corte debe apreciar caso por caso si ello es así.%(T 760 de 2008)

de Servicio, que tienen la misma naturaleza y que como se explicará más adelante se denominan Empresas Sociales del Estado.

4.3.1.1. Funciones exclusivas de la Administración

El artículo 154 de la Ley 100 de 1993 señala de forma concreta cuál es el papel de la Administración, en los siguientes términos:

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley; b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia; c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud; d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país; e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley; f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes; h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.+

La intervención del Estado se materializa de forma directa a través de los organismos de Dirección, Vigilancia y Control, los cuales son: i) el Ministerio de Salud, ii) el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (hoy sustituido por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-) y iii) la Superintendencia Nacional de Salud.

▪ El Ministerio de Salud.

En el año 1993 cuando fue expedida la Ley 100 existían en el país el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, y estos entraron a conformar parte del Sistema de Seguridad Social Integral de Salud. Sin embargo, con la expedición de la Ley 790 de 2002 el Congreso de la República fusionó estas entidades y creó el Ministerio de la Protección

Social que, a partir de esa fecha, asumió las funciones asignadas a los extintos ministerios como parte del sistema.

En el año 2011 el Ministerio de la Protección Social fue escindido mediante la Ley 1144 de 2011 y se creó el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual asumió las funciones del extinto Ministerio relacionadas con formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales⁸²; adquiriendo la calidad de órgano rector del Sistema de Salud y por dicha razón tiene entre sus funciones la dirección, orientación y conducción del sistema⁸³, lo anterior en consonancia de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 712 de 2001, en el cual se señala que la Nación tiene a su cargo la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional.

Las funciones del Ministerio de Salud se encuentran consagradas en el artículo 2° del Decreto 4107 de 2011 y de las mismas se extrae que su rol es formular, dirigir, adoptar y evaluar políticas que busquen que la población en general tenga acceso en condiciones de calidad y eficiencia al servicio público a la salud.

Por otra parte, aunque el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA está consagrado en el artículo 155 de la Ley 100 de 1993 como uno de los Organismos de Administración y Financiación, debe tenerse en cuenta que este Fondo es una cuenta sin personería jurídica, ni planta de personal propia, adscrita a este Ministerio, manejada por encargo fiduciario y que tiene como objeto, garantizar la compensación entre las personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del sistema, cubrir los riesgos catastróficos, los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias. Se encuentra regulada en los artículos 219 a 233 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1238 de 1996.

⁸² Decreto 4107 de 2011

⁸³ Ley 1438 de 2011, Art. 4

- **La Comisión de Regulación en Salud (CRES):**

Fue creada con la Ley 1122 de 2007 para sustituir a la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud, la cual en la redacción original hacía parte de la dirección del Sistema de Salud, esta Comisión es una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial y está integrada por el Ministerio de Salud, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y Cinco Comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados.

Sus funciones se encuentran consagradas en el artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 entre las que se encuentran la definición y modificación del Plan Obligatorio de Salud, de la Unidad de Pago por Capitación, de los subsidios parciales en salud, el valor de las cuotas moderadoras y el régimen para el pago de las incapacidades y las licencias de maternidad.

- **La Superintendencia Nacional de Salud:**

Aunque desde la redacción original de la Ley 100 se designó a esta entidad como la encargada de ejercer la vigilancia a las entidades que conforman el sistema, se encuentra que la Ley 112 de 2007 creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, en virtud del cual la Supersalud debe vigilar la eficiencia, la eficacia y la efectividad de los recursos del sector salud, el cumplimiento de los derechos derivados de la afiliación o vinculación de la población a cualquier plan de beneficios, que la prestación del servicio se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios y los deberes por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, promocionar y desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario, adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa tanto de las EPS, como de las IPS, vigilar que los actores del Sistema garanticen la producción de los datos con calidad, cobertura, pertinencia, oportunidad, fluidez y transparencia y vigilar que las entidades territoriales cumplan con los criterios para la

determinación, identificación y selección de beneficiarios de la aplicación del gasto social en salud⁸⁴.

Además de las funciones administrativas de esta Superintendencia, se encuentra que la Ley 1122 de 2007 asignó unas facultades jurisdiccionales a esta entidad, que fueron ampliadas en la Ley 1438 de 2011 y la declaró competente para conocer a prevención de la cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del POS cuando su negativa por parte de las EPS, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; los conflictos que se susciten en materia de multifiliación y de libre elección; sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; los conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema y finalmente conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador⁸⁵.

Estas funciones son claramente a prevención, ya que debe tenerse en cuenta que la jurisdicción ordinaria laboral tiene competencia sobre todas las controversias que surjan en el sistema de seguridad social integral.

▪ **Otras entidades**

Por otra parte, aunque las siguientes no se encuentran consagradas expresamente entre los organismos encargados de ejercer las funciones de dirección del sistema, se encuentra que también tienen a su cargo el ejercicio de labores que son exclusivas del Estado:

⁸⁴ Ley 1122 de 2007, artículo 37. EJES DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

⁸⁵ Ley 1122 de 2007, ARTÍCULO 41. *FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD*, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

- **El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA):**

Determinado por el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, que tiene como finalidad la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva. Se encuentra regulado principalmente por el Decreto 1290 de 1994, pero mediante las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, se le han asignado nuevas competencias y funciones.

- **El Instituto Nacional de Salud:**

Fue creado mediante el Decreto 470 de 1968 y reestructurado con el Decreto 2166 de 1992, fue modificado en su estructura a través del Decreto 272 de 2004, que lo definió como un establecimiento público nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de la Protección Social, e integrante del Sistema de salud y del sistema nacional de Ciencia y Tecnología y con jurisdicción en todo el territorio nacional, que tiene como finalidad entre otras, la de orientar la investigación científica en salud y prestar el servicio de laboratorio de referencia nacional. Así mismo, tiene a su cargo la coordinación técnica de la red nacional de laboratorios de salud pública y la producción y distribución de productos biológicos, químicos, biotecnológicos y reactivos de diagnóstico biomédico.

- **Los Entes Territoriales:**

Departamentos, Municipios y Distritos: La ley 100 de 1993, amplió las competencias otorgadas a los entes territoriales, estableciendo que a los mismos les correspondería las funciones de dirección y organización de los servicios en salud para garantizar la salud pública y la ofertas de servicios de salud por instituciones públicas por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demandada. Con la Ley 715 de 2001, que

reguló el sistema nacional de participaciones, se precisaron y ampliaron competencia de los entes territoriales en salud, competencias que fueron modificadas posteriormente con la Ley 1438 de 2011 y comprenden las de dirección, prestación de servicios, salud pública y aseguramiento de la población.

▪ **Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud.**

Reguladas por el artículo 176 de la Ley 100 de 1993, tiene a su cargo el cumplimiento de las siguientes funciones:

1. Preparar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Territorial de Seguridad Social de Salud en el ejercicio de sus funciones.
2. Preparar para consideración del Consejo territorial de Seguridad Social en Salud los instrumentos y metodologías de focalización de los beneficiarios del régimen subsidiado en el área de su jurisdicción y orientar su puesta en marcha.
3. Administrar los recursos del subsidio para la población más pobre y vulnerable en los términos previstos en la presente ley, con los controles previstos en el numeral 7 del artículo 153.
4. La inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.
5. Velar por el cumplimiento de las normas sobre pasivo prestacional de los trabajadores de la salud en su respectiva jurisdicción.

En caso de existir una falla en la ejecución de las funciones anteriormente descritas que haya causado un daño y que pretenda sea reparado, aunque estas actividades son propias de la Sistema de Seguridad Social Integral, esto no implica que sea el juez laboral el competente para conocer de estos asuntos, pues debe tenerse en cuenta que el artículo 104 del Código Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo establece expresamente que es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la competente para conocer las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 140 de esa misma norma que regula el proceso de reparación directa.

4.3.1.2. Funciones compartidas con los particulares.

Ahora aunque la función central del Estado en la ejecución de este Sistema es la dirección, vigilancia y control del mismo y que esto se materializa a través de las entidades anteriormente mencionadas, debe tenerse en cuenta que el Estado también tiene a su cargo Entidades Promotoras de Salud y a las Empresas Sociales del Estado (ESE), las cuales son una modalidad especial de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, reguladas por los artículos 194 a 197 de la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en los aspectos no regulados por éstas, a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen. Esta es la forma mediante la cual la prestación de los servicios de salud se efectúa de manera directa por la Nación o las entidades territoriales, se caracterizan por ser entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En caso de existir una falla en la ejecución de las labores desarrolladas por alguna de estas, incluso aquellas en que se debatan asuntos de responsabilidad médica, pues debe tenerse en cuenta que en las Empresas Sociales del Estado, el personal ejecuta actos médicos, y por tanto al igual que en el caso anterior estas deberán ser conocidas también por la jurisdicción contenciosa administrativa, atendiendo también a lo consagrado en los artículos 104 y 140 del CPACA, y a la exclusión que se hizo en el Código General del Proceso de la jurisdicción laboral para el conocimiento de estos asuntos.

4.3.2. INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES

Así mismo, como se verá a continuación, se encuentra que la forma como se reguló la prestación de servicio se acopla a la nueva concepción de los servicios públicos, pues previo a la expedición de la Ley 100 de 1993, este solo actuaba a través de las instituciones prestadoras de salud, pero a partir de ésta nace otra forma de participación del sector privado, con la creación de las Entidades Promotoras de Salud, las cuales de conformidad con el literal e) del artículo 156, son las encargadas de administrar el sistema, y si bien varias de estas son públicas, la realidad es que en la actualidad de las

32 EPS autorizadas para su funcionamiento, 12 son de naturaleza pública y 20 de naturaleza privada.⁸⁶

Además la participación del sector privado en la prestación del servicio de salud se ha ido incrementando en los últimos años, pues para el año 1995 el total de afiliados a las EPS privadas era de 874.191, mientras que para el año 2008 se contabilizaba un total de 15'314.000 afiliados.⁸⁷

▪ **Entidades Promotoras de Salud (EPS):**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 las EPS son las administradoras del Sistema y por tanto son responsables de la afiliación de los usuarios, el recaudo de las cotizaciones. Deben garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, bien sea de forma directa o bajo la contratación de IPS.

Respecto a los tipos de EPS, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, estas pueden serlo en, primer lugar, el Instituto de Seguros Sociales, las cajas o entidades de seguridad social del sector público que se transformen en EPS y, en segundo lugar, todas las demás que se establezcan ya sea por asociación de cajas de compensación, por decisión de las entidades territoriales, por organizaciones no gubernamentales, por el sector público, solidario o privado.

Estas entidades son la primera forma de participación del sector privado en la prestación del servicio a la salud, y aplicado lo expuesto al inicio de este capítulo debe señalarse que su intervención es en concesión, entendida esta como la forma en que el Estado autoriza a un particular para prestar un servicio público, bajo su supervisión.

⁸⁶ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. FACULTAD NACIONAL DE SALUD PUBLICA "Héctor Abad Gómez" .IMPACTO DE LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL Y LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN COLOMBIA. Director de Investigación: Álvaro Cardona

⁸⁷ www.portafolio.com.co EPS han perdido \$65.000 millones en 2008, reportó Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral

- **Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 las IPS son entidades públicas, mixtas, privadas o comunitarias cuyo fin es la prestación de los servicios en salud, por tanto en este tipo de entidad clasifican los hospitales públicos y privados, los centros de salud, los grupos de práctica profesional y los profesionales independientes.

El artículo 186 establece que el Gobierno debe establecer un sistema de acreditación de las IPS con el fin de brindar a los usuarios información sobre su calidad. En la actualidad la forma como se realiza dicha acreditación está regulada en la Ley 1438 de 2011.

En caso de darse una falla en la ejecución de las funciones asignadas a los particulares debe tenerse en cuenta que aquí queda excluida la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que como se explicó en precedencia la administración y prestación del servicio público de salud no es una función administrativa. Así las cosas, es claro que las controversias que se generen con los particulares en el ejercicio de las actividades propias del sistema de seguridad social integral son competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, por ser el juez que fue designado especialmente para ello, excluyéndose los asuntos de contratos y de responsabilidad médica por expresa disposición del Código General del Proceso.

En conclusión como puede observarse a pesar de que la Ley 712 de 2001 buscó especializar al juez laboral para conocer de forma exclusiva de los asuntos relacionados con el Sistema de Seguridad Social Integral, sin importar la naturaleza de la relación jurídica de las partes ni los actos jurídicos que se controviertan, se observa que esta designación no es absoluta, pues cualquier falla que una entidad estatal presente en la ejecución de las funciones a ella asignadas, será de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa y a partir de la expedición del Código General del Proceso se exceptuaron los asuntos de responsabilidad médica, sin importar si la entidad demandada es pública o privada, a pesar de ser un asunto propio del Sistema de Seguridad Social Integral.

CAPITULO V. LA REAL DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El ejercicio indebido de la medicina que cause un perjuicio a un paciente o a su familia, es un hecho contrario a derecho, que como se expuso en el capítulo correspondiente, genera un deber de reparación al acreditarse la existencia de un nexo causal entre la conducta del agente y el daño causado, asunto que en principio debe ventilarse ante el juez ordinario en su especialidad civil, por ser éste por competencia residual, el encargado de conocer los asuntos de responsabilidad profesional.

Sin embargo, no puede desconocerse que para la calificación del ejercicio de la actividad médica debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones el médico no actúa de forma independiente, sino que está vinculado a una entidad prestadora de servicios de salud, y por tanto además de ser un profesional de la salud, dependiendo obviamente de la naturaleza jurídica de la entidad para la que presta sus servicios, ejerce también como un funcionario público o un trabajador particular, o como trabajador asociado, escenario bajo el cual, sin importar si el afectado decide demandar al médico de forma individual o éste junto con la entidad para la que labora, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Código General del Proceso (antes artículo 22 del Código Procesal Civil) varía el juez que conoce la causa pues prima el factor subjetivo de competencia y por tanto el estudio de estos asuntos deberá repartirse entre la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o la Jurisdicción ordinaria en su especialidad civil.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que con la expedición de la Ley 100 de 1993 fue creado el Sistema de Seguridad Social Integral mediante el cual se organizaron las instituciones, normas y procedimientos encaminados a proteger las contingencias que menoscabaran entre otras la salud de la población, sin embargo, de la lectura de los artículos en los que se regula el Sistema de Salud se encuentra que en esta se hace solamente un desarrollo sustantivo del sistema, esto es, se exponen los integrantes, las funciones, los planes de beneficios, la forma de financiamiento y en general se regula la forma como debe prestarse el servicio, pero en ningún momento se establecen reglas en relación con el procedimiento o el juez encargado para resolver las controversias que surgieran en su prestación, lo cual permite colegir que en un primer momento, cualquier controversia relacionada con

este sistema deberá ser conocido por el juez que se encuentre revestido por el factor de competencia prevalente.

Posteriormente fue expedida la Ley 362 de 1997, mediante la cual se asignó a la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto de Seguro Social, y *las diferencias que surjan entre entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y su afiliados*, modificación legislativa con la cual, sin duda el legislador desplazó al factor subjetivo de competencia, haciendo prevalente el factor objetivo, es decir la designación del asunto por su naturaleza.

En el año 2001, se expidió la Ley 712 mediante la cual se modificó el Código Procesal del Trabajo, que en adelante se denominaría "Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social", y en el que se designó a la Jurisdicción Ordinaria Laboral como la competente para el conocimiento de *las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierta*, disposición con la cual el legislador claramente pretendió especializar a una de las *jurisdicciones* como la competente para conocer de todos los asuntos del sistema de Seguridad Social Integral contemplado en la Ley 100 de 1993.

En este punto, es necesario precisar que el concepto de Seguridad Social Integral comprende distintos aspectos de un mismo fenómeno, pues es un servicio público en el que se da una amplia participación a los particulares, un derecho irrenunciable, un sistema que tiene su organización administrativa y financiera detallada, que se encuentra regulada a través de los principios rectores del sistema y bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado, y como lo indica la Corte Constitucional en la sentencia C 1027 de 2002, dentro de este concepto también se entienden incluidos los distintos procedimientos para hacer efectiva la protección de las contingencias que pretende cubrir a través de los sistemas generales de pensiones, de salud, de riesgos profesionales y de subsidio familiar.

Ahora bien, con el fin de establecer si la definición de la responsabilidad de un profesional de la salud hace parte de las controversias del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, debe señalarse que al regularse este

sistema se pretendieron crear condiciones de acceso a toda la población a un plan integral en salud que comprendiera los procedimientos y medicamentos requeridos por el usuario, hecho que permite colegir que al ser el acto de la atención médica la génesis de la prestación del servicio de salud, no existe duda que la calificación de su calidad bajo los parámetros de la *lex artis ad hoc*, es un asunto propio de la prestación de este servicio público, y por tanto al habersele asignado las controversias propias del SGSSIS a la jurisdicción ordinaria laboral, se colige que ésta deberá también conocer de estos asuntos, tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia proferida el 13 de febrero del 2007, radicado 29519, de la cual se hizo el análisis en el capítulo correspondiente.

En relación con esta interpretación realizada por la Sala de Casación Laboral al concepto del Sistema de Seguridad Social Integral que creó para los jueces laborales la competencia para juzgar asuntos de responsabilidad médica derivados de la prestación de los servicios comprendidos en los planes de beneficios del sistema de salud, se encuentra que no fue acogida ni por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ni por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, órganos de cierre de las especialidades que tradicionalmente han conocido estos asuntos en virtud de la prevalencia del factor subjetivo de competencia.

Dichas corporaciones coinciden en afirmar que estos asuntos no están comprendidos entre las controversias propias del Sistema de Seguridad Social Integral, y por tanto en caso de pretenderse que se declare la existencia de una responsabilidad médica y la consecuente indemnización del perjuicio causado, estas controversias deben distribuirse a la jurisdicción civil en caso de involucrarse una entidad privada y a la contenciosa administrativa en los casos de una entidad pública, pues además de deberse dar prevalencia al factor subjetivo de competencia, el hecho de que la jurisdicción laboral se asignó un marco general de competencias constituye un desconocimiento del principio del juez natural, lo cual en el caso de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se hace más que evidente, en atención a que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia asignó de forma específica el conocimiento de los asuntos donde estuvieran involucradas las entidades públicas, entre estos la calificación de una falla en la prestación de los servicios a su cargo.

Para estas Corporaciones el alcance de la expresión "Sistema de Seguridad Social Integral" consagrado en Ley 100 de 1993 apunta al acceso de toda la población a las prestaciones económicas y asistenciales allí dispuestas, pero no comprende los alcances de la responsabilidad en la prestación de estos servicios, lo cual implica que el juez laboral solo conoce de los asuntos en que exista una falla en el acceso al servicio, es decir, si el paciente tiene un obstáculo para acceder a la atención médica o no puede acceder a que se le realice un procedimiento o se le suministre un medicamento, debe acudir a la jurisdicción laboral para que los daños que se le hubiesen causado sean reparados, pero si logra acceder a la atención y se da una falla médica, esto es que los profesionales de la salud actúen desconociendo lo establecido en la *lex artis ad hoc*, es otro el juez el que conoce el asunto, civil o administrativo, según el demandado.

La postura de estas dos Corporaciones desconoce en primer término que la "calidad" del servicio, es uno de los principios rectores del Sistema de Seguridad Social en Salud tal como lo disponía el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, hoy modificado por el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011, norma que dispone que *los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada* y por tanto que el médico actúe bajo los parámetros de la *lex artis ad hoc* al momento de atender a su paciente, hace parte sin duda de la calidad con que debe prestarse el servicio. Lo anterior permite inferir que el "Sistema de seguridad social integral" no se limita a garantizar el acceso de la población a las prestaciones económicas y asistenciales allí consagradas, sino que también regula que estas se otorguen con calidad, por lo que en caso de existir una falla en este específico asunto, si debe ser la jurisdicción ordinaria laboral la competente para conocerla.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que hace parte de las funciones ordinarias del legislador la distribución de las competencias entre los distintos órganos revestidos de jurisdicción, siendo su único límite que alguna disposición constitucional específica así se lo impida y como quiera que en la Constitución no existe ninguna disposición que señale quién debe conocer de los asuntos de responsabilidad médica, ni existe un listado expreso que establezca qué asuntos deben ser conocidos por cada especialidad, no hay en realidad ningún impedimento para que el legislador asigne a la jurisdicción ordinaria laboral esta materia, más aún cuando la jurisdicción ordinaria civil,

ha conocido de estos casos por simple competencia residual, lo cual implica que pierde la competencia en caso de que el legislador decida asignar el asunto a una autoridad judicial específica; y si bien la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señaló que la jurisdicción contenciosa administrativa debía conocer de las controversias en que estén involucradas entidades públicas, esto no es óbice para que el legislador pueda realizar un traslado de competencias, más aún cuando está buscando especializar a una de las jurisdicciones en la solución de los litigios sobre la seguridad social integral, tal como ocurre en los casos de reconocimiento de pensiones que sin importar que la entidad encargada de conceder la pensión sea pública o privada, estos deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria laboral.

Además de los argumentos expuestos, debe señalarse que aunque el Consejo de Estado dispuso que una de las razones para que este asunto sea de su competencia, es que los pacientes que son atendidos en un hospital estatal se constituyen en usuarios de un servicio público que se encuentra en cabeza del Estado y por tanto al existir una falla en su prestación se genera una responsabilidad extracontractual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución; es necesario recordar que como se vio en el capítulo relacionado con el servicio público de salud, bajo la nueva concepción de estos, la prestación de un servicio que está catalogado como público, no impone una determinada jurisdicción, pues lo cierto es que puede ser prestado por particulares o por el Estado y cada uno en caso de acudir al factor subjetivo, tal como lo hace el Consejo de Estado, cuenta con un régimen de jurisdicción y competencia diferente.

De lo visto hasta aquí se encuentra que con las posiciones adoptadas por estas Corporaciones los jueces civiles, laborales y administrativos, procedieron a declarar la nulidad insaneable por falta de jurisdicción y competencia, al acogerse a alguna de las dos posiciones existentes, y al remitir al juez que consideraban competente se configuraron conflicto de competencia que cuando era resueltos por Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por darse el conflicto entre el juez laboral y el juez administrativo, siempre fue asignado al último de estos; pero cuando el conflicto se presentaba entre el juez civil y el juez laboral y era resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, se encuentra que existe disparidad de criterios; hechos que además de dilatar los procesos que se estaban adelantando conllevaron a que se configurara una incertidumbre en los

usuarios de la administración de justicia para establecer ante cuál juez debían presentar las demandas con las que pretenden la reparación de los daños causados con ocasión a una indebida prestación del servicio a la salud por una falla en el acto médico.

En este punto es necesario aclarar que aunque la Constitución Política, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en general las normas del ordenamiento jurídico, han denominado las diferentes especialidades de los jueces como «jurisdicciones» (jurisdicción constitucional, jurisdicción civil, jurisdicción contenciosa administrativa), configurándose su ausencia incluso como una causal de nulidad insanable⁸⁸; debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo expuesto en el capítulo correspondiente, la Jurisdicción es el poder que el Estado ha delegado a los jueces y magistrados para administrar justicia y por tanto señalar que un juez ha actuado sin jurisdicción, es claramente un absurdo, pues todos los operadores judiciales están investidos de jurisdicción y de lo que pueden carecer en un caso particular es de competencia, cuando conoce un asunto que no le ha sido asignado a su especialidad.

Aunque la presente investigación pretendía concluir que la jurisdicción ordinaria laboral debía ser la competente para conocer de los asuntos de responsabilidad médica por los actos derivados del Sistema de Seguridad Social Integral al considerarlos como controversias propias de este sistema, y así falsear la hipótesis que se había planteado, según la cual la competente en estos casos era la jurisdicción contenciosa administrativa, en atención a que debía conocer de la falla en la prestación del servicio público a la salud, por ser el garante del mismo sin importar si el demandado era un particular o una entidad estatal, se encuentra que el 12 de julio de 2012 fue proferido el Código General del Proceso (Ley 1562) y mediante el cual en el artículo 622 se modificó el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para señalar que si bien la jurisdicción ordinaria laboral tiene competencia sobre las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, debían excluirse los asuntos de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.

⁸⁸ Artículo 140 CPC y Artículo 133 CGP

En consonancia con lo anterior se encuentra que los artículos 18 y 20 de esa misma norma asignan en la Jurisdicción Civil los procesos contenciosos de responsabilidad médica distribuyéndolos entre los jueces municipales y de circuito atendiendo al factor objetivo por cuantía y excluyendo los asuntos que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.

De la lectura de lo anterior se encuentra que aunque el querer del legislador fue excluir a la jurisdicción ordinaria laboral de estos asuntos, resulta interesante resaltar que en su criterio estos, tal como lo señalaba la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si hacen parte del sistema de seguridad social integral, pues de la redacción de la norma se colige fácilmente que a pesar de que esta jurisdicción es la competente para conocer de todas las controversias que surjan del sistema, simplemente se separó este asunto de su conocimiento, se insiste, sin desconocer que si es una controversia propia del sistema, y aunque en la exposición de motivos de la ley, no se señalan las razones por las cuales se decidió excluir esta controversia del SGSSIS de las materias en que es competente el juez laboral, esto podría obedecer a que la realidad en el escenario judicial demuestra que son los jueces civiles y administrativos quienes han manejado tradicionalmente los regímenes de responsabilidad profesional y han desarrollado los criterios jurisprudenciales para su estudio, contrario sensu a lo que ocurre con los jueces laborales quienes en materia de responsabilidad, solo han desarrollado los elementos de la culpa patronal por la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y los elementos y características de la responsabilidad médica realmente le son ajenos.

En virtud de lo anterior y como quiera que el artículo 625 ordena a los jueces laborales remitir estos procesos en el estado en que se encuentren, es claro que deben declarar la nulidad insanable de falta de jurisdicción (entiéndase de competencia) y hacer la remisión correspondiente, sin embargo como se indicó en el capítulo correspondiente, debe señalarse que aunque este artículo dispone que estos se remiten a los jueces civiles, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción laboral ha conocido hasta ahora de estos asuntos sin importar si la naturaleza de la entidad demandada es pública o privada, pues ha primado el factor objetivo como se explicó precedentemente, y por tanto en consonancia con los artículos 18 y 20 debe entenderse que los asuntos que serán remitidos a los jueces civiles son aquellos en que esté involucrada una entidad privada, pues aquellos en que esté una entidad

pública (Empresas Sociales del Estado y Entidades Promotoras de Salud Públicas) deberán ser remitidos a los jueces administrativos.

La exclusión de la jurisdicción ordinaria laboral y la remisión a los jueces civiles de estos asuntos genera dos consecuencias relevantes: i) para la asignación del juez competente elimina la diferencia existente entre los actos médicos que se realicen con ocasión a la ejecución del sistema de seguridad social integral y los que están excluidos de este y ii) convierte a la jurisdicción civil en la competente para conocer de estos asuntos cuando no está involucrada una entidad pública, ya no por competencia residual como lo era antes de la expedición de la Ley 712 de 2001, sino que le asigna el conocimiento de estos asuntos de forma expresa

Así las cosas es claro que la competencia para conocer de estos asuntos vuelve a quedar dividida atendiendo al factor subjetivo en el caso de la jurisdicción administrativa y al factor objetivo en el caso de la jurisdicción civil, más aún cuando a pesar de que la ejecución del acto médico que se desarrolla en el marco del sistema general de seguridad social integral en salud, es el eje de la prestación del servicio público a la salud, y que este se encuentra a cargo de la Nación, debe tenerse presente que tal como se explicó en el capítulo en el que se expuso el rol de los particulares y del Estado en la aplicación práctica de este sistema, bajo la nueva perspectiva de *servicio público*, el Estado responde en principio, solamente cuando falla en la dirección, vigilancia y control del sistema, dado que delegó en los particulares la prestación del servicio, excepto en los casos en que una entidad pública sea la que preste el servicio, pero en estos casos, se insiste, la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa por la naturaleza de la entidad (factor subjetivo), mas no porque esté prestando un servicio público (factor objetivo).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto se encuentra que en caso de pretenderse que una EPS, una IPS o una ESE responda por los daños causados a un paciente o su familia por una falla en la ejecución de un acto médico, con la expedición del Código General del Proceso, existe claridad en relación con el juez competente para conocer de estos asuntos, y aunque no existe disposición legal que señale cuál es el juez competente para dirimir esta controversia si se demanda individualmente al médico, al haber faltado a su deber profesional, debe señalarse que de la revisión de la jurisprudencia que existe respecto a las demandas por fallas médicas, se encuentra que en

realidad no es muy común, pues en estos casos, debido a lo cuantioso de las pretensiones normalmente se demanda al profesional de la salud, a la IPS para la que trabaja e incluso a la EPS, pero en caso de quererse demandar solo al sujeto que ejecutó el servicio, debe precisarse que la jurisdicción competente es la ordinaria en su especialidad civil, por ser ésta por competencia residual, la encargada de conocer los asuntos de responsabilidad profesional, escenario bajo el cual no importa si está vinculado como servidor público o trabajador particular con la entidad en la cual prestó su defectuoso servicio.

Finalmente, al haberse aclarado la forma como debe distribuirse las competencias en el asunto objeto de investigación, resulta pertinente precisar que en el desarrollo del estudio elaborado se pudo establecer que existen otros asuntos que si bien están relacionados con el sistema de Seguridad Social Integral, se encuentran excluidos del conocimiento de los jueces laborales, así:

- A. Si existe una falla en la forma como interviene el Estado en la prestación del servicio a la salud, esto es en los taxativos términos dispuestos en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, se encuentra que esto es de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues como se estudió previamente, es esta la encargada de estudiar la responsabilidad que se derive de una falla en la ejecución de las funciones que tiene a su cargo el Estado.
- B. Al igual que el punto anterior, es también competente la jurisdicción contenciosa administrativa de aquellas funciones que no son exclusivas del Estado, pero que son ejecutadas por éste, tales como la prestación de los servicios de salud en los hospitales públicos, o el ejercicio de las funciones propias de las EPS.
- C. La Ley 1122 de 2007 asignó unas facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, que fueron ampliadas en la Ley 1438 de 2011 y la declaró competente para conocer a prevención de la cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del POS cuando su negativa por parte de las EPS, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato

con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; los conflictos que se susciten en materia de multifiliación y de libre elección; sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; los conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema y finalmente conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

- D. El artículo 104 del Código Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo establece que esta jurisdicción conoce de los asuntos relativos a la seguridad social de los servidores públicos cuando el régimen al que pertenecen esté administrado por una persona de derecho público.
- E. Como quiera que la salud, no solo es un servicio público sino también un derecho fundamental, la Acción de Tutela consagrada en el Decreto 2591 de 1991 es procedente para evitar la vulneración de este derecho, la cual se materializa en la imposibilidad del accionante en acceder al servicio, pero no implica la calificación del mismo, pues este asunto ya es de resorte del juez especializado.

CONCLUSIONES

De lo visto en precedencia, se colige que la prestación del servicio a la salud debe analizarse desde diferentes aristas, pues es un servicio público, un derecho fundamental y un sistema en el que los sectores público y privado tienen claramente delimitadas sus funciones y obligaciones.

El concepto de seguridad social tiene carácter onmicomprensivo en tanto y en cuanto abarca distintos aspectos de un mismo fenómeno: la seguridad como servicio público; la organización administrativa de la seguridad social; los principios rectores de la seguridad social; su carácter de derecho irrenunciable; la participación de los particulares en la ampliación y gestión de la seguridad social; las entidades gestoras de la seguridad social; y la garantía de la destinación y aplicación de los recursos de la seguridad social. Y aún cuando no se mencionan expresamente, dentro del concepto constitucional de seguridad social también se entienden incluidos los distintos procedimientos para hacerla efectiva. C 1027 de 2002.

Así las cosas con el fin de establecer cuál es el juez competente para resolver los asuntos que pueden desprenderse de la prestación del servicio a la salud debe tenerse en cuenta cuál es la pretensión de quien acciona el aparato judicial pues por ejemplo en caso de buscarse la protección del derecho fundamental a la salud, no existe duda que quién conoce del caso es la jurisdicción constitucional.

En caso de buscar resolverse una controversia propia del Sistema de Seguridad Social integral en Salud, relacionada con el acceso al servicio o el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas, el juez competente es el juez ordinario laboral.

Por otra parte si existe una falla en la forma como interviene el Estado en la prestación del servicio a la salud, esto es en los taxativos términos dispuestos en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, se encuentra que esto es de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues como se estudió previamente, es esta la encargada de estudiar la responsabilidad que se derive de una falla en la ejecución de las funciones que tiene a su cargo el Estado.

Además, en relación con la prestación del servicio de salud en sí mismo, es decir la prestación de los servicios médico asistenciales, debe tenerse en cuenta que al no estar catalogada como función administrativa y por tanto tampoco como función pública, la distribución de sus controversias está sometida al factor subjetivo y por tanto si quien presta el servicio hace parte de las entidades públicas, la falla en el servicio será conocida por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de una acción de reparación directa, y en caso de pertenecer al sector privado a través de una demanda de responsabilidad civil.

Visto lo anterior, se encuentra que contrario a lo señalado en la hipótesis planteada para esta investigación, aunque los servicios públicos son una función inherente al Estado, las controversias que se susciten en su prestación no son de competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa, en atención a que bajo la nueva concepción de los servicios públicos mediante la cual se delega su prestación a los particulares, en caso de presentarse una falla en dicha prestación, deberá acudir al factor subjetivo de competencia para definir el juez que debe dirimir el conflicto, pues con la exclusión de la jurisdicción laboral del conocimiento de estas controversias, la competencia quedó nuevamente distribuida entre la jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa, dependiendo de la calidad de las partes.

Las conclusiones obtenidas en esta investigación pueden sintetizarse en el siguiente cuadro:

Asunto \ Demandado	Entidad prestadora de salud de naturaleza privada	Entidad prestadora de salud de naturaleza estatal
Protección al derecho a la salud como derecho fundamental	Jurisdicción Constitucional. Competencia exclusiva.	Jurisdicción Constitucional. Competencia exclusiva.
Controversias relacionadas con el SGSSS (acceso y reconocimiento de	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Laboral. Competencia exclusiva, no a prevención.

prestaciones asistenciales y económicas)	Competencia preventiva por parte de la Superintendencia de Salud sobre las materias exclusivas consagradas en la Ley 1122 de 2007 y ampliadas en la Ley 1438 de 2011	
Controversias relacionadas con la falla en la función del Estado como director del SGSSS	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.
Controversias relacionada con la falla en el servicio médico (acto contrario a los deberes exigibles a los médicos acorde con las normas sobre su profesión o la lex artis)	Jurisdicción Ordinaria . especialidad Civil. Competencia exclusiva, no a prevención.	Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Competencia exclusiva, no a prevención.

Finalmente es importante determinar que el contenido de esta investigación constituye un aporte fundamental para la sociedad, ya que a ésta le asiste el derecho de conocer cuál juez es el encargado de resolver cualquier controversia judicial, mas aún en estos casos que revisten de una gravedad por estar involucrada la vida, la salud e incluso el bienestar socioeconómico del paciente y su familia, traduciéndose en una herramienta de consulta que suple la desinformación que existe referente a este tema.

BIBLIOGRAFÍA

ARCINIEGAS Rincón Armando, Arango Gaviria Sary y Vergara Hincapie Herman. El Acto Médico Como Hecho Jurídico En Los Tribunales De Ética Médica. Pereira 2005. Universidad Tecnológica de Pereira.

ARENAS Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 3a. ed. Bogotá. Legis. 2011

AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Editorial Temis. Ed. 2006.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Leyer 2005

CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ed. Leyer. Cuarta Edición. 2003

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Jurisdicción y la Competencia*. Editorial Leyer . Colección Clásicos del Derecho. 2008

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Roque de Palma Editores.

GARCÍA de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández Tomás. %Curso de Derecho Administrativo+Tomo I. Editorial Temis. Año 2008

GIL Botero, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Segunda Edición. 2001

GUZMÁN Mora Fernando, Franco Delgadillo Eduardo y Saavedra Rojas Edgar. Derecho Médico Colombiano, Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Universidad Libre de Colombia. Tomo I. 2006.

LAMPREA M, Everaldo. %La Constitución de 1991 y la Crisis de la Salud - Encrucijadas y Salidas+. Universidad de los Andes, Vicerectoría de Investigaciones, 2011.

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis. Universidad de los Andes. 2006.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I Parte General. Bogotá. Dupre Editores. 2009.

MORAND . DEVILLER Jacqueline. Cours de Droit Administratif. Cours. Thèmes de réflexion. Commentaires de arrêts avec corrigés. Traducido por Peláez Gutiérrez, Juan Carlos y Rincón Ardila Zoraida. Curso de Derecho Administrativo. Curso. Temas de Reflexión. Comentarios y Análisis de Fallos. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Año 2010.

PARRA VERA, Oscar. El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales+. Defensoría del Pueblo. 2008.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano Editorial Temis. Año 2011. Pag. 591

RUIZ Orejuela Wilson. Responsabilidad Médica Estatal. ECOE LTDA. 2006

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo+. Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Tercera Edición. Año 2005

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. FACULTAD NACIONAL DE SALUD PUBLICA "Héctor Abad Gómez" .Impacto De La Reforma De La Seguridad Social Sobre La Organización Institucional Y La Prestación De Los Servicios De Salud En Colombia.

VERGARA Mesa, Hernán Darío. La Función Administrativa: Una Mirada Desde El Derecho Colectivo Al Acceso Y Eficiente Prestación De Los Servicios Públicos+. Disponible en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/5209/4539>

VIDAL PERDOMO Jaime. Derecho Administrativo+. Editorial Leyer. Año 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-00690-01(19101), 23 de junio de 2010. Disponible en www.consejodeestado.gov.co (4/08/2012).

Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subseccion B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 17001-23-31-000-1996-7003-01(20374). Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-00690-01(19101), 24 de marzo de 2012. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8835-01(13546), 5 de diciembre de 2002. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696), 1º de julio 2004. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786), 28 de abril de 2005. Disponible en www.consejodeestado.gov.co.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400), 11 de mayo de 2006. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 66001-23-31-

000-1999-03078-01(15382), 19 de septiembre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010), 19 de septiembre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483), 30 de julio de 2008. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01327-01(17918), 4 de diciembre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 13001-23-31-000-1991-08050-01(19474), 28 de abril de 2010. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871), 19 de octubre de 2007. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación número: 50001-23-31-000-1992-03768-01(16701), 20 de mayo de 2009. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08605-01(18373), 7 de octubre de 2009. Disponible en www.consejodeestado.gov.co

Corte Constitucional de Colombia, J. Arango, T-308 del 23 de junio de 1997. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co

Corte Constitucional de Colombia, J. Hernández. T-788 del 27 de junio 2000. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co,

Corte Constitucional de Colombia, R. Escobar, T-373 del 5 de abril de 2001. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, R. Escobar, T-388 del 20 de mayo de 2002. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, H. Sierra Porto, T-1022 del 19 de octubre de 2004. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co

Corte Constitucional de Colombia, A. Martínez Caballero, C-333 del 01 de agosto de 1996. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, C. Vargas, C -713 del 15 de julio de 2008. Disponible en ww.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, A. Tafur Galvis, C- 037 del 28 de enero de 2003. Disponible en ww.corteconstitucional.gov.co.

Constitucional de Colombia, J. Córdoba, C-041 del 28 de enero de 2003. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co

Corte Constitucional de Colombia, M J Cepeda Espinosa, T-760 del 31 de julio de 2008. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co .

Corte Constitucional de Colombia, J I Pretelt Chaljub, T-933 del 9 de diciembre de 2011. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, J I Pretelt Chaljub, C-122 del 22 de febrero de 2012. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, A Martínez Caballero, C-473 del 27 de octubre de 1997. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, G E Mendoza Martelo, T-117 del 16 de febrero de 2010. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, M González Cuervo, C-259 del 2 de abril de 2009. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, M G Monroy Cabra, C-955 del 17 de noviembre de 2007. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, M J Cepeda Espinosa, C-150 del 25 de febrero de 2003. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Constitucional de Colombia, J I Palacio Palacio, T-104 del 16 de febrero de 2010. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Carlos Isaac Nader. Radicación número 29519, 13 de febrero de 2007. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz. Radicación número 28983, 27 de marzo de 2007. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López. Radicación número 30285, 26 de abril de 2007. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas. Radicación número 30621, 22 de enero de 2008. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, Radicación número: 315662. 2 de julio de 2008. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas, 4 de mayo de 2009, Ref: 05001-3103-002-2002-00099-01. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena, Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil once (2011). Ref.: Expediente No. 2001 00778 01. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas. Radicación número 11001-3103-018-1999-00533-01, 17 de noviembre de 2011. Disponible en www.cortesupremadejusticia.gov.co.