D-9604.

9604

Pereira, 1 de abril de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL
1 ABR 2013
SECRETARIA GENERAL

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Bogotá

REF.: Acción de inconstitucionalidad

Yo, **Jesús Alberto Buitrago Duque**, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía # 18.507.670, expedida en Dosquebradas, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Pereira y residente en la dirección Calle 20 # 6-30, Oficina 1301, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, con el fin de interponer la acción de **inconstitucionalidad contra el segundo inciso del numeral octavo (8°) del artículo 625 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012**, publicada en el diario oficial # 48.489 "Código General del Proceso" por cuanto el legislador excedió y/o vulneró mandatos de la Constitución Política en sus artículos 13, 29, 228 y 229.

Norma Acusada

En negrilla e interlineado resaltare el aparte que se acusa de inconstitucional:

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:

....

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.

...

Normas Constitucionales Infringidas

A continuación me permito transcribir las normas constitucionales infringidas:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y

sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Concepto de Inconstitucionalidad

Relevancia Constitucional Vs. Realidad procesal y socioeconómica:

Consideramos que los hechos que originan la presente acción, tienen dimensión constitucional, toda vez que las decisiones adoptadas por el legislador adquieren relevancia pública cuando de ellos se desprenden violaciones a los derechos y deberes constitucionales en este caso especialmente por la violación de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 13, 29, 228 y 229 de la Constitución Política;

Proponemos a la H. Corte, con todo respeto, el siguiente o similar problema jurídico?

Puede el legislador, sin limites, modificar el juez natural y/o predeterminado de una controversia judicial que se encuentra en curso llevándola de la jurisdicción Laboral y de la Seguridad Social a la Jurisdicción Civil; modificando no solo la competencia, sino sometiendo de manera sorpresiva a las partes a principios procesales y rituales totalmente diferentes, además, de que son menos beneficiosos para los demandantes, es decir, más gravosos por los diferentes linajes que entrañan los principios que orientan la labor jurisdiccional en cada una de ellas?

Cuando se produjeron los daños por el incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social en salud y cuando se presentaron las demandas

bajo la vigencia del artículo 20 de la Ley 712 de 2011, el juez competente era el *Juez Laboral y de la Seguridad Social* y en el transcurso del mismo, el legislador, mediante la norma demandada, obedeciendo intereses ocultos, decidió remitir su conocimiento a la *Jurisdicción Civil*; con lo cual desbordó la facultad de configuración legislativa.

Y en conexidad, pero no menos importante, resulta el trato indigno que reciben las víctimas, al ser sometidas a un ir y venir procesal que entraba y diluye sus derechos constitucionales tales como: a ser tratadas con dignidad ... *Colombia es un Estado Social de Derecho... fundado en el respeto de la dignidad humana..*(art.1), las víctimas tienen derecho a ser protegidas por ser sujetos que merecen especial protección al encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta... " *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan* " (art. 13), con estas decisiones que corresponden más a caprichos inmotivados o innobles de un legislador al servicio de las multinacionales que se lucran del servicio público de la salud, se vulnera el derecho fundamental a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas (art. 29), el remitirlas de un lado para otro con su legajo procesal sin decisión definitiva, beneficiando de paso a los victimarios no solo transgrediendo claros derechos fundamentales al desconocer el derecho fundamental de prevalencia del derecho sustancial, privándolos del beneficio de una jurisdicción especializada (art. 228) y a un verdadero, que no formal o de estilo, acceso a la administración de justicia (art. 229).

En un Estado Social y de Derecho como lo es el Colombiano, es deber del Juez Constitucional, evitar que cualquier autoridad o particular – eso incluye al legislador - vulnere los derechos de las personas que necesitan satisfacer sus derechos subjetivos; y ello no solo se cumple mediante los juicios abstractos de constitucionalidad, sino, en los casos concretos recurriendo a la excepción de inconstitucionalidad (art. 4) e interpretando las normas de manera tal que no se vulneren los derechos de las personas que, entre otras, no tienen interlocución ante un Parlamento que no consulta el interés de los usuarios y/o víctimas, como ocurre en el presente caso, donde el legislador más parece al servicio de las E.P.S. que de los usuarios victimas del sistema; pues dicha medida en nada guarda correspondencia con la nueva ley procesal (Código General del Proceso), pues por el contrario antes que descongestionar, congestionará a los despachos civiles que todavía no cuentan con un procedimiento verbal o por audiencias, como si ocurre en la jurisdicción laboral.

Las víctimas tienen derecho a verdad, justicia, memoria, reparación y garantía de no repetición; lo cual no se cumple cuando es el legislador el que las re –victimiza sometiéndolas a una dilación claramente injustificada y sobre todo sin sustento constitucional, evocando el pasaje republicano de mandarlas a reclamar al ***mono de la pila;*** cuando no se quería atender las suplicas del pueblo (niños).

El ***debido proceso*** es un derecho fundamental desde antaño, recogido expresamente por el constituyente del año 1886 en seguimiento de las reivindicaciones de la revolución francesa y ratificada por nuestra Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1991 en su artículo 29.

La **Inmodificabilidad de competencia**, implica que no se puede variar en el curso del proceso (perpetuatio jurisctionis); operando como límite al poder de configuración del legislador, para garantizar el DCF a un Juez Predeterminado o Juez Natural de la controversia. Criterio reiterado inveteradamente, entre otras en la Sentencia T-058 de 2006, dejando claro que:

> Como se ve las decisiones traídas a colación dan claridad sobre la relación existente entre los principios de juez natural, autonomía, independencia e imparcialidad de los jueces y los derechos del procesado a ser juzgado en condiciones de igualdad, con sujeción a las leyes preexistentes al acto imputado, al punto que la presunción de inocencia no puede desvirtuarse ni la defensa ejercerse sino por y ante el juez natural —artículos 13, 29, 228 y 230 C.P.—.

En síntesis, proscrita como lo está la fijación ex post facto de competencias judiciales (20), cualquiera fuere la autoridad que lo disponga (21), como también su señalamiento ad hoc por parte de autoridades administrativas o judiciales, puede concluirse que la vulneración del principio de juez natural "da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia". Al respecto señala la Corte:

"Ha dicho la Corte —y lo reitera— que el legislador está autorizado por la Carta Política para señalar las competencias, delimitando el campo de acción de los jueces con base en factores como los relativos al territorio, la materia, la naturaleza del asunto y la cuantía de la controversia, entre otros.

El derecho al debido proceso (C.P., art. 29) tiene como uno de sus componentes esenciales la competencia del juez o tribunal que haya de resolver, de tal modo que si quien falla carece de ella se configura una causa de nulidad del proceso y desde el punto de vista constitucional la falta de competencia da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia.

En principio, salvo aquellos casos en los que el propio constituyente ha señalado una competencia, es el legislador el encargado de establecer por vía general los criterios aplicables para definirla y de estatuir los ámbitos que corresponden a los distintos órganos y funcionarios que administran justicia" (22).

En materia de la competencia, teniendo en cuenta los factores que confluyen en su fijación y en la determinación de sus calidades, ha dicho la Corte.

Violar las normas propias del juicio no es un detalle de poca monta, por el contrario, su vulneración significa mancillar un derecho fundamental cuya construcción y consolidación ha costado mucho a la humanidad.

Por eso evocando a los revolucionarios franceses y reconociendo el valor de su sacrificio por el cual ofrendaron sus vidas, nuestro constituyente, reafirmó que ***nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*** (segundo inciso del articulo 29 C.P.).

Son tres los factores nucleares determinantes del derecho constitucional fundamental del debido proceso:

a. Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto.
b. Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal previamente establecido al hecho en cuestión.
c. Nadie puede ser juzgado sino conforme a las reglas propias de cada juicio previamente determinadas al acto.

La norma denunciada (segundo inciso del numeral 8º del art. 625 del C.G.P.), viola claramente los tres núcleos enunciados.

La garantía del juez natural y/o predeterminado:

La garantía del juez legal y predeterminado ha sido el avance más notable del constitucionalismo contemporáneo, con raíces en la época moderna, como garantía de la independencia del poder judicial del monarca - hoy los poderes ejecutivos y legislativos-; para finalmente entronizar el principio de legalidad y debido proceso a favor de los seres humanos que requieren la solución de sus controversias. Con manifiesta precisión lo comenta el profesor *Ignacio Diez-Picazo Giménez*:

> De una garantía del juez legal y predeterminado sólo puede hablarse con sentido a partir del constitucionalismo, porque solo cobra significado con la división de poderes que aquél conlleva. En un régimen absoluto, en que los poderes se encuentran concentrados en la figura del monarca, es absurdo afirmar que éste pueda ver limitado jurídicamente su poder de crear órganos jurisdiccionales o de atribuir distinta competencia a los existentes.

En concreto, el básico punto de arranque de la garantía del juez legal en los ordenamientos continentales europeos (2) se encuentra en la ley revolucionaria francesa de 16-24 de agosto de 1790 (*Decret sur l'organisation judiciaire),* cuyo artículo 17 estableció por primera vez el principio del juez natural usando tales términos. "El orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser turbado ni los justiciables privados de sus jueces

naturales, mediante comisión alguna ni a través de otras atribuciones o avocaciones que las determinadas por la ley." Este precepto será recogido en la Constitución francesa de 1791 (art. 4 del cap. 5º del Tít. III), con la única diferencia de que la expresión *juez natural* será sustituida por *juez asignado por la ley*. Igualmente, la Constitución de 1795 recogerá esta garantía (art. 204: "Nadie puede ser privado de los jueces que la ley asigna, mediante comisión alguna ni a través de otras atribuciones que las determinadas por una ley anterior"), en la que destaca que ya se hace mención expresa de la exigencia de la preconstitución del juez ("por una ley anterior").

...

Tras la ley revolucionaria de 1790 y las Constituciones de 1791 y 1795, el principio del juez legal será recogido por las siguientes Constituciones francesas (las de 1814, 1830 y 1848) y se difundirá por toda Europa (por ejemplo, se recoge en la Constitución belga de 1831, en el Estatuto Albertino de 1848 y, aun con variaciones entre ellas, en todas las Constituciones españolas).(nft).[1]

Bien ilustrativo resulta el pasaje para reivindicar el alcance del concepto del juez predeterminado como factor importante del derecho constitucional

[1] Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 31., enero-abril de 1991. www.es.scrib.com/doc/66620450/Diez-Picazo-Juez-Pre-Deter-Min-Ado.

fundamental (dcf) del debido proceso, en el sentido de que el legislador no puede, ni siquiera so pretexto de estar ejerciendo su derecho a la configuración legislativa, modificar las reglas del juez predeterminado para casos que se encuentran en curso.

Criterio reiterado expresamente por la H. Corte Constitucional en el año 1997, al afirmar:

> La competencia se fija de acuerdo con distintos criterios, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe transitarse el proceso (factor territorial), el factor conexidad.
>
> La competencia debe tener las siguientes calidades: **legalidad**, pues debe ser fijada por la ley; **imperativa**, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; **inmodificabilidad**, porque no se puede variar en el curso del 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. (nft).

"Por regla general, corresponde al legislador en aquellos casos en que el Constituyente no lo haya hecho, asignar competencia a los distintos entes u órganos del Estado. Una vez definida la competencia es posible determinar cuál es el funcionario a quien le corresponde conocer o tramitar un asunto específico. La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.

La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; **inmodificabilidad** por que 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 (23)"..." (nft).

Por su incuestionable pertinencia, solicito licencia a los H. Magistrados, para recurrir en extenso a la cita del profesor ***Fabián Vallejo Cabrera,*** al explicar el debido proceso como fundamento medular del derecho laboral.

2.3. El debido proceso

Es llamado también principio de reserva o legalidad. A nivel internacional lo desarrollan los arts. 7 y 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y también el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

Constitucionalmente se encuentra establecido en los artículos 29 y 116 pero también es referido en el 113 y 231 en la medida en que las normas hacen relación al juez competente (Juez natural) para el conocimiento de un caso particular, competencia que se desplegará bajo los mecanismos y procedimientos previamente establecidos. Descarta esta directriz la posibilidad de que con posterioridad a la ocurrencia de los hechos a juzgar se creen las reglas para determinar el funcionario competente para ejercer esa función y el procedimiento a seguir en su cumplimiento. Es una verdadera garantía constitucional.

"La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos

de 1948 (artículos 10 y 11) en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además...(Corte Constitucional, T-460 de 1992)"[2] (nft).

No podía pues el legislador de manera claramente sospechosa establecer en las reglas de tránsito de legislación (art. 625 C.G.P) una excepción, por lo demás odiosa, en el segundo inciso del numeral 8° del artículo 625.

Respetando el criterio constitucional, según hubiera o no empezado el proceso, es decir, si estaba o no en curso el debate, por ello venía bien diciendo en su numeral 8° que las reglas sobre competencia previstas, no alterarían la competencia de los jueces para conocer asuntos respecto de los cuales ya se hubiere presentado la demanda, pero mal lo hizo en el inciso segundo cuando salta la "liebre" o mejor "mico" violando todos los criterios de legalidad, al establecer que en los procesos de responsabilidad médica que se surtían ante los jueces laborales y de la seguridad social, en el estado en que estuvieren, pasarían de inmediato a los jueces civiles; desconociendo los más elementales principios y derechos constitucionales.

---

[2] VALLEJO CABRERA, Fabián. *La oralidad Laboral*, Medellín: Jurídica Sánchez, 7ª reimprsipon, 2010, págs. 41 y 42.

Ese "mico pro EPS", viola todo el contenido del DCF del debido proceso en conexidad con el de especialidad, pues traslada el conocimiento de una controversia típica de la seguridad social a jueces civiles, terreno totalmente ajeno a los derechos fundamentales en juego.

El carácter fundamental del derecho al debido proceso, proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que se deben ajustar las autoridades judiciales y las administrativas.

El derecho al debido proceso, comprende no sólo la observancia formal sino material de los procedimientos judiciales sino también las formas propias de cada juicio.

Como el debido proceso, es garantía basilar de una sociedad, resulta imprescindible su observancia y hacer efectivo el derecho.

Dispone la constitución, con rango de derecho fundamental, *que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes ante juez o tribunal, también preexistente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, también preexistente* (art. 29).

El inciso segundo del numeral 8º del artículo 625 del Código General del Proceso viola de manera flagrante los derechos fundamentales de debido proceso específicos de juez natural y/o predeterminado y las formas

propias de cada juicio preexistente e igualdad ante la ley (art. 13), al disponer de manera arbitraria el legislador:

> 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 lo 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 encuentre.

Inconstitucionalidad de la norma que por capricho del legislador, es decir sin razón constitucional valida, cambió el juez natural o predeterminado y de la controversia violando flagrantemente el contenido del artículo 29 de la carta política, pues no puede el legislador cambiar las reglas del "partido" cuando este ha iniciado.

Si en gracia de discusión la variación de competencia fuere constitucional, solo puede serlo para las demandas que se interpongan con posterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, pero en modo alguno para los procesos que ya tenían un juez natural y rito procesal previo.

Si las demandas que se encontraban en curso tenían como fundamento daños y controversias con un con un juez predeterminado: juez laboral y de la seguridad social (juez natural de que habla el artículo 29 constitucional); mal puede el legislador de manera caprichosa disponer de manera arbitraria que sin importar el estado en que estén los procesos pasen a otro juez desnaturalizando y violando flagrantemente el derecho fundamental del debido proceso en conexidad con el de especialidad.

Y como si eso fuere poco la norma no solo viola el derecho fundamental de juez natural y las normas procesales preexistentes, sino que además, demostrando el interés oscuro del legislador al servicio de las E.P.S., dispuso una odiosa diferencia, pues podrá observarse que el primer inciso del numeral 8° respeta el principio del juez natural y la ritualidad preexistente; pero en el segundo inciso franquea los derechos fundamentales de las víctimas de fallas medicas e institucionales o del sistema de salud que venían siendo competencia de la justicia laboral, con lo cual la norma también viola de manera flagrante el derecho fundamental de igualdad ante la ley (art. 13 c.p.); al tratar de modo diferente la regla de transito de legislación, sin que existan motivos serios para ello.

Qué razón existe para disponer que *las reglas de 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 demanda.* y en el segundo inciso se disponga que *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?

La excepción establecida en el inciso denunciado viola derechos fundamentales, tales como: juez predeterminado y rito procesal preexistente (art. 29 c.p.) e igualdad ante la ley (art. 13 c.p.), incurriendo el legislador en una ***fijación ex post facto de competencias judiciales***, practica proscrita y prohibida al legislador en los Estados Democrático Modernos y Contemporáneos, si quedaren dudas sobre el carácter que tiene la figura de juez natural y rito preexistente como derecho constitucional fundamental, veamos lo que ha dicho al respecto nuestra H. Corte Constitucional:

Sentencia T-386 de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil:

> "El principio del juez natural es, en efecto, un elemento constitutivo del derecho al debido proceso. Es la garantía constitucional del justiciable consistente en que la autoridad a la que se somete la controversia jurídica debe estar revestida de la competencia para conocer dicho asunto, con fundamento en la Constitución o la ley. **El desconocimiento del juez natural constituye una violación del derecho al debido proceso**, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e

implicaciones que de ella se derivan. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la ausencia de juez competente no es una simple irregularidad sino de un error que afecta la legalidad del proceso." (nft).

Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

"El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. (...) es consustancial al juez natural que previamente se defina quiénes son los jueces competentes, que éstos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución."(nft).

Sentencia T-058 2006 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis:

"Proscrita como lo está la fijación ex post facto de competencias judiciales, cualquiera fuere la autoridad que lo disponga, como también su señalamiento ad hoc por parte de autoridades administrativas o judiciales, puede concluirse que la vulneración del principio de juez natural da lugar a la tutela por vía de hecho, con el

carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia. De esta manera, la corte ha sostenido que se incurre en vía de hecho, por vulneración del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, "cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria" (nft).

Aunque consideramos que siguen intactos nuestros argumentos para afirmar que los jueces laborales siguen siendo competentes para continuar con el establecimiento de responsabilidades por fallas del sistema de seguridad social en salud, por lo menos en las demandas establecidas antes de la vigencia de la ley 1564, existe otro argumento de mayor valor, es decir la inconstitucionalidad manifiesta del inciso segundo del numeral 8º del artículo 265.

Las reglas propias del proceso preexistente -

Derecho Procesal Laboral y de la Seguridad Social Vs. Derecho Procesal Civil -

La norma de la cual se solicitó su inconstitucionalidad, además, viola claramente el precepto constitucional fundamental del debido proceso según el cual ***"nadie puede ser juzgado sino conforme a las reglas propias de cada juicio previamente determinadas al hecho en debate"***, y de paso se lleva por la calle el principio de especialidad jurisdiccional con el cual se busca garantizar los principios de eficiencia, celeridad, eficacia, independencia y prevalencia del derecho sustancial.

Como lo explica el profesor ***Fabián Vallejo Cabrera,*** : " *En tal sentido hacen parte de la legislación laboral procesal el conjunto de normas constitucionales que regulan las instituciones generales del Derecho Procesal y las particulares del Derecho Laboral, y que constituyen los fundamentos constitucionales de esta rama del Derecho. Citemos entre ellas las contenidas en el preámbulo y en los artículos 1º, 17,25,26,29,31,33,39, 53, 228 al 235 de la C.P., …*"[3]

No se puede desconocer que los principios del derecho procesal laboral y de la seguridad social son muy diferentes al procesal civil, situación que ha determinado que desde el punto de análisis de la sociología jurídica el juez de lo laboral este más inclinado a un juicio social y no meramente formal, como le suele ocurrir al juez civil, no en vano en derecho laboral prima el

[3] VALLEJO CABRERA, Fabián. ***La oralidad laboral***, Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 7ª reimpresión, 2011, p.30.

principio de primacía de la realidad, otra forma de llamar al derecho fundamental de prevalencia del derecho sustancial, opera igualmente el principio *pro operario* según el cual las normas y recaudo probatorio se interpreta a favor del trabajador demandante, situación diametralmente opuesta en el derecho civil, donde la doctrina sigue anclada al pasado arcaico de las formas y el Estado de Derecho, donde corresponde al demandante, así este en condiciones de inferioridad, probar todos los extremos de la responsabilidad. (daño, culpa y relación de causalidad).

Que decir de un derecho procesal laboral gratuito y uno civil no solo oneroso sino costoso y marañoso para las víctimas; un juez laboral con poderes ultra y extrapetita, un derecho laboral que no exige requisitos de procesabilidad (audiencias de conciliación previas y obligatorias) contrario *census* a lo que ocurre en civil; son en síntesis desde lo formal y material dos procesos totalmente diferentes, lo que incuestionablemente ha determinado que tengamos dos jueces totalmente diferentes, el laboral comprometido con la democracia y la sociedad de frente a las realidades de la trágica seguridad social en salud y su estrecha relación con derechos constitucionales fundamentales como la salud, la dignidad humana y la seguridad social; discurso ausente en los análisis jurídicos de los jueces civiles, jueces formados en las escuelas "modernas" del derecho canónico, del individualismo liberal, una visión estrictamente economicista del derecho civil y la creencia de que existe una plena autonomía de la voluntad entre contratantes; y como si fuera poco es deber del juez laboral bajo el imperio de la Ley 1149 de 1996, que le impone al juez como director del proceso velar por el equilibrio de las partes, competencia hasta hoy no conferida expresamente por la ley y por tanto no ejercida por los jueces civiles.

Esas eran las reglas del proceso que regían los litigios cuando los accionantes presentaron sus demandas por el incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social en salud y el legislador por "lobby" de las EPS; ante la eficacia de los jueces de la seguridad social, lograron sacar del juez especializado el conocimiento de dichas controversias, para pasarlos de un solo golpe a los jueces civiles; jueces naturales de las controversias entre particulares libres que seleccionan su médico y su plan de salud, evidenciando lo que denuncia el profesor ***Boaventura de Sousa Santos*** como ***hipótesis de ley sociológica que mientras más caracterizadamente una ley protege los intereses populares y emergentes, mayor es la probabilidad de que no sea aplicada***[4] y agrega con su magistral agudeza al analizar las tendencias legislativas de informalización de la justica con el pretexto de descongestionar:

> Al contrario, en los litigios entre ciudadanos o grupos con posiciones de poder estructuralmente desiguales (litigios entre patronos y obreros, entre consumidores y productores, entre inquilinos y arrendatarios), es bien posible que la informalización acarree el deterioro de la posición jurídica de la parte más débil, como consecuencia de la pérdida de garantías procesales y que contribuya así a la consolidación de las desigualdades sociales; a menos que los amplios poderes del juez, profesional o lego, puedan ser utilizados para compensar la pérdida de garantías, lo

[4] DE SOUSA SANTOS, Boaventura, ***De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la postmodernidad***, (Trad. Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas), Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, 1995, p. 215

> que siempre será difícil toda vez que estos tribunales informales tienden a estar desprovistos de medios punitivos eficaces.[5]

Es claro, pues, que desde una perspectiva sociológica y jurídica la única finalidad del legislador con este *"mico pro EPS"* es restar efectividad a la acción judicial contra las reiteradas fallas médicas que deja una estela macro y funesta de víctimas a causa del análisis costo beneficio que realizan los administradores de las IPS y las EPS, desviando sus recursos a lujos e inversiones en otros sectores de la economía, pero en modo alguno a fortalecer la calidad, continuidad y eficacia en el servicio de salud para con sus usuarios; seres humanos: niños, niñas, maternas, ancianos y en fin todos enfermos que acuden a sus dependencias en procura de obtener el cumplimiento del Estado Social y de Derecho y solo reciben un portazo en las salas de urgencias.

De la prevalencia del derecho sustancial, el juez natural o predeterminado y la especialidad.

La naturaleza antropológica y sociológica que se encuentra de base en el contexto de estas controversias no es un simple enunciado sin eficacia, por el contrario, esos contornos determinan unas exigencias de especialidad no solo en la legislación, sino en el operador jurídico y su desconocimiento conlleva de manera ontológica y deontológica a una violación de la prevalencia del derecho sustancial.

---

[5] Ib. p. 218.

Una jurisdicción ajena o extraña a la materia fundante de la controversia, es decir, una competencia establecida de espaldas al factor subjetivo (partes que intervienen en el proceso), al factor funcional (la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso); es decir, una jurisdicción que desconoce, porque su jueces no fueron formados y ejercitados para escudriñar esas realidades antropológicas y sociológicas; no pueden garantizar que en sus decisiones prevalezca el derecho sustancial; un operador jurídico en esas circunstancias se encuentra en una manifiesta desigualdad frente a las partes, lo cual facilita que sean engañados por sus artificiosos argumentos.

Las controversias de reparación de daños por el incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social en salud, en nada se parecen, al incumplimiento de las obligaciones contractuales que nacen de un contrato celebrado entre un paciente y su médico de confianza y ello que parece tan simple, no lo es tal, pues ambas realidades antropológicas y sociológicas son diametralmente opuestas, lo que conlleva a que el juez natural de la controversia de la seguridad social lo sea el juez de dicha jurisdicción, es decir el juez laboral y en modo alguno el juez civil.

Consideramos que estas controversias no han dejado de ser de competencia de la jurisdicción Laboral y de la seguridad social, y los demás que le sean similares, en la medida que se trata de una controversia de carácter legal o institucional por incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social en salud y en modo alguno una responsabilidad civil

médica mediada por la teoría contractualista, clásica individualista post revolución francesa.

Al efecto, estos casos no se enmarcan dentro del restrictivo concepto de responsabilidad médica, sino bajo el concepto genérico de falla asistencial e institucional o por incumplimiento de las prestaciones de seguridad social en salud.

El nuevo texto del numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, (modificado por el artículo 622 del Código General del Proceso – Ley 1564 del 12 de julio de 2012), dispone:

> 4. 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.

La ley excluyó de manera restrictiva la responsabilidad médica, y en dicho término no incluyó las responsabilidades reglamentarias del sistema o la sanidad en general, oscuridad o vaguedad legislativa que no puede privilegiarse a favor de la jurisdicción civil.

¿Qué se entiende por responsabilidad médica? El concepto, en nuestro criterio, es restrictivo, es decir, no incluye las fallas institucionales o sistemáticas, o las responsabilidades legales de las entidades administradoras u obligadas a la prestación de los servicios de la seguridad social, sean ellas E.P.S. o I.P.S.; quedando limitado al concepto preciso de falla personal médica mediada por un contrato civil celebrado entre el paciente y el médico, o la excepcional hipótesis de responsabilidad civil extracontractual del médico, y en todo caso la personal con incidencia penal es de órbita exclusiva de la jurisdicción represiva.

Es decir que la exclusión planteada por la ley 1564 sólo se puede referir a la responsabilidad civil médica - extracontractual o contractual -., pues si la misma conducta transgrede el código penal, corresponderá a la Fiscalía General de la Nación convocar al galeno ante los jueces penales.

La responsabilidad médica según la mayoritaria y reiterada doctrina civilista, consiste en:

I) LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Desde un comienzo enfatizamos que en este libro vamos a ocuparnos primordialmente de la responsabilidad civil del médico.

No de la seguridad social...

> Por ello, nos enfocamos primordialmente en esa particular institución jurídica que analiza los fundamentos y requisitos para que una determinada persona (el médico) sea obligada a reparar el perjuicio sufrido por otra (el paciente o sus familiares). [6]

Y agrega la doctrina colombiana:

> En consonancia con lo expresado, a modo de recapitulación, se tiene establecido que la ciencia jurídica acepta, mayoritariamente, que la responsabilidad del médico es de origen contractual, por regla general, dejando de lado la tesis extracontractualista, que tanto eco tuvo en la doctrina continental europea -- la que permeó algunos sectores del cinturón latinoamericano -, sobre todo durante el siglo XIX y parte la primera mitad del siglo XX, encaminada a pregonar, a manera de *unicum*, que dicha responsabilidad siempre era extracontractual.[7]

La H. Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Laboral, ha explicado que las controversias planteadas por estos tópicos no

---

[6] LÓPEZ MESA, Marcelo. ***Tratado de Responsabilidad médica***, Legis: Bogotá,2007, p. 6
[7] JARAMILLO, Carlos Ignacio. ***Responsabilidad civil médica***, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 75.

correspondían a un tema de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino de carácter reglamentario de la seguridad social.

Veamos:

> .... El *Ad quem* dio por admitida una responsabilidad de carácter indirecto, aceptada pacíficamente por la doctrina; ciertamente, ella también comprende el hecho la culpa de las personas por quienes fuere responsable, acudiendo al texto del artículo 1738 del C. C.; tanto el delegante como el delegado quedan obligados a responder por la forma en que se cumplió la prestación debida, si la entidad demandada hizo una mala elección en la escogencia de su elenco médico, ya como dependientes o adscritos, o no ejerció la vigilancia sobre ellos, mediante instructivos y manuales, todo para refinar procedimientos, y cumplir con la exigencia de calidad de la prestación del servicio de salud.

De manera ilustrativa se ha de indicar que el artículo 15 de la Ley 1122 del 2007, bajo la cual no cabe el caso en estudio, dispone que a las *Entidades promotoras de Salud* en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento, y en lo que aquí concierne, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud, como lo prescribe el artículo 14 de la misma preceptiva.

Los vínculos entre las partes unidas por relaciones jurídicas en

la seguridad social, son de carácter reglamentario, de manera tal, en lo que aquí interesa, que la administradora de salud a la que está vinculada el afiliado, es la que determina las condiciones en que se presta el servicio, y dentro de ellas, el médico, laboratorios, entidades a las que puede acudir para que se realicen las prestaciones asistenciales de diagnóstico, o quirúrgicas o las que demande el restablecimiento de la salud.

Ciertamente el *Ad quem* no se ocupó del valor o las consecuencias de la relación de la demandada con quienes prestaron efectivamente los servicios de los que se hace derivar el daño cuya indemnización se reclama, porque ello estaba por fuera del debate; por no haber sido materia de la providencia, no pudo haber incurrido en aplicación indebida de las normas que regulan las funciones de las autoridades públicas que se echan de menos, o las que regulan la responsabilidad del médico.

Como consideración adicional se ha de indicar que criterios sobre el manejo de la prueba, ora de presunciones, ora de reglas sobre la distribución de la carga, aunque provengan del Consejo de Estado y aplicadas a servidores públicos, pueden hallar acomodo en las relaciones de la seguridad social mediante una aplicación con espíritu crítico, máxime si dichas tesis han de regular materias que son comunes a las esferas públicas y privadas, la de los servicios públicos, acotación apropiada al *sub examine* que versa sobre como se cumple el servicio público de la seguridad social en salud.

Le asiste razón al casacionista en señalar que el Tribunal mal aplica el artículo 2341 del C.C., al inferir de él, *in casus,* que no se requiere estimar la culpa respecto a un grado determinado; ciertamente, no es pertinente una norma que regula relaciones que se generan entre quienes no tienen nexos, como es lo propio de la responsabilidad extracontractual, para resolver aquellas que se generan por una relación cuyos derechos y obligaciones están predeterminadas en las normas reglamentarias de la seguridad social.

Pero, este error no lleva a desquiciar la decisión del Tribunal, puesto que contra lo anunciado y por los razonamientos siguientes llegó a una conclusión que supone un grado de culpa; la conclusión del juzgador fue que la demandada *actúo negligentemente al practicar … un procedimiento equivocado…*

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 los aspectos como los riesgos usuales, el estado del conocimiento, los protocolos aconsejados por la buena práctica.

Como lo señala 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 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 de alea terapéutica, todos sometidos a múltiples y variables factores endógenos y exógenos.

No incurre el Tribunal en yerro al invocar el artículo 1604 del C. C. en cuanto establece la regla de que la prueba de la diligencia la debe quien ha debido emplearla, - el médico en el diagnóstico y al intervención, y también el paciente, en el tratamiento – por cuanto, contra dicho por la censura esa norma no tiene la aplicación restrictiva que propone, limitada a la pérdida de la cosa prometida, por cuanto ha sido la misma jurisprudencia la que ha señalado que esta regla regula los efectos de las obligaciones y tiene aplicación en todas ellas, cualquiera que sea su fuente, contractual, extracontractual, y agregamos ahora, reglamentaria.

Si el Tribunal luego de analizar las pruebas allegadas al proceso, dio por probada la negligencia de la entidad demandada, no hay lugar para acusarle de haber aplicado las normas que presumen la culpa o la responsabilidad.

Pero se ha de indicar que, en concordancia con la jurisprudencia prevaleciente en la jurisdicción civil y administrativa, en materia de responsabilidad médica, *ab initio*, no puede ser desestimada la posibilidad de aplicar la presunción de culpa médica.

Y así ha de ser, por cuanto si al paciente se le ofrece por opinión docta una prestación de salud para su cura o alivio, y de ello se le deriva el agravamiento del mal o padecimiento de otros nuevos, o en ocasiones la muere, razonable es inferir que hubo error médico y culpa de quien realizo la práctica médica, la misma se ha de desvirtuar con explicaciones que, por regla, sólo las puede dar un especialista, y el primer llamado a hacerlo es quien las recomendó o realizó, bastando para que ellas sean justificativas que se acredite un modo de comportamiento diligente, oportuno, adecuado; una diligencia conforme a los protocolos regulares que aconsejan la buena práctica; o que los efectos eran imprevisibles, o que según los riesgos asumidos no eran controlables, sin ser necesario para exculparse, llegar hasta determinar cual fue la causa o causas ciertas del resultado adverso.

Lo anterior no se opone a la exigencia de cumplir lo mandado en el artículo 177 del C.P.C., como lo reclama la censura, porque a la luz de este precepto, la Sala de Casación Civil, en

materia de responsabilidad médica – sentencia de 13 de diciembre de 2002 - , ha acudido a la carga dinámica de la prueba, como medio para distribuirla equitativamente, y como mención ilustrativa, por cuanto no es una norma aplicable *in casus*, es deber del juez laboral bajo el imperio de la Ley 1149 de 1996, que le impone al juez como director del proceso velar por el equilibrio de las partes...

(...)

1.- En lo atinente a las fotografías, el yerro de apreciación lo encuentra el censor en lo que dice, el Tribunal derivó de ellas la negligencia de los profesionales tratantes, la no sujeción a *lex artis ad hoc* y su falta de idoneidad.

Sin embargo, estima la Corte que el Juzgador *Ad quem* se apoyó en las señaladas fotografías para demostrar la existencia del daño que precisa como las nuevas condiciones físicas y psicológicas de la actora luego de la cirugía. Pero no frente a la negligencia que la encuentra estructurada con base en material probatorio distinto como la historia clínica, el dictamen médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y su correspondiente aclaración, y de la declaración del doctor....

2.- Es de advertir que como se anotó en el punto anterior, el

Tribunal formó su convencimiento sobre el actuar negligente del ISS por no haber realizado un estudio médico completo que le hubiera permitido detectar el verdadero padecimiento de la demandante, lo que generó un diagnóstico médico equivocado y un tratamiento inadecuado, con base en el análisis conjunto de básicamente tres elementos probatorios, a saber: la historia clínica, el dictamen de Medicina Legal y el testimonio del médico Liders Limpias Aguilera...(negrillas nuestras a propósito) [8]

Las demandantes no celebraron contrato civil alguno con las demandadas, acudieron al servicio en su condición de usuarios o beneficiarios de un plan obligatorio – legal - de salud, no se celebró entre los que hoy fungen como partes un contrato privado de prestación de servicios médicos.

Las prestaciones incumplidas y generadoras del daño no son producto de un contrato impregnado de libertad negocial, por lo cual mal puede hablarse de una controversia clásica de derecho civil o derecho entre personas privadas en igualdad de condiciones. Así no lo recuerda el profesor y magistrado Enrique Gil Botero:

> *3. El usuario se encuentra en una situación de carácter estatutario, circunstancia que delimita el contenido*

[8] Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, expediente 30621, M. P. Dr. Eduardo López Villegas, Olga Beatriz Perez Vs. ISS, 22 de enero de 2008.

Constitución y la Ley, es decir el contenido de la obligación no es consensual y mucho menos bilateral.

A caso puede el paciente cambiar de médico, de E.P.S o I.P.S., exigir servicios de hotelería o cambiar el plan o tratamiento a su discrecionalidad o decisión autónoma, le pueden cobrar valores o honorarios por fuera de la reglamentación?

El paciente, se insiste, asiste al servicio en su condición de usuario del servicio público de salud y por tanto las E.P.S, las I.P.S y sus funcionarios son agentes hospitalarios, relacionados bajo una relación estatutaria, no contractual.

Lo dicho entonces, para la responsabilidad en el ámbito administrativo, antes de la Ley 100 cuando la salud era prestada exclusivamente por entidades de derecho público, hoy prestada por particulares autorizados por el Estado[12],

> Así las cosas, bajo esta perspectiva, en el año 1993 se sucedió la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual involucró un radical cambio consistente en la descentralización del servicio de salud en cabeza de los departamentos y municipios y en la autorización para que el sector

[12] Así pues, la nueva normativa busca que la prestación del servicio público se haga en condiciones de libre competencia entre entidades oficiales, mixtas y privadas, donde del Estado debe ejercer las funciones de regulación, control y vigilancia. Op. Cit. Fernández.. p. 212.

privado participara en la prestación de un servicio hasta ese entonces reservado al Estado (a través de sus entidades oficiales de salud -- ISS y Cajas de Previsión), la nueva organización trajo consigo un esquema basado en las prestación de una servicio inminentemente institucional, estableciendo un nuevo modelo para la prestación del servicio de salud, con sujeción a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*, y estructurado sobre premisas de "productividad empresarial, reorganización administrativa y mercadeo de servicios"[13](nft).

Es plenamente válido para la responsabilidad o controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y las entidades administradoras o prestadoras[14], al efecto evocamos:

B.- En lo tocante con el *ámbito administrativo*, la responsabilidad de la entidad pública posee un fundamento totalmente distinto de aquel del régimen privado. Similar a como acontece en nuestro país, en Francia, la relación que se establece entre el médico y el paciente no está regida por el derecho civil sino por el derecho público, que regula las relaciones entre los agentes de la administración y los usuarios del

[13] Ib. págs. 212 y 213.
[14] Numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 del Código Procesal Civil.

servicio público. Como contribuyente, el ciudadano no espera del Estado la prestación de los servicios, en su calidad de paciente se presenta ante la entidad de salud del Estado, no para instaurar una relación contractual, sino una relación de usuario del servicio público con la administración. Por lo tanto, en materia de salud, los médicos y agentes hospitalarios son agentes del servicio público, no celebran ningún contrato con la entidad, sino que están regulados por una *relación estatutaria*. El paciente se encuentra entonces, a diferencia del campo privado, dentro de una situación legal y reglamentaria con al entidad pública la cual está regida por el derecho público. [15](nft).

Las controversias que el legislador pretenden mandar de un solo "golpe" a la jurisdicción civil no tienen origen en una relación *interpartes* (médico-paciente), todo lo contrario los pacientes se enfrenta a un sistema, la que prácticamente ha desaparecido en Colombia para dar paso a: *una responsabilidad institucional,*[16] por ello afirma la profesora Fernández:

Mas de diez años han transcurrido desde la implementación de este nuevo sistema para la prestación de los servicios de salud, el cual ha influido seguramente en el comportamiento no solo de los profesionales que trabajan al interior de todas estas estructuras, sino también, en la prestación del servicio por las estructuras

[15] *De la Responsabilidad médica,* Fernández..., op . cit. p. 47.
[16] Ib. p. 215.

mismas, obligadas a cumplir parámetros de calidad, eficiencia, oportunidad etc. Sin embargo, como lo destacamos en apartes anteriores, nuestros jueces continúan decidiendo los procesos que involucran la responsabilidad de los médicos y las estructuras hospitalarias, aplicando las normas y principios del derecho tradicional, un sistema jurídico que cada vez parece ser menos apto para nuestra época. En verdad, el sistema jurisprudencial de la responsabilidad médica (fundado en las obligaciones de medios y la carga de la prueba en cabeza del demandante), que se muestra como "un collar de hierro al cual resulta de extraerse", se aleja cada día más de los acontecimientos médicos y de las necesidades sociales contemporáneas, que justifican una profunda modificación de la materia, una transformación que permita adecuar este régimen de la responsabilidad a la nueva dinámica que trajo consigo la implantación del Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de la citada Ley 100 de 1993 y todas sus reglamentaciones.[17] (nft).

Siendo la Seguridad Social en Salud un servicio público[18] y un derecho fundamental, mal puede hablarse de que los daños causados a los usuarios por su mal funcionamiento constituya una clásica responsabilidad civil médica, competencia de la jurisdicción civil.

---

[17] Ib. p. 222.

[18] La atención de la salud ha sido calificada de manera expresa por la Constitución cmo un servicio público a cargo del Estado. Como consecuencia de los conocidos procesos de neoliberalismo, muchos servicios, entre ellos la Salud, pasaron a manos de particulares. Ib. p. 223.

de la relación jurídica que establece con las administradoras y prestadoras del servicio de salud.

La posición jurídica de los destinatarios del servicio asistencial de salud se encuentra previamente delimitada en normas de carácter legal y reglamentario. Por tanto, la mayoría de derechos y deberes que definen la relación jurídica existente entre las EPS y sus afiliados, aunque estén mediados por un contrato, no son producto de la ***libertad negocial.*** (nft).[9]

Es por ello que no se puede afirmar que la relación existente entre los demandantes y la demandados, este precedida de una relación contractual civil (art. 1604 del código civil), pues carece de las características de: *intuitu personae*, bilateralidad, consensualidad, onerosidad y excepcionalmente gratuidad, conmutatividad, de libre discusión; características propias de un contrato de estirpe civil, cuyo incumplimiento que genere daños generaría responsabilidad civil. Todo lo contrario, las partes se encuentran vinculadas por una relación legal o reglamentaria (Ley 100 y sus decretos reglamentarios) toda vez que el sistema de salud, tanto como derecho fundamental y servicio público, su vinculación es obligatoria – no facultativa – y las prestaciones se encuentran predeterminadas por los principios constitucionales y las específicas contenidas en la ley o el reglamento al cual se encuentran sometidos los demandantes no en su condición de contratantes sino de usuarios o

---

[9] GIL BOTERO, Enrique. ***La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos del sector salud,*** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 57

consumidores y los demandados en su calidad de prestadores de un servicio público – aun siendo particulares -.

Para que la responsabilidad del médico pueda considerarse civil es necesario que *"entre el médico y el enfermo intervenga, por regla general, un contrato de prestación de servicios profesionales de aquel a éste, y del contenido pactado se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro".*[10]

> La contratación, para decirlo en términos gráficos, tendrá lugar prácticamente a ciegas, lo que origina una despersonalización del servicio médico, desventuradamente tan frecuente en la hora de ahora, sobre todo con la entronización de la llamada medicina prepagada -- o prepaga -, al igual que con la atención dispensada por las empresas promotoras de salud (EPS), adscritas al Sistema de Seguridad Social. Con añoranza muchos recuerdan al médico familiar --o de cabecera-, ese profesional que era casi un miembro más del hogar; un confidente, como lo era, otrora, el abogado de la familia, tal y como en otra parte de esta monografía pusimos de presente. [11](nft).

Las partes no pueden modificar las obligaciones y prestaciones, toda vez que el contenido prestacional se encuentra dimensionado por la

---

[10] FERNÁNDEZ M, Mónica Lucía, ***La Responsabilidad Médica, problemas actuales***. Bogotá; Ibáñez, 2008, págs. 50 y 51.

[11] JARAMILLO J., Carlos Ignacio. ***Responsabilidad Civil Médica,*** Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 158.

Las características de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social en salud; tiene unas connotaciones especiales que la diferencial sustancialmente de la responsabilidad civil decimonónica, ese estado actual de la cuestión es descrito por el profesor *Juan Carlos Galindo Vacha, en los siguientes términos:*

B) La seguridad social.

La semilla del derecho a la seguridad se encuentra relacionada con el origen institucional de los Derechos Humanos en la edad contemporánea, como consecuencia de la Revolución Industrial y Revolución Francesa, pues en época anterior el sistema de prevención y reparación de los riesgos sociales se realizaba mediante mecanismos como el ahorro, la beneficencia, la mutualidad y el seguro privado.

Como antecedentes del sistema de seguridad social se encuentran el movimiento obrero de Inglaterra de principios del siglo XIX, a partir de la terminación de la primera guerra mundial, y las leyes de accidentes de trabajo promulgadas a partir de las dos últimas décadas del mismo siglo, como la ley italiana de 1883, la alemana de 1884, la inglesa de 1897, la francesa de 1888 y la española de 1990.

Ideológicamente, en América Latina, uno de los precursores de la política de seguridad social como fundamento de la organización de la sociedad fue el Libertador Simón Bolívar, que afirmo en su proclama: "El sistema de gobierno más perfecto es el que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política".

...

Los seguros sociales se caracterizan por ser obligatorios, en cuanto son impuestos por ley; su financiación proviene de aportes realizados por los trabajadores, los empresarios y el Estado; son servicios controlados y prestados por el Estado, de manera directa o con el concurso de otros organismos o de los particulares. Según lo explica CAÑON ORTEGON, el concepto moderno de seguridad social se caracteriza por: 1) un carácter pluridisciplinario; 2) la participación de instituciones de protección social de carácter estatal, mixto, o privadas; 3) un fundamento filosófico – político en la aplicación de los principios de justicia conmutativa o distributiva, de acuerdo con el mayor o menor grado de influencia del seguro social o de un régimen asistencial; 4) inspirado en los principios de la solidaridad, la universalidad, integralidad etc.; 5) amplio cubrimiento.

...

C) La constitucionalización del derecho a la salud y su influencia en regímenes de seguridad social y aseguramiento privado.

Colombia. Por lo que hace específicamente al derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada.

Aun cuando el derecho a la salud no se encuentra reseñado expresamente como derecho fundamental en la Constitución Política, según la Corte, adquiere esa característica cuando se encuentra ligado fácticamente al derecho a la vida; en esos casos el derecho a la salud se protege como si se tratara de un derecho fundamental. Pero también la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela, y por ende la protección del derecho a la salud de la persona, no solamente cuando está de por medio la vida de esta, sino cuando se trata de proteger la vida digna del impugnante, dignidad que emana no solo de la propia naturaleza del hombre, sino de la nueva orientación filosófica de la Carta de 1991, que lo sitúa en un lugar de privilegiado, gracias a los principios plasmados en el preámbulo y en los artículos 1 al 95.

El máximo organismo de la salvaguarda de la Constitución ha desarrollado los preceptos constitucionales en gran medida; en ocasiones ha sobrepasado el marco legal y muchas de ellas en contra de la justicia y organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin considerar los deberes y funciones del Estado respecto de la sanidad, vida digna y seguridad de las persona, so pretexto de brindar la protección de los derechos fundamentales en ejercicio de la tesis del nuevo derecho. En otras ocasiones no ha tenido en cuenta la capacidad financiera de las arcas públicas, ni del propio sistema, ni de los operadores, pues ha ordenado tratamientos, prestaciones médicas y medicamentos, sin valorar sus altos costos, como cuando ha dispuesto la remisión de pacientes a hospitales del exterior. En algunos casos, tampoco ha realizado los análisis entre las situaciones particulares y el interés general, para reconocer que determinados eventos deben ser asumidos directamente por las entidades públicas, en razón de sus deberes constitucionales.

...

Ahora bien, en lo que se refiere a la naturaleza del derecho a la salud, en este fallo T-760, la corte concluyó sobre el carácter fundamental directo del derecho a la salud: "De manera pues que, si bien es cierto que el derecho a la seguridad social en salud, en principio, como se había anotado precedentemente, se erige como una prerrogativa

de carácter prestacional, también es cierto que gracias a su desarrollo y configuración legal y reglamentaria, que permite trasmutar su condición hacia un derecho subjetivo, admite que la justiciabilidad de esta garantía sea susceptible de protección constitucional por vía de la acción de tutela en forma directa. Tal es el caso del derecho que tienen todos los habitantes del territorio a acceder al conjunto básico de servicios de atención en salud, pues ha sido ampliamente definido y reglado, en lo que atañe a la seguridad social como servicio público esencial de interés general: su objeto, su ámbito de aplicación, sus beneficios, sus diferentes planes de atención en salud y sus formas de financiación dentro del régimen de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud"

Respecto de las instituciones previsionales de salud, la Corte afirmó que si bien tenían asegurados sus derechos en la Constitución, también se encontraban sometidos correlativamente hacia el bien común y debían realizar lo que estuviere a su alcance dentro del orden jurídico para materializar el goce del derecho a la protección de la salud.

En lo que tiene que ver con el derecho a la protección de la salud, el Tribunal señaló que es de naturaleza social, y que involucraba conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para darle

realidad, porque la satisfacción de tal exigencia representaba un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social en la democracia constitucional contemporánea.

Respecto del contrato, dijo: "Que el deber de los particulares de respectar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste. Inalterado en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible", lo que resulta más evidente "en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional".

"Que lo razonado resulta aun más evidente en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través (sic) del cual uno de ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, de satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con el contrato de salud, celebrado entre una

institución de salud previsional y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, núm. 9, inciso final, de la Carta Política".

El Tribunal no dio mayores explicaciones respecto de ese postulado, que plantea una gran discusión sobre el particular, la misma que se ha venido dando en Colombia, respecto de la intervención del juez de constitucionalidad en el negocio jurídico privado. Efectivamente, se dejó la puerta para que so pretexto de la dignidad humana, se permita la intromisión del juez constitucional en el contrato privado, dejando de lado postulados tan fundamentales, de hondo calado y a la vez que consolidados de antaño, como el pacta sunt servanda y el principio de relatividad de los negocios jurídicos. Es claro que puede existir una intervención judicial para examinar y revisar el contrato, pero que no con el fundamento de la violación de derechos fundamentales se pueda ingresar para revisar el marco obligacional.

Frente al contrato de salud, el Tribunal afirmó que se erigía y desenvolvía sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público, cualidades que predisponían "su incorporación y vigencia en toda

convención de esa especie", que implicaban un orden público irrenunciable. (nft).[19]

Este contexto institucional y por tanto sociológico de la salud como derecho constitucional y fundamental y a su vez servicio público, cuando falla y causa daños por qué juez puede ser mejor analizado?, sino que el juez de la seguridad social y no el civil; garantizando así la prevalencia del derecho sustancial y no meramente formal como a menudo ocurre en el derecho civil.

El que la jurisdicción hoy se llame del trabajo y de la seguridad social (Ley 712 del 5 de diciembre de 2001), no es simplemente una nota de estilo, todo lo contrario, significa que esta jurisdicción ha ampliado su comprensión a la integralidad del sistema, ya no solo el trabajo sino además, incluso hoy con mayor relevancia institucional, el control del funcionamiento de toda la seguridad social.

La doctrina española señala, cómo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Español, distingue claramente si se trata de una reclamación contra la administración sanitaria o de una reclamación de responsabilidad civil médica, veamos:

4. Diferente criterio cuando la reclamación se formula contra una Administración sanitaria.

[19] *En realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, GALINDO VACHA, Juan Carlos, *Del aseguramiento privado de la salud en Iberoamérica*, T. IV, 2010, págs. 591 y s.s.

En esta hipótesis, los tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo (o, en general, de un profesional sanitario) de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo.

Cuando así ocurre, los tribunales acuden a la idea de "conjunto de posibles deficiencias asistenciales", lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella.

Fue la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que abrió una brecha en esta orientación.

Así, la sentencia de la Sala Cuarta de 5.6.91 declaró ya que "es claro que la asistencia sanitaria prestada por el Insalud a los beneficiarios de la Seguridad Social está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal y, máxime si está

regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la Constitución Española.

La sentencia de la misma Sala de 20.4.92 declara que "en el ámbito del Derecho Administrativo y del laboral gana terreno, día a día, el principio de responsabilidad objetiva que viene impuesto, en este caso, por la exigencia de eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria ...[20]

Honorables Magistrados, las controversias judiciales que el legislador quiere "trastear" a la jurisdicción civil, no giran alrededor de los tradicionales criterios de la responsabilidad civil impregnada por claros preceptos liberales bajo el entendido que en las relaciones contractuales campeaba el principio de libertad individual e igualdad de las partes, según el espíritu que inspiró a los legisladores franceses del año 1804.

Las controversias se suscitan inmersas en unas **realidades totalmente diferentes**, es decir, los pacientes acuden a un servicio de salud previamente dispuesto mediante su vinculación al sistema, es decir, el paciente selecciona una E.S.P., más no selecciona al personal médico o paramédico que la atenderá; contrario a lo que sucede en el derecho civil o

[20] Ricardo de Ángel Yagüez, ***Responsabilidad civil por actos médicos***, Madrid: Civitas, 1999, p. 43

privado donde el paciente selecciona la entidad, el cuerpo médico y muchas veces la calidad de los insumos e incluso, servicios adicionales de hotelería.

El servicio de salud tiene una doble connotación: servicio público y derecho fundamental esencial, lo cual exige que el estudio de las prestaciones y obligaciones que surgen son totalmente diferentes a las que surgen en los contratos de salud privados o del derecho civil.

En relación con el derecho a la salud, tiene particular importancia el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su párrafo 1° ordena:

> *'toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios'.*

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene, por su parte, una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1° determina que los Estados partes reconocen

> *"el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental', mientras que en el*

párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas 'medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho."

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, a su turno, que el derecho a la salud entraña la existencia de cuatro elementos, sin los cuales no podría garantizarse la efectividad de dicho derecho, ellos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En relación con la calidad, se ha sostenido que los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino

> *"...también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas."*[21][22]

Por lo general en tratándose de estos temas la responsabilidad es sistemática o institucional, incluso cuando hay fallas personales (médicos, paramédicos, conductores de ambulancias o incluso cuando el portero no permite el ingreso del paciente).

21[22] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

Las prestaciones que comprenden los servicios de la seguridad social en salud deben ser:

GARANTÍA DE CONTINUIDAD: Tiene por objeto asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación del servicio con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades.

GARANTÍA DE INTEGRALIDAD: Comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, todo componente que los médicos valoren como necesarios para el restablecimiento de la salud del paciente.

GARANTÍA DE CONTINUIDAD: Implica que:

1. Las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad.,
2. Las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos,
3. Los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.

De los tratados y documentos internacionales sobre Derechos Humanos, son obligaciones de los poderes públicos, esto es: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial; en sus diferentes orbitas y niveles:

1. **Interpretar los derechos** constitucionales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado.
2. **Ajustar la legislación interna** así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos.
3. **Abstenerse de promulgar normas** que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos.
4. **Evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se desconozcan** las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales con independencia del cargo en el cual se desempeñen las autoridades o agentes estatales o el nivel en que realicen sus funciones sea en el plano nacional o en el territorial **incluso cuando se trata de la omisión de prevenir o reprimir acciones ilícitas de los particulares.**
5. **Adoptar medidas** y efectuar tareas encaminadas a lograr que se presenten las condiciones indispensables para garantizar la vigencia efectiva de los derechos así como reparar las consecuencias que se derivan de la vulneración de los mismos.
6. **Procurar vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia.**

Honorables Magistrados, insistimos, no estamos frente a conflictos por típica responsabilidad médica – sino frente a unos daños causados por responsabilidad institucional o incumplimiento de las prestaciones de los

servicios de la seguridad social en salud, que algunas veces puede devenir por la falla personal de un funcionario con el cual el paciente o usuario no celebró contrato civil alguno.

Preguntémonos por ejemplo: si quién fue negligente fue el gerente que no autorizó un traslado o remisión, o si la causa del daño es atribuible al camillero que deja caer al paciente, o el vigilante que no permitió el ingreso del paciente o a la enfermera que se equivocó en el medicamento o el almacenista que no remitió la prótesis a tiempo o el farmaceuta que se equivoca al entregar el medicamento. ¿Se trata de responsabilidades médicas? o ¿institucionales?, ¿quién es el competente?, ¿el juez civil o el juez de lo laboral y la seguridad social?

Es por ello que resulta necesaria la distinción entre **responsabilidad institucional o de la seguridad social y la responsabilidad civil médica**, toda vez que la exclusión establecida por el nuevo estatuto procesal civil se refiere expresamente a la responsabilidad médica y no a la responsabilidad institucional o de la seguridad social; razón por la cual la jurisdicción laboral y de la seguridad social no tiene competencia para conocer de las controversias que surjan con ocasión de las relaciones de derecho privado que hayan generado responsabilidad médica, más no de aquellas que como lo dice expresamente el numeral 4º correspondan a las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social, concepto en el cual se encuentran los servicios de salud.

Al efecto comenta la doctrina, respecto de la distinción existente entre estos dos conceptos o disciplinas:

> La responsabilidad profesional médica y la responsabilidad patrimonial o institucional por la prestación de servicios de salud, **son responsabilidades con diferencias sustanciales, pues están fundadas en principios, criterios y presupuestos diferentes y su exigencia en los tribunales se sustanciará ante jurisdicciones distintas.** (nft).[22]

Adicionalmente el artículo 8° de la Ley 100 de 1993 dispone, en relación a la conformación del Sistema de Seguridad Social Integral, que el mismo se encuentra integrado por los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales.

De otro lado el artículo 155 de la Ley 100 de 1993 determina los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, señalando en su numeral tres (3) a las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas como integrantes del mismo, y en el numeral sexto (6) a los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.

El artículo 2° del CPL es claro en señalar que dichas controversias pueden surgir entre los afiliados, beneficiarios o usuarios de una parte, de lo que se deduce que además de los afiliados y los beneficiarios, se contempla al usuario del sistema como sujeto susceptible de promover controversias en

---

[22] CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia (Ed.) ***Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado***, Javier Fernández Costales, ***La Responsabilidad profesional y la Institucional por la prestación de servicios de salud,*** Bogotá: Temis, 2003, p. 5

la jurisdicción laboral y de seguridad social. Es evidente que el afiliado, el beneficiario y el usuario son personas diferentes para el sistema, pues mientras el primero es quien paga una cotización para disfrutar de los beneficios del sistema, el segundo se beneficia de los servicios por disposición de la ley, por cobertura familiar (Art. 163) o por cobertura estatal (Art. 157) y el usuario es simplemente quien demanda el servicio sin tener en cuenta la naturaleza de su vínculo al sistema. De no ser está la correcta inteligencia de la disposición, el legislador no habría sido tan minucioso en la enumeración de los sujetos de este extremo, hubiere bastado que nombrara a los cotizantes y beneficiarios, se entendería que está haciendo alusión exclusiva a personas con vínculo contractual con el sistema, pues es evidente que dentro de los usuarios que demanden el servicio de una entidad se pueden encontrar personas que sean cotizantes al sistema, que sean beneficiarios del mismo o que no tengan ninguna de estas calidades, es decir, que demanden el servicio como particulares, como un servicio privado, lo que en modo alguna les quitaría la calidad de usuarios del sistema.

Lo contrario sería afirmar que los únicos usuarios del Sistema de Salud serían los cotizantes y los beneficiarios, y aquellos que por diversas razones no tienen capacidad de pago de una cotización mensual, y por falta de cobertura estatal no encuentran subsidiados ni vinculados al sistema. Recuérdese que hay varios millones de colombianos en esta situación y que eventualmente para suplir sus necesidades de salud deben pagar los servicios que requieren en las diferentes IPS, serían considerados como no usuarios del sistema lo cual es un absurdo.

Del otro extremo de la controversia se ubica a las entidades Administradoras o prestadoras del sistema. Dentro de estas últimas sin lugar a dudas se ubican las IPS.

Pero lo que en realidad no deja margen para la duda en cuanto a la habilitación legal para iniciar una controversia jurídica del usuario sin vínculo contractual con el Sistema de Salud, es decir particular, en contra de una IPS del sistema, en la jurisdicción laboral y de seguridad social es la última parte de la disposición en comento que señala que de dicha controversia, en este caso específico, entre el usuario y la entidad prestadora del servicio, conocerá la jurisdicción ordinaria en su especialidades laboral y seguridad social **cualquiera sea la naturaleza de la relación jurídica.**

Quiere ello decir, que no importa la relación jurídica trabada entre la IPS y la persona natural. En efecto, la prestación a que se obliga la entidad puede tener su origen en el contrato de afiliación que con el cotizante suscribió, o en la calidad de beneficiario que la ley les reconoce, o simplemente el de usuario que de su propio bolsillo asume los gastos del servicio. De todas ellas conoce la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y la seguridad social.

Precisamente el fin del legislador en la distribución de las competencias es especializar a los jueces en determinadas áreas o sistemas con el objeto de facilitar la solución de las controversias. En ese sentido carece de lógica enviar a la jurisdicción civil un asunto que por su especialidad pertenece a la seguridad social.

No sobra decir que el Código de Procedimiento Laboral en su artículo 145 permite la aplicación analógica de las normas del Código Judicial, que en su artículo 28 dispone: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...".

Recordemos de la mano del profesor *Antonio Enrique Pérez Luño*, que " *El lenguaje defectuoso del legislador no puede limitar al intérprete, por el contrario convierte a la ley en pasaje oscuro que exige la intervención del intérprete.*

Al hallarse superada por la propia dinámica económico-social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa (y en la mayor parte de las ocasiones también económica) por parte de los poderes públicos".[23]

Por lo anteriormente expuesto, con todo respeto, solicitamos declarar inconstitucional la norma demandada.

Competencia De La Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, según el cual dicho tribunal decidirá "sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las

---

[23] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, p. 36).

leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación".

Notificaciones

Recibiré notificaciones en la calle 20 # 6-30, Oficina 1301, Pereira o en jesusabuitrago@gmail.com

Atentamente,

Jesús Alberto BUITRAGO DUQUE
c. c. # 18.507.670

NOTARIA CUARTA CIRCULO
DE PEREIRA
Cra 7 No 21-43 Interior 5
Tels: 3346134 - 3346193

EL SUSCRITO NOTARIO CUARTO DE PEREIRA da testimonio que la firma puesta en el anterior documento tiene correspondencia con la que aparece registrada en este despacho bajo el Folio Tarjeta año de 2012 a nombre de Jesus Alberto Buitrago Duque con cédula No 18507670 de Ildas

ESTE TESTIMONIO NO SIRVE CUANDO DE ESTE DOCUMENTO EMANAN OBLIGACIONES.

Artículos 77 DEL DECRETO LEY 960 DE 1970

En constancia se firma esta diligencia hoy.

Fecha 01 ABR 2019

Firma Notario

REPUBLICA DE COLOMBIA
GONZALO GONZALEZ GALVIS
NOTARIO
NOTARIA CUARTA CIRCULO DE PEREIRA