

**ELTRÁMITE DE LA CONCILIACIÓN FRENTE A LAS CONTROVERSIAS DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA**

**ENSAYO PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO PROCESAL**

LINA MARCELA GUZMÁN POSSO

CARMEN CHINCHILLA OÑATE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

OCTUBRE 2021

EL TRÁMITE DE LA CONCILIACIÓN FRENTE A LAS CONTROVERSIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

Las controversias surgidas por las actuaciones del personal de la salud, específicamente la actuación de los médicos, se vuelven cada día una lucha constante para quienes figuran como víctimas, buscando ser reparados y este proceso de reparación se complica cuando las alternativas legales para su solución, no brindan una oportuna ayuda, haciendo difícil y lenta la solución, el tratamiento o el trámite de la problemática. La profesión de médico como cualquier otra actividad desempeñada por el ser humano, no está exenta de errores y por ello surgen situaciones donde los procedimientos aplicados por estos no dan como resultado el esperado, causando insatisfacción en el paciente y su familia, obligándose a iniciar procesos judiciales que salvaguarden sus derechos afectados.

En el presente ensayo se va a defender la siguiente tesis: En el ejercicio procesal la conciliación es el medio más factible para resolver conflictos de responsabilidad médica y, por lo tanto, el más eficaz para evitar la inseguridad jurídica. Lo anterior se va a defender teniendo en cuenta el análisis de los resultados de las encuestas aplicadas con el objetivo de conocer la preferencia de algunas personas afectadas por situaciones derivadas de responsabilidad médica para resolver su conflicto, así como también a médicos y por último a abogados con experiencia en el litigio de conflictos de responsabilidad médica; de igual forma, se tendrá en cuenta para esta tesis el estudio comparativo con otros países frente a la aplicación de la conciliación para dirimir conflictos de responsabilidad médica.

Esta figura y su aplicación en la resolución de problemáticas de salud cuando éstas atienden a la responsabilidad de un médico y el procedimiento aplicado por este, suele ser un simple requisito que cumplen las partes inmersas

en la controversia, porque así está establecido en algunos casos para la continuidad del correspondiente proceso judicial.

La responsabilidad médica en Colombia, atiende al resarcimiento por parte de los profesionales de la salud cuando los procedimientos aplicados en su ejercicio, causaron un efecto adverso al esperado, configurándose este por error, acción u omisión, vulnerando derechos fundamentales a sus pacientes, tales como el derecho a la vida, a la salud y a la calidad de los servicios prestado, etc.

Evolución histórica de la responsabilidad médica

Los procesos desarrollados por los médicos a un paciente, atienden a criterios previamente examinados que los motivan a elegir el tratamiento apropiado para el diagnóstico antes establecido, sus actuaciones tienen en cuenta las estipulaciones solicitadas al familiar del paciente que influyen en la no aplicación de dicho tratamiento o procedimiento según la condición particular que se padezca, evitando contrariar lo que sería el resultado a obtener en una persona que no presenta alguna patología que impida su funcionamiento, obviando así situaciones desfavorables y manteniendo la relación médico-paciente. Esto último nos permite hacer memoria y trasladarnos como era la relación médico-paciente existente tiempo atrás y además lo que hoy conocemos como responsabilidad médica, como era visto años atrás o si por lo menos existía una forma de resarcir los daños causados por un médico. Remontándonos en la historia durante el imperio de Babilonia y su rey Hammurabi donde predominaba su propio código, es de notar como en este se establecieron derechos y deberes para los médicos.

El código de Hammurabi, en materia de responsabilidad médica, establecía dos tipos de regulaciones, las cuales eran divididas en razón de si el daño era provocado a una persona libre o a un esclavo. En el primero de los casos, esto es, cuando el daño era provocado a una persona libre, entraba en aplicación lo dispuesto en el artículo 218, que establecía lo que hoy identificamos como la responsabilidad penal del médico, dejando muy pocas posibilidades a un segundo error profesional, debido a que la pena preceptuada para este caso era la

amputación de ambas manos. Por su parte, cuando el daño producto del actuar deficiente del galeno recaía sobre un esclavo, las consecuencias para aquel eran meramente pecuniarias, entrando de lleno al ámbito de la responsabilidad civil. Como ejemplo de lo anterior cabe destacar los artículos 219 y 220 del comentado Código Babilónico. (Parra, D. 2014) Las garantías que se tuviese como paciente tiempo atrás dependían del estatus social que este tuviera y a la gravedad de la mala praxis médica.

Las sanciones que se establecían en la antigüedad como se encuentra mientras leemos la historia de lo que hoy conocemos de responsabilidad médica, muestran los castigos tan fuertes que enfrentaban los médicos en esa época, para ellos las enfermedades eran vistas como castigos de los dioses en razón de actuaciones impuras, es decir, la enfermedades tenían un carácter religioso y su única explicación atendía a prácticas desempeñadas por un médico sacerdote que establecía según su práctica, si esta enfermedad tenía como origen un pecado del enfermo, algunas de sus prácticas consistían en oraciones, exorcismos y ofrendas a dioses; en Mesopotamia se encuentra la primera norma legal de la praxis médica, la razón de la serpiente como símbolo de la medicina proviene igualmente de Mesopotamia donde la muda periódica de piel de la serpiente es sinónimo de curación y regeneración, así como también considerada como la sabiduría otorgada solo a privilegiados. (Espinar Ojeda, 2011)

Los sacerdotes ejercían el papel de médicos, por eso como se mencionó antes para ellos la enfermedad era causada por pecado del paciente, los sacerdotes hacían las veces de consejeros curando enfermedades interiores y las posesiones.

Por esa misma época la Medicina Egipcia era ante todo mágico religioso y los que trataban a los enfermos eran sacerdotes entre los que estaban adivinos, que interpretaban los augurios y predecían el curso de las enfermedades. Posteriormente los egipcios superaron la magia y aparecieron los médicos sacerdotes, quienes comenzaron a dar medicamentos como el yodo para tratar los bocios, laxantes, eméticos y a hacer operaciones. (Jaramillo Antillón, 2001)

Los Tipos De Responsabilidad Médica En Colombia

La evolución del derecho y las legislaciones de los distintos países, ha permitido encaminar las normas de tal forma que se ajusten a las necesidades mismas de la sociedad donde nos desarrollamos, sentando precedentes que evitan la concurrencia de eventos contrarios a todo trato digno y humano. Los daños causados a otro deben ser indemnizados tal como lo permite ver el artículo 2343 del código civil colombiano. En Colombia, la responsabilidad médica atiende a tres tipos una que es la civil, la penal y por último la administrativa rigiendo según el daño causado por el profesional de la salud y teniendo en cuenta la pericia jurídica con que se actuó, así como también la indemnización a la que haya lugar.

En la actualidad, el régimen de responsabilidad civil se compone de dos presupuestos que son: (i) la existencia de un daño y (ii) su atribución a un sujeto determinado en virtud de un título de imputación proveniente de una norma particular y su objetivo y fundamento principal es indemnizar el daño que se ha causado a partir de un riesgo que la víctima no tiene que soportar o porque quien lo ha causado ha sido negligente en su actuación. De la responsabilidad civil se derivan dos especies distintas: (i) la contractual y (ii) la extracontractual. (Sent T-158,2018)

La responsabilidad civil contractual es por medio de la cual se busca resarcir un daño causado a otro mediando entre ellos un vínculo que obliga al causante del daño a cumplir con la obligación y la responsabilidad civil extracontractual es lo contrario, es la que surge de la inexistencia de un vínculo contractual donde igualmente el responsable debe reparar el perjuicio causado. La corte suprema de justicia citada en (CABARCAS BELTRÁN, 2002) plantea:

Ahora bien, cuando de responsabilidad civil se trata por ejercicio profesional de médico ella puede ser contractual. Cuando se origina el cumplimiento de un contrato o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro sin que exista un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufra debiéndose en ambas situaciones responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana.

Es de anotar que de acuerdo con la ley se habla de delito cuando existe la comisión de una conducta tipificada en el código penal como delito, siguiendo esto, la responsabilidad médica penal tiene lugar cuando el médico en su actuar no tiene el deber objetivo de cuidado causando un daño al paciente configurándose un delito que se encuentra penado o sancionado en la norma, de igual forma los procesos administrativos de responsabilidad médica son presentados a causa de un paciente víctima de un daño a su salud por una entidad del estado o por fallas en la prestación de servicio médico igualmente por una entidad estatal.

La Conciliación Como Requisito De Procedibilidad Y Medio Factible Para Solucionar Conflictos De Responsabilidad Médica

La conciliación en asuntos que son susceptibles de la misma, es un proceso que se debe agotar antes de recurrir a la vía judicial en las distintas jurisdicciones, así lo establece el artículo 35 de la ley 640 de 2001.

En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativo, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas (Ley 640 de 2001).

La conciliación como requisito de procedibilidad en los procesos de responsabilidad médica contractual y extracontractual no debería ser vista como un simple requisito a cumplir por las partes sino ser el medio más factible para dirimir el conflicto existente entre estas, con la conciliación los procesos logran ser rápidos, eficaces y menos dilatados demostrando que el ejercicio procesal por medio de esta figura, garantiza la solución real de esta problemática sin mencionar la descongestión de los despachos judiciales, razón principal por la cual los mecanismos alternos de solución de conflictos fueron creados e igualmente como dicen expertos la situación es menos traumatizante tanto para paciente como para el médico, la actuación procesal a seguir según la autoridad judicial competente requiere tiempo y dinero, son procesos tediosos y que al final de un largo camino resultan ser eximidos de la responsabilidad. Con la conciliación también se

pretende obtener la indemnización o reparación, pero en este escenario, de modo más ágil y satisfactorio para la víctima amparando al profesional de la salud, evitándole, de una forma, el desprestigio, adicionalmente, aliviando la carga económica en los costos referentes a un proceso judicial. (Toro Vásquez, 2018)

En los procesos de responsabilidad médica cuya falla del servicio es realizada por una entidad del estado la jurisdicción correspondiente para iniciar un proceso, por ejemplo, de reparación directa es la jurisdicción contencioso administrativa que en su normativa establece igualmente el requisito de procedibilidad de forma previa al curso del proceso y adelantado ante los procuradores judiciales administrativos.

Siendo así, cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. (Art 161, ley 1437 de 201)

En los requisitos de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo, la ley establece:

Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones. (Art 37, ley 640 de 2001)

La conciliación contribuye a la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado. El hecho de que a través de la conciliación sean las partes, con el apoyo de un conciliador, las que busquen fórmulas de acuerdo para la solución de un conflicto, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un

camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, la conciliación estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio. (Sent C-1195, 2001)

Estudio comparativo de la responsabilidad médica en otros sistemas jurídicos.

En el estudio comparativo realizado con países como México observamos que se hizo necesaria en 1996 la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) con el fin de descongestionar los despachos judiciales y garantizar una solución oportuna a las controversias de responsabilidad médica que cada día aumentaban más, es decir, se creó un ente especializado en asuntos de esta naturaleza que brindan mayor interés en la solución real y justa de acuerdo a la consecuencia y al grado de responsabilidad, por esta razón CONAMED está facultado sin restricción alguna para conocer todas las controversias médicas que presenten las personas. Este organismo ha logrado incrementar la confianza entre los médicos y los pacientes quienes, con más frecuencia, solicitan y aceptan la intervención de la comisión para la búsqueda de solución a las controversias vinculadas con los actos médicos. (Ríos, A. 2018) El derecho a la salud en México se encuentra regulado en el artículo 4 constitucional, la garantía a este derecho se logra obtener con la prestación adecuada de los servicios a la salud sin demoras, de forma oportuna y con el desempeño de la actividad médica eficaz, que en casos desfavorables o de mayores inconvenientes los mexicanos cuentan con este centro para solucionar la controversia.

En las controversias entre usuarios y prestadores de servicios de salud, una institución de gran importancia en nuestro país es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), que ofrece mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de salud, interviene proponiendo soluciones no judiciales y busca evitar el conflicto, mediante la gestión inmediata, la orientación, la conciliación o el arbitraje. (Bustamante et al; 2013)

En Perú encontramos el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) y corresponde a este centro resolver los casos puntuales de responsabilidad médica, este es otro de los países que cuenta con un centro de especialistas capacitados en la materia y comprometidos en resolver el conflicto.

CECONAR es un centro de conciliación que opera bajo las normas de la Ley de Conciliación Extrajudicial, cuya rectoría la ejerce el MINJUS. A su vez, es un centro de arbitraje especializado en salud, bajo la regulación de la Ley de Arbitraje. En este sentido, los servicios que brinda son de conciliación extrajudicial especializada en salud, arbitraje, bajo el tipo de arbitraje institucional, y mediación vía IBOS, y se accede a ellos de manera indistinta o alternativa, por voluntad del interesado por mandato legal en el caso del arbitraje sobre controversias derivadas del SCTR. (Hidalgo, D et al. 2016) La conciliación extrajudicial al igual que en México es vista como una oportunidad favorable a las partes para solucionar sus conflictos en salud, este acceso creado sin distinción les permite a las personas más vulnerables acceder de formas gratuita a la justicia para quien así lo elija; la conciliación extrajudicial atiende a lo establecido en la ley de conciliación y en armonía con el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos encargado este último de verificar la conciliación, actuando como rector.

Otro de los países que cuenta con un centro capacitado en temas de responsabilidad médica es Argentina siendo este el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES). La solución de conflictos en salud mediante el tribunal exige una renuncia al derecho que se tiene para acceder a la justicia por medio de instancias judiciales, esto con la existencia de una cláusula compromisoria que obliga a las partes para que en futuros conflictos estos se resuelvan por medio de la figura del arbitraje, haciéndose necesaria la voluntad clara y expresa para que no se considere nula toda acción concerniente a la solución del problema.

Seguidamente mencionar como el tribunal garantiza la calidad, profesionalidad y especialización de los árbitros al exigir que sean miembros del Registro de Abogados Generales, Mediadores, Conciliadores y Árbitros en

Solución de Controversias Médicas y de Salud de acuerdo a los programas de capacitación de la Secretaría General del propio tribunal. (Rodríguez M, 2021)

Los contratantes, acostumbrados a llevar todos sus problemas a la instancia judicial y a desconsiderar la obligación pactada en la Cláusula Compromisoria, no podrán más hacerlo impunemente. Por otro lado, además de las ventajas conocidas del Arbitraje de confidencialidad, rapidez, jueces especialistas y neutros, los árbitros son menos afectados por las cuestiones de orden público que los jueces nacionales y también no son tantas las incompatibilidades entre los diversos sistemas jurídicos. Los procedimientos seguidos son, en general, una amalgama de los sistemas del common law y del civil law. (Asociación Argentina de Derecho Farmacéutico, 2012)

Ante la creación de esta institución, Argentina nos deja ver la importancia de los mecanismos alternos de resolución de conflictos como la conciliación, la mediación y el arbitraje para garantizar las buenas relaciones entre el personal de salud y el paciente, garantizar la prudencia, la confidencialidad y la economía del proceso.

Chile hace parte de los países latinoamericanos que cuentan con una entidad responsable de dirimir controversias en la mala praxis médica.

En este país también se encuentran tres tipos de responsabilidad médica, la civil, la penal y la administrativa. Cuando un usuario quiere iniciar una demanda por responsabilidad médica por la vía civil, buscando una indemnización monetaria, la norma chilena exige que el reclamo haya sido previamente sometido a un procedimiento de mediación. (Bravo. L, 209)

Solución definitiva de las controversias de responsabilidad médica por medio de la conciliación

El lenguaje jurídico entorno al conflicto médico y la búsqueda de soluciones por quienes se han visto afectados, suele convertirse habitualmente en una rutina asistida por el aparato jurisdiccional al cual acuden y del que como testimonio en la mayoría de los casos se conoce de la insatisfacción de los afectados por las actuaciones procesales interminables, a veces indefinidas y los rituales

probatorios dispendiosos. Todo lo anterior antes que solucionar el conflicto, amplifica el mismo y las incertidumbres frente a la respuesta que se espera. (Chinchilla Oñate, C., & Steele Garza, J. G., 2020)

Agregando a lo anterior la incorporación de la conciliación en Colombia como requisito de procedibilidad se encuentra fundada en el artículo Art. 35 y 27 de la Ley 640 de 2001, Art. 52 de la Ley 1395 de 2010, es decir, en muchos procesos está dada de manera obligatoria y así es como inicia la principal razón de por qué muchos conflictos no se logran solucionar a través de esta vía alterna; las personas suelen agotar esta etapa tal como lo establece la norma, por ser un requisito de procedibilidad, dando poco valor procesal a esta fase y a la labor del conciliador.

En los procesos de responsabilidad médica es de gran ayuda la voluntad de las personas tanto víctimas como el personal médico involucrado en el conflicto para solucionar la situación a través de la conciliación en términos más cortos y poco tediosos que de forma contraria no se dan en instancias judiciales, sumado a esto como se ha mencionado antes es una ventaja para el médico en cuanto al desprestigio de su carrera y la experiencia adquirida en esta que muy a pesar de ser inocente de cualquier acusación, su nombre queda tachado para muchos y es la conciliación un medio eficaz para salvaguardar sus derechos, pero también los de la presunta víctima en tiempos razonables, gratuitos o a menor precio del que acarrea la vía judicial; referido esto último a las costas procesales. No podemos ver la conciliación como un requisito simplemente obligatorio sin la intención de concluir en ella con el conflicto.

Sin embargo, esta supuesta contradicción entre “obligatoriedad” y “voluntariedad” ha perdido fuerza con el tiempo, toda vez que la incorporación de los MASC como una instancia previa solo supone que se deba convocar a la mediación o conciliación antes de entablar la demanda, pero si las partes no concurren o no llegan a un acuerdo, el proceso judicial puede seguir adelante. Es decir, no están “obligadas” a llevar adelante la mediación o la conciliación, que es realmente lo que el principio de voluntariedad demanda. (Mera; s.f.)

De este modo la implementación de la conciliación en los sistemas de salud en situaciones desfavorables por las prácticas negligentes de los médicos requiere de un fortalecimiento y un cambio de visión de la sociedad.

Pues bien, la conciliación como es de saberse tiene efectos de cosa juzgada, igual que una sentencia dictada por un juez y presta mérito ejecutivo. Este medio alternativo de solución de conflictos permite implementar y fortalecer la cultura del diálogo, la tolerancia, los valores y la comprensión de situaciones desde la comunicación, por ello es la conciliación una herramienta eficaz en el manejo de controversias médicas aportando formas de solución de manera voluntaria por las partes y confiando en la función ejercida por el conciliador y el acuerdo al que se llega. El acceso a la administración de justicia por este medio auto compositivo, garantiza el obligatorio cumplimiento del acuerdo acordado por su carácter vinculante a las partes.

La decisión plasmada en el acuerdo conciliatorio tiene un carácter vinculante para las partes, ya que la ley asimila este documento como un acto jurisdiccional al reconocer que hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo; soportado en la tesis de que es una manifestación de la autonomía de la voluntad privada que, haría innecesario el desgaste del aparato judicial para pronunciarse nuevamente sobre los mismo hechos que motivaron la negociación de asuntos transables, competentes a derechos inciertos y discutibles sobre los cuales las personas tienen disposición y no vulneran por ende derechos fundamentales. (Lyons; s. f.)

En la conciliación se busca la participación ciudadana como cumplimiento de una finalidad social, que tiene que ver con la calidad de vida de la población, y de manera particular con la solución de necesidades de acceso a la justicia y pronta resolución de controversias, por lo que alcanzar un nivel más eficaz de justicia mediante la solución justa de los conflictos, con la participación activa de las partes, impulsa y contribuye el progreso del país en la paz. (Baquero V, 2017)

La visión de la conciliación desde la facultad transitoria otorgada a particulares en el artículo 116 constitucional

El perfil constitucional de la conciliación en el artículo 116 refiere a la administración de justicia como la función pública estatal en desarrollo de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, garantizando que una persona investida de autoridad pública y con poder del Estado mediante la proposición de fórmulas de arreglo; tenga la posibilidad de resolver de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan y sean de su conocimiento por voluntad y sometimiento de las partes.(Baquero V, 2017)

Los conciliadores según este artículo constitucional están facultados para administrar justicia de manera transitoria, pero pese a ello sigue siendo mayor la indiferencia de la sociedad frente al uso de la figura del conciliador por las pocas garantías que para ellos representa un acuerdo firmado ante estos o trámites realizados en centros de conciliación, debido a ello es aún más alto el notar como en asuntos de responsabilidad médica las personas no asisten a centros de conciliación para dirimir sus conflictos, teniendo como razón la poca especialidad de los centros en estos temas. La facultad entregada a los conciliadores está dada para que las personas ejerzan autonomía sobre la solución de sus problemas y garantizar la participación de los mismos en estas problemáticas que ellos más que nadie conocen desde la raíz y con su ayuda directa es más fácil resolver el conflicto.

De esa forma, la función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto. (sent C 902, 2008)

El último párrafo del artículo 116 de la Carta de 1991 conforma un piso jurídico y un marco constitucional para los masc, muy especialmente para la conciliación. En desarrollo de esta posibilidad y alimentada por la necesidad del gobierno de turno de buscar una solución para descongestionar los despachos judiciales, colapsados por procesos sin resolver que generaban una lógica sensación de injusticia en la sociedad. (Silva P, 2009). Es así como en razón del debido proceso y el derecho que se tiene para acceder a la justicia la constitución le da ese carácter esencial a particulares para que como conciliadores puedan dar cumplimiento a este derecho desde una justicia no formal para muchos por no tratarse de un proceso dirigido por jueces pero que igualmente debe cumplir con unas reglas y con fin para el cual se habilitó esta facultad, con las limitaciones.

En este mismo espacio cabe señalar la función de la superintendencia nacional de salud, quien por legitimación constitucional está facultada de manera excepcional por el mismo artículo en mención, para administrar justicia cuando es una autoridad de carácter administrativo, aunque con alcance restrictivo.

La Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora, de oficio o a petición de parte, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre éstos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga, donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, prestará mérito ejecutivo. (Art 38, Ley 1122/2007)

La superintendencia nacional de salud tiene la facultad de actuar como conciliadora en casos específicos y está reglado que dentro de la institución debe existir una clara diferencia entre quienes ejercer funciones jurisdiccionales y quienes funciones administrativas a fin de salvaguardar los intereses de los involucrados y garantizar la transparencia y su correcto funcionamiento.

Mediante sentencia citada por, (Tovar S, 2014) la corte constitucional estableció las condiciones en las que la Superintendencias pueden ejercer sus funciones

jurisdiccionales, estableciendo así que “(i) las materias específicas deben estar precisadas en la ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control” (Sent C-117 de 2008). Con relación a lo anterior la ley 1122 de 2007 establece en su artículo 41 las funciones jurisdiccionales de la superintendencia sobre las cuales puede fallar en derecho, de forma definitiva y con igual características que un juez siendo estas las siguientes:

- a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.
- b. 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 Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.
- c. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Art 41, ley 1122 de 2007)

Queda claro que la superintendencia tiene “las facultades propias de un juez”; por ende, podrá ejercer medidas provisionales para proteger un derecho, para requerir informes, para garantizar el cumplimiento del fallo, etc. Lo anterior

implica que quienes acudían a la acción de tutela por su celeridad, y ante la inminente violación de un derecho fundamental, actualmente pueden acudir preferencialmente ante el juez de la salud. (Tovar S, 2014) con ello existe la oportunidad de valorar de forma apropiada la situación particular y la confianza de quienes se ven relacionados con el conflicto es mayor al saber que el conciliador es un conocedor del área de la salud.

Es adecuado señalar que ante esta entidad los afectados pueden demandar según las facultades conferidas por la Ley 1122 de 2007, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010 y, para tramitar y decidir en derecho, procesos administrativos de carácter preferente y sumario, sobre controversias entre las EPS y los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Mecanismos, propuestas y ventajas de acceder a la conciliación para resolver conflictos de responsabilidad médica.

En relación a la eficacia de la conciliación se propone presentar y demostrar los beneficios de la misma en los procesos de responsabilidad médica y para ello es necesario mencionar las razones que dan gran valor para algunas personas, el acudir a este medio alternativo para dar por terminado una controversia médica. Con la conciliación se logra resolver situaciones sobre las cuales se tiene plena seguridad sobre la responsabilidad del médico en el daño o afectación de la salud del paciente, firmando un acuerdo que presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada, es decir, tiene la validez de una sentencia judicial. (Chinchilla, 2020)

La implementación de centros de conciliación especializados en temas de responsabilidad médica es una de las más importantes propuestas. Las personas no sienten seguridad al llevar sus casos ante estos centros por la poca confianza que les genera el conocimiento de los conciliadores a la hora de intentar dar trámite y por consiguiente acordar sobre la mejora del conflicto. Algo semejante ocurre con los conciliadores y es lógico invertir en centros especializados, pero

también lo es la exigencia en esos espacios de un buen profesional conocedor de la materia y con la experticia requerida para estos conflictos.

La conciliación, más que un requisito de procedibilidad, ofrece una solución rápida y ágil, además de ser un procedimiento económico, con una buena negociación entre las partes y, en determinados casos, con la ayuda de expertos, se podría obtener resultados satisfactorios sin la necesidad de iniciar un proceso jurídico congestionando aún más el sistema judicial. (Toro Vásquez, 2018)

El tiempo invertido en los procesos de responsabilidad médica es otro factor importante, a través de la conciliación el proceso puede ser menos desgastante, y como lo veremos más adelante algunas personas coinciden en que es un proceso rápido, efectivo y hasta económico, todo esto aunado a la seguridad jurídica que le atiende a la justicia misma. La resolución de conflictos por medio de la conciliación es una garantía de acceso a la administración de justicia de las personas afectadas, precisamente por su rango constitucional, el acercamiento de las partes, el análisis y la propuesta de un posible acuerdo por ellas mismas logrando por este medio la satisfacción de las partes en conflicto médico son otras de los beneficios o ventajas de la conciliación en materia de responsabilidad médica. (Chinchilla, 2020) La participación directa de las partes hace más fácil reconocer cual es la génesis del problema, no obstante, el papel del conciliador como profesional es fundamental para intervenir de forma imparcial y transparente cuando sea necesario para lograr un posible acuerdo.

Poco antes se mencionaba el desprestigio que logra causar a un médico encontrarse inmerso en conflictos de responsabilidad médica, con la vía extrajudicial se busca amparar a los médicos, evitando su descrédito y la reacción a ello, las actuaciones se dan con mayor rapidez y menos burocracia, ello brindando facilidad y posibilidad de adoptar nuevas posiciones con lo que se logra más satisfacción y de algún modo "honrar a la víctima". (Hernández et al; 2001)

El ministerio de justicia manifiesta que la conciliación es un acto solemne, por lo que la ley exige plasmar el acuerdo conciliatorio en un acta; es bilateral, por lo cual sin ningún vicio de voluntad las partes se imponen obligaciones y es un

acto nominado ya que está regulado por la norma. (MINJUSTICIA 2018, como se citó en Toro, 2018)

Metodología

La investigación descriptiva es aplicada cuando se quiere dar a conocer las características de un grupo, fenómeno o sector a partir de la observación y la medición de sus elementos. Los datos obtenidos de un análisis descriptivo, se pueden utilizar como la base de partida de una investigación más específica. (Ibáñez et al; 2008)

En esta fase se utilizó el enfoque de tipo cuantitativo que nos permitió medir las posturas de nuestra población objeto de estudio (médicos, abogados y personas afectadas por negligencias médicas), sobre el papel de la conciliación en los procesos de responsabilidad médica, esto evidenciado en la aplicación de las encuestas. Así mismo se utilizó una investigación de tipo descriptiva basada en la indagación y análisis de las características principales de la conciliación en los procesos de responsabilidad médica, cuánta satisfacción les brindó a las personas solucionar y acceder a la conciliación para dirimir su conflicto médico y con ello medir la eficacia de este medio alternativo de solución de conflictos. Así mismo esta investigación es de estudio explicativo. La investigación explicativa va más allá de describir conceptos o fenómenos, sino que se enfoca en dar respuesta a las causas de los eventos físicos y sociales. (Hernández et al., s.f)

Este estudio fue desarrollado mediante encuestas de tipo descriptivo, desarrollada estas a través del software Google Forms; aplicando tres tipos de encuestas según la población objeto de estudio, cada una con cinco preguntas entre ellas tres cerradas y dos abiertas, con esta pequeña exploración para aportar al conocimiento de la conciliación en el conflicto médico las encuestas se aplicaron en las ciudades de Barranquilla, Cartagena, Medellín y el municipio San Juan Nepomuceno, Bolívar, durante los meses de julio a octubre, es decir, cuatro meses. La muestra correspondió a 30 personas conformadas por médicos, abogados y otros intervinientes en el área de salud, algunos afectados por el actuar negligente de médicos y otras que no se han visto involucradas en

conflictos de este tipo, permitió observar la relevancia que tiene para ellos acudir a la conciliación, la muestra utilizada fue la denominada muestras diversas que permitió mostrar las diferencias y a la vez las coincidencias de ideas en el papel de la conciliación en temas de responsabilidad médica.

Discusión y resultados.

A continuación, se establecen los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas. Inicialmente con el estudio de las características de la conciliación de diversos autores, se logró precisar que la conciliación es vista como una oportunidad dentro del proceso que minimiza el tiempo empleado en la vía judicial para solucionar conflictos que surgen por responsabilidad médica.

A partir de las encuestas realizadas, se evidencia en gran mayoría por parte de la población de médicos una aceptación total de la conciliación para solucionar sus conflictos, coincidiendo todos en la celeridad de estos procesos por esta vía alterna.

No obstante, en las encuesta aplicadas a personas afectadas por negligencias médicas y/o posibles afectadas que son un 22,2 % se evidencia una inconformidad de un 33,3% con la eficacia de la conciliación para resolver conflictos de este tipo y manifestaron no recomendarla, antes prefieren acudir a instancias judiciales puesto que dan mayor confiabilidad a la decisión de un juez, que garantice la sanción disciplinaria o penal antes que la simple indemnización a la víctima; el otro 66,7% coincidió con la postura de los médicos; está de acuerdo con este medio alterno para garantizar de forma oportuna el acceso a la administración de justicia, considerando dentro de las ventajas la celeridad, la descongestión procesal, la economía procesal y la oportunidad de los intervinientes en el conflicto de dialogar por ellos mismos para llegar a un acuerdo que beneficie a ambos.

Ahora bien, el resultado obtenido de las encuesta aplicadas a abogados dieron como resultado en preguntas como: ¿De acuerdo a su experiencia en el litigio considera usted que las conciliaciones en casos de responsabilidad médica

si son efectivas? y ¿Recomendaría usted acudir a la conciliación para resolver conflictos de responsabilidad médica? que en la primera un 33,3% no son efectivas y un 66,7% si lo son, del mismo modo en la segunda pregunta se obtuvo como respuesta positiva un 75% y el otro 35% de abogados no recomendaría dirimir los conflicto de responsabilidad médica por medio de la conciliación.

Este último porcentaje no considera acudir a este medio por razones de confiabilidad, por la complejidad del asunto dicen algunos y por la rigurosidad que se requiere para la evaluación del material probatorio, además, para esta parte del grupo muy a pesar de la descongestión judicial no es justo asistir a la conciliación, cuando el médico nunca acepta su mal actuar y la compensación no sule los daños causados a la víctima, es decir, no es suficiente y menos justa.

Lo anteriormente observado en las encuestas es muestra de los planteamientos señalados, la congestión de los despachos judiciales aumenta las posibles fallas en la solución del conflicto, aumentando la inseguridad jurídica y dejando sin resolver la vulneración de los derechos de las víctimas, en el caso de los médicos se considera que su aceptación por la conciliación está dada por la forma en que su prestigio y su ejercicio profesional se afecta con este tipo de procesos. Resulta importante la conciliación, pero en mayor medida es importante con este medio alterno para la solución de controversias médicas, invertir en la capacitación de los conciliadores adscritos a centros de conciliación en la formación de temas médicos, esto con el fin de brindar mayor confianza a los afectados en las soluciones dadas.

A pesar de que el Artículo 116 de la Constitución Política establece que el conciliador y el árbitro poseen las facultades de los administradores de justicia y de que la implementación del sistema jurisdiccional alternativo posee abundante sustento legal, no existe un solo centro de conciliación y arbitraje en el País especializado en conflicto médico. (Chinchilla, 2020) La implementación de centros de conciliación especializados, con seguridad procesal, confianza, cumplidor de las normas y con un sistema óptimo para sus usuarios permitiría que las controversias en asuntos de responsabilidad médica, además de brindar

agilidad de los procesos y por consiguiente descongestión en los despachos judiciales, sea cumplidor de las garantías de acceso a una justicia justa.

Conclusiones

A modo de conclusión luego del análisis de los resultados obtenidos por médicos, abogados y personas afectadas por el actuar médico, pero además por el análisis crítico de la temática, se concluye que el asistir a la conciliación es la oportunidad de cambiar la visión de cómo dirimir conflictos, dando valor a la labor de los conciliadores. Esta es una manera de fortalecer la cultura del diálogo, la convivencia pacífica y la justicia oportuna.

Ahora bien, una forma de lograr esto es, actuar con otros criterios no única y exclusivamente jurídicos, sino que se tengan como base principal razones sociales, de solidaridad, comprensión, información, etc., con trámites más sencillos y rápidos (desburocratización), con seguros de amplia cobertura (que permitan indemnizaciones más ágiles y elásticas) y con atención personal de cada caso, en contra de la frialdad de la vía judicial, asumiendo con claridad, exactitud y naturalidad los hechos teniendo en cuenta una asesoría e informe médico. (Hernández et al., 2001)

La existencia de una instancia permanente, de interés público y neutral, que no requiera un pronunciamiento formal de sentencia, sino a través de las alternativas para resolver los conflictos, es una manera de hacer realidad los valores y principios como la paz, la armonía, el orden justo, la convivencia, en los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho. (Sentencia C-037, 1996, como se citó en Chinchilla, 2020)

Como se mencionó al iniciar se continúa considerando que la conciliación juega un papel importante en la solución de controversias, es el medio más factible y de gran eficacia para la solución de conflictos de responsabilidad médica; lo esencial para el cumplimiento de ello es la implementación y fortalecimiento de centros de conciliación altamente capacitados para enfrentar problemas de responsabilidad médica, la exigencia a los abogados conciliadores

una certificación que demuestre su habilidad o conocimiento en este tipo de casos, esto a modo de salvaguardar los intereses de los conflictuados, sus derechos, pero además garantizar la seguridad jurídica y el acceso a una administración de justicia oportuna y eficiente.

Es importante resaltar el papel del conciliador en este tipo de procesos y el compromiso que exige tal labor. Al igual que un juez al conciliador en estos temas de responsabilidad médica le corresponde hacer uso de las herramientas dadas para la correcta evaluación de las pruebas aportadas y de esa forma velar porque el posible acuerdo no viole las garantías de los intervinientes, así mismo el artículo 25 de la ley 640 de 2001 permite que cuando sea necesario el conciliador solicite pruebas para complementar las ya presentadas por las partes estableciendo los fundamentos de hecho y de derecho facilitando el posible acuerdo conciliatorio. (Art 25, ley 640 de 2001)

El conciliador como tercero interviniente y facilitador de un posible acuerdo en la valoración de las pruebas, cuenta con la posibilidad de acudir a la ayuda de peritos, que con mayor seguridad y experiencia en el tema le permita entender la situación al conciliador y el dictamen pericial del experto facilite la aceptación del posible acuerdo, así el conciliador tendrá claridad del daño realmente causado a la presunta víctima, que seguidamente requiere una precisa decisión sobre las formas de reparar los daños, reparación que requiere ser proporcional a ese perjuicio. Resulta importante que el conciliador pueda valorar las pruebas que deseen presentar las partes, esta es una forma de ser consecuente con las soluciones a las que se busca llegar, de esta forma aun cuando son las partes las encargadas de plantear soluciones el conciliador como tercero le compete verificar que ese acuerdo sea proporcional a los daños generados, es decir, con las pruebas se da claridad de la gravedad del caso y cuan necesaria resultaría una reparación o indemnización para la convocante.

La presentación de pruebas ante un conciliador facilita la negociación, Zorrilla (2013), manifiesta que las presentaciones de la prueba en esta oportunidad procesal sirven de vehículo para obtener información relevante que

los intervinientes en otros escenarios ocultarían, sobreestimarían o negarían sin ningún fundamento.

Esta es una forma de motivar mucho más a las personas de acudir a la conciliación, llegar a acuerdos extrajudiciales favorables que atiendan a la necesidad de la persona de forma oportuna, eficaz y confiable; la capacitación de quienes se inscriban como conciliadores es un tema de vital importancia para que el objetivo se cumpla y la administración de justicia no solo funcione en algunos casos y en otros no.

Por último, es fundamental que como sociedad se cambie la idea equívoca de que con la conciliación en todos los campos y específicamente en el aquí mencionado, no se garantiza el cumplimiento de los acuerdos firmados. El papel del conciliador es igual de importante al desempeñado por un juez, con responsabilidades distintas, pero con una muy similar y es la de administrar justicia y velar porque un conflicto sea dirimido dentro lo legalmente establecido, cumpliendo todas las garantías establecidas en la ley.

REFERENCIAS

- Parra Sepúlveda, Darío Andrés. (2014). La Evolución Ético-jurídica De La Responsabilidad Médica. *Acta Bioethica*, 20(2), 207-213. <https://Dx.Doi.Org/10.4067/S1726-569x2014000200008>
- Espinar Ojeda, J. L. (2011). La Medicina En La Antigüedad. *Pasaje A La Ciencia*, (14), 4–15. Recuperado De <https://Www.Pasajealaciencia.Es/2011/Pdf/01-joseluisespinar.Pdf>
- Jaramillo Antillón, J. (2001). Evolución De La Medicina: Pasado, Presente Y Futuro. Recuperado De https://Www.Scielo.Sa.Cr/SciELO.Php?Script=Sci_arttext&Pid=S0001-60022001000300003
- Corte constitucional. Sala sexta. (2018) Sentencia T-158- 18. MP José Fernando Reyes Cuarta. Colombia
- Cabarcas Beltrán, G. H. (2002). La Responsabilidad Civil Médica En Nuestra Legislación Colombiana (Pregrado). Corporación Universitaria De La Costa.
- Toro Vásquez, L. F. (2018). La Conciliación En Responsabilidad Civil Extracontractual, Una Aproximación A Conciliaciones En Responsabilidad Médica. (Pregrado). Universidad Cooperativa De Colombia.
- Ríos Ruiz, A. (2018). La responsabilidad médica en las constituciones de México y Perú. *Ius Comitalis*, 1(2), 133-154. Consultado de <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/10860>
- Hidalgo-salas, Darwin, Ortiz-Pérez, Claudia, Lobatón-flores, Juan, Huamaní-ñahuinlla, Percy, & Mezones -holguín, Edward. (2016). Mecanismos Alternativos Para La Solución De Controversias En El Contexto De Los Derechos En Salud:

Experiencia Peruana Desde El Centro De Conciliación Y Arbitraje De La Superintendencia Nacional De Salud. Revista Peruana De Medicina Experimental Y Salud Publica, 33(3), 567-573. <https://Dx.Doi.Org/10.17843/Rpmesp.2016.333.2300>

Bravo, R. L. A. Lagos, T. D. A. Responsabilidad Médica En Chile: Fallos De La Corte Suprema De Justicia 2017. Int. J. Odontostomat., 13(3):367-373, 2019.

Bustamante-leija, L., Maldonado-Camargo, V., Meljem-moctezuma, J., & Gutiérrez-vega, R. (2013). La Mediación En La Solución De Controversias De Salud. Revista Conamed, 18. <https://www.medigraphic.com/Pdfs/Conamed/Con-2013/Con133f.Pdf>

Cláusula Compromisoria. Su Importancia. (2012). Aadefarm Asociación Argentina De Derecho Farmacéutico. <https://aadefarm.org/Noticias/Val/2844/Clausula-compromisoria-su-importancia.html>

Mera, A. (S.F). Mecanismos Alternativos De Solución De Conflictos En América Latina. Diagnóstico Y Debate En Un Contexto De Reformas. <https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/4093>

Lyons, D. (S.F.) ¿La Conciliación Extrajudicial Convocada De Manera Oficiosa En El Área De La Salud, Garantiza La Administración De Justicia? https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/10600/1/2017_conciliacion_extrajudicial_convocada.pdf

Hernández Moreno, J., Hernández Gil, M.L., & Hernández Gil, A., (2002). Responsabilidad por mal praxis médica: la vía extrajudicial. *Cuadernos de Medicina Forense*, (28), 07-24. Recuperado en 27 de septiembre de 2021, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062002000200002&lng=es&tlng=es.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-117 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa: 13 de febrero de 2008).

Tovar Reyes, S. (2014). Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. *Criterio Jurídico*, 13(1). Recuperado a partir de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/972>

Lafuente Ibáñez, Carmen y Marín Egoscózábal, Ainhoa (2008). Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (64), 5-18. [Fecha de Consulta 24 de septiembre de 2021]. ISSN: 0120-8160. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20612981002>

Metodología de la investigación- Cuarta edición (s.f). Recuperado de https://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portallG/home_158/recursos/e-books/16062015/metodologia.pdf

Chinchilla Oñate, C., & Steele Garza, J. G. (2020). Reflexiones en torno a la necesidad de fortalecer la cultura de la conciliación y el arbitraje médico en Colombia. *Justicia*, 25(38), 13-24. <https://doi.org/10.17081/just.25.38.4366>

Rodríguez Márquez, d., (2021). Implementación de conciliación médica como herramienta para evitar demandas en la vía judicial coadyuvando a la mejora de calidad la seguridad social gestión 2021. <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/25048/TE-1705.pdf?sequence=1&isAllowed=y>