

**DESCRIPCION Y ANALISIS DEL SUSTENTO JURIDICO EN PROCESOS
DE RESPONSABILIDAD CIVIL ADELANTADOS CONTRA
PROFESIONALES DE LA SALUD AFILIADOS A LA SCARE-FEPASDE
ENTRE 2002 – 2006**

**DOCUMENTO FINAL DE TESIS
REQUISITO PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO**

PROFESOR SAMUEL YONG

DIRECTOR

MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO

AUTORA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERCHO

BOGOTA

JUNIO DE 2009

TABLA DE CONTENIDO

- I. Resumen
- 0. Introducción
- 1 Marco Teórico
 - 1.1 Definición
 - 1.2 Tipos de responsabilidad
 - 1.2.1 Responsabilidad civil contractual
 - 1.2.2 Responsabilidad civil extracontractual
 - 1.3 Elementos de la responsabilidad médica
 - 1.3.1 Hecho
 - 1.3.2 Daño
 - 1.3.3 Nexo de causalidad
 - 1.3.4 Culpa
 - 1.4 Aspectos procesales relacionados con la responsabilidad médica
 - 1.4.1 Naturaleza del proceso
 - 1.4.2 Competencia
 - 1.4.3 Prescripción de la acción
 - 1.4.4 Del procedimiento ordinario
- 2. Aspectos metodológicos
 - 2.1 Objetivos
 - 2.1.1 Objetivo general
 - 2.1.2 Objetivos específicos
 - 2.2 Tipo de estudio
 - 2.3 Población de referencia y muestra
 - 2.3.1 Universo de estudio
 - 2.3.2 Unidad de la investigación
 - 2.3.3 Población

- 2.4 Variables
- 2.5 Técnica de recolección de la información
- 2.6 Materiales y métodos
- 2.7 Aspectos estadísticos y plan de análisis
- 2.8 Aspectos éticos
- 2.9 Presupuesto
- 3. Resultados
 - 3.1 Características sociodemográficas
 - 3.1.1 Afectado
 - 3.1.2 Demandante
 - 3.1.3 Demandado
 - 3.2 Características jurídicas de los casos
 - 3.3 Elementos de la responsabilidad encontrados
 - 3.4 Resultados del proceso
 - 3.4.1 Evolución de las sentencias que se apelaron a segunda instancia
 - 3.4.2 Relación entre los elementos de la responsabilidad verificados por el juez, las condenas y las absoluciones
 - 3.4.3 Causales de exoneración
 - 3.5 Duración del proceso
 - 3.6 Riesgo de la asesoría jurídica
 - 3.7 Riesgo de la asesoría científica
- 4. Discusión
 - 4.1 En relación con los resultados
 - 4.1.1 Características sociodemográficas
 - 4.1.2 Fuentes de la responsabilidad
 - 4.1.3 Argumentación jurídica de los casos
 - 4.1.4 Terminación de los procesos
 - 4.1.5 Duración del proceso
 - 4.2 En relación con las limitaciones del estudio
 - 4.2.1 Desde el punto de vista dogmático

4.2.2 Desde el punto de vista operativo

4.2.3 Recomendaciones

5. Conclusiones

6. Referencias

7. Apéndices

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Relación entre los elementos de la responsabilidad argumentados en la demanda, en la contestación de la demanda y la terminación del proceso en la audiencia de conciliación del artículo 101

Tabla 2. Relación entre los elementos de la responsabilidad verificados por el juez y las absoluciones y las condenas de primera instancia

Tabla 3. Cuadro comparativo entre las causales de exoneración propuestas en la contestación de la demanda y las aceptadas por el juez a la hora de proferir sentencia

Tabla 4. Relación entre el riesgo de la asesoría jurídica, el riesgo de la asesoría científica y el fallo proferido por el juez

INDICE DE FIGURAS

Figura 1. Edad del afectado al momento de los hechos

Figura 2. Edad del demandante

Figura 3. Especialidad demandada

Figura 4. Fuente de responsabilidad invocada en la demanda

Figura 5. Elementos de la responsabilidad encontrados en las demandas

Figura 6. Elementos de la responsabilidad en la argumentación del demandado

Figura 7. Causales de exoneración invocadas en la argumentación del demandado

Figura 8. Excepciones propuestas

Figura 9. Casos con medios de defensa poco frecuentes

Figura 10. Resultados de los procesos en primera instancia

Figura 11. Condenas

Figura 12. Absoluciones

Figura 13. Casos que optaron por un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (M.A.S.C.)

Figura 14. Procesos que no terminaron con sentencia ni con un MASC

Figura 15. Elementos de la responsabilidad verificados por el juez en relación con las condenas de primera instancia

Figura 16. Elementos de la responsabilidad verificados por el juez en relación con las absoluciones de primera instancia

Figura 17. Relación de los elementos verificados por el juez en condenas de primera instancia que terminaron con absolución

en segunda instancia.

Figura 18. Causales de exoneración aceptadas por el juez

Figura 19. Tiempo de duración del proceso

Figura 20. Resultado riesgo asesoría jurídica

Figura 21. Relación riesgo de asesoría jurídica con condenas

Figura 22. Calificación del riesgo de asesoría científica

Figura 23. Relación riesgo de asesoría científica – condenas

Figura 24. Relación especialidad – condenas en primera instancia

Figura 25. Relación especialidad – condenas de segunda instancia

INDICE DE APENDICES

- Apéndice A. Evolución jurisprudencial en Colombia
- Apéndice B. Acuerdo de confidencialidad
- Apéndice C. Presupuesto
- Apéndice D. Operacionalización de variables
- Apéndice E. Instrumento de recolección de datos

**DESCRIPCION Y ANALISIS DEL SUSTENTO JURIDICO EN PROCESOS
DE RESPONSABILIDAD CIVIL ADELANTADOS CONTRA
PROFESIONALES DE LA SALUD AFILIADOS A LA SCARE-FEPASDE
ENTRE 2002 – 2006**

**Caro, M.¹
Universidad Santo Tomás**

RESUMEN

Dado el creciente numero de procesos en general, y en particular de demandas civiles originadas en los conflictos por responsabilidad médica, es de vital importancia conocer y describir el contexto en el que se presentan las demandas, los motivos por los cuales se dan, y, sobre todo, la posibilidad de intervenir en esta situación para beneficio de los usuarios y los proveedores de atención en salud.

Para analizar esta situación, se realizó en este trabajo un estudio de campo evaluando la totalidad de las demandas civiles presentadas contra profesionales de la salud afiliados a FEPASDE – SCARE (Fondo especial para el Auxilio Solidario de Demandas – Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación) en un periodo de tiempo de cinco años, describiendo los argumentos presentados por las partes, los argumentos aceptados por el juez y los resultados de los procesos contra los profesionales de la salud.

Palabras Clave: Responsabilidad civil, profesionales de la salud, demanda civil.

¹ Médico Cirujano Universidad del Rosario. Aspirante al título de abogado. Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás

**DESCRIPTION AND ANALYSIS OF LEGAL SUPPORT IN ADVANCE
PROCESSES OF LIABILITY AGAINST HEALTH PROFESSIONALS
AFFILIATED TO SCARE-FEPASDE BETWEEN 2002 - 2006**

Caro, M.²
Universidad Santo Tomás

ABSTRACT

Given the increasing number of processes in general and in particular of civil claims arising from conflicts over medical liability, it is vital to understand and describe the context in which claims are presented, the reasons given, and above all, the possibility of intervening in this situation for the benefit of users and providers of health care

To analyze this situation, this work was carried out in a field study evaluating the totality of the civil suits filed against health care professionals affiliated with FEPASDE - SCARE (Special Fund for Solidarity Aid Claims - Colombian Society of Anesthesiology and Resuscitation) in a period of five years, describing the arguments presented by the parties, the arguments accepted by the judge and the outcome of the proceedings against health professionals.

Keywords: Liability, health professionals, civil suit

² Physician. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, Colombia. Candidate for certification as a lawyer. Faculty of Law, Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia

0. INTRODUCCION

La creciente judicialización de los actos médicos que se ha presentado en los últimos años requiere estudio y búsqueda de soluciones. Los procesos por responsabilidad contra profesionales de la salud generan gran desgaste tanto para el profesional, como para el usuario del sistema de salud, para el aparato judicial y en general para la sociedad. Además, de manera indirecta, este fenómeno aumenta los costos de los servicios de atención en salud y sobre todo, empobrece la relación médico-paciente, desviándola de su objetivo principal, que es la búsqueda de soluciones al problema de salud de los usuarios.

Dado el gran numero de procesos en general, y en particular de demandas civiles originadas en los conflictos por responsabilidad médica, es de vital importancia conocer y describir el contexto en el que se presentan las demandas, los motivos por los cuales se dan, y, sobre todo, la posibilidad de intervenir en esta situación para beneficio de los usuarios y los proveedores de atención en salud.

El presente trabajo pretende ser de interés tanto para profesionales del derecho como para profesionales del área de la salud. Contempla dos aspectos: el primero se desarrolla en el capítulo 1 y consiste en un resumen de los elementos teóricos más importantes en relación con el tema de la

responsabilidad civil de los profesionales de la salud, analizando los elementos estructurales de la misma y algunas cuestiones procesales; el segundo aspecto se desarrolla en los capítulos 2, 3 y 4, y consiste en la presentación de un estudio de campo en el que se describen y analizan las demandas civiles adelantadas contra profesionales de la salud afiliados a una entidad privada (FEPASDE – SCARE: Fondo especial para el Auxilio Solidario de Demandas – Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación¹), verificando el tipo de argumentación jurídica empleada por las partes, la manera en que dicha argumentación fue utilizada y la forma en que terminaron los diferentes procesos.

El propósito del trabajo es divulgar la forma como se vienen estructurando las demandas contra profesionales de la salud, establecer qué tan pertinentes fueron los procesos, y considerar posibles soluciones alternas a la vía jurisdiccional para la solución de los conflictos entre pacientes y profesionales de la salud.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. Definición

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española (2000), la palabra responsabilidad hace referencia a la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente

En Derecho, el concepto de *responsabilidad* se entiende como la obligación de asumir las consecuencias de un acto, de un hecho o de una conducta. Es un término de relación por cuanto se es responsable respecto de alguien y quien ejecute determinado hecho o conducta asume las consecuencias que se tienen previstas ante otra persona.

Aplicar este concepto a la responsabilidad del profesional de la salud, permite inferir que este profesional tiene la obligación de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios, cometidos en el ejercicio de su profesión.

El tema de la responsabilidad de los profesionales de la salud ha existido y se ha exigido desde siempre. Por ello la responsabilidad encuentra su fundamento legal en la necesidad jurídica y social de que todo profesional de

la salud responda ante las autoridades por los daños y perjuicios ocasionados por las faltas cometidas en su ejercicio profesional, ya sea desde el punto de vista penal, civil, ético, disciplinario, etc.

De acuerdo con los intereses lesionados, nace el tipo de responsabilidad. Como todos los profesionales, a los del sector salud, que incluye médicos generales y de todas las especialidades, enfermeras, odontólogos y demás personas que trabajan en esta área se les puede deducir responsabilidad profesional en sus modalidades de responsabilidad ética, penal y civil, que los obliga a asumir las consecuencias previstas para cada una de ellas.

El tema que nos ocupa en esta tesis, se refiere directamente a la responsabilidad civil, entendida esta como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, una conducta o un hecho y como la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros. De acuerdo con el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo “este comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito o la violación del deber general de prudencia” (Tamayo, 2007, p. 8)

Sobre el concepto de responsabilidad civil se han intentado varias propuestas: Para los hermanos Mazeaud (1960), citados por Serrano, (2000) “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”. Alessandri (1981), citado por el mismo autor, la define diciendo que “es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” y Bustamante Alsina (1986) la define como “un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado”.

Un nuevo concepto de responsabilidad civil o responsabilidad por daños, es el expuesto en su libro por el doctor Serrano (2000) quien afirma que:

Es la obligación que pesa sobre una persona de reparar los daños que infringió a otra, de restablecer el equilibrio jurídico patrimonial y extrapatrimonial del que recibió el daño, y que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Obligación que igualmente implica la valoración jurídica por parte de un juez, que tiene que precisar si una persona con su actuar ha menoscabado a otra, y el efecto que esta actuación produce en la esfera jurídica del que ha recibido la disminución o deterioro de su situación, así como la determinación (sic) si el daño está o no justificado en el ordenamiento jurídico. Obligación que se impone al causante del daño mediante la declaración de responsabilidad, que no debe ser entendida como un juicio de reproche a la conducta del causante por haber violado el deber general de cuidado consagrado en la ley, sino como un juicio de

restablecimiento del equilibrio roto con la actuación del agente, que busca restituir al afectado en su condición anterior. (p. 20)

1.2. Tipos de responsabilidad

La responsabilidad civil de los profesionales de la salud puede manifestarse ya sea de manera contractual o extracontractual.

1.2.1. Responsabilidad civil contractual

Es la responsabilidad que surge como consecuencia de la violación de una relación jurídica anterior, denominada contrato, celebrada entre dos personas, una de las cuales asumió la calidad de deudor (quien incumple el contrato) frente a la otra que es el acreedor.

La responsabilidad civil médica contractual es la obligación de reparar los perjuicios causados como consecuencia de la violación al contrato de asistencia médica.

Definición de contrato médico:

Es el negocio jurídico mediante el cual el médico se compromete a tratar al paciente a cambio de una remuneración, y el paciente a seguir las indicaciones prescritas por el profesional de la salud. La contraprestación económica se establece como regla general, pero la atención puede ser

gratuita por voluntad del profesional, sin que se desdibuje la obligación contractual, que surge del consentimiento de las partes

Características del contrato médico:

De acuerdo con Serrano (2000, p.85), las características del contrato médico incluyen:

- Partes: de un lado el médico y de otro la persona que solicita la prestación médica, sea esta el paciente, o una tercera persona natural o jurídica, que en este último caso puede ser una entidad privada o pública. Presupone que las partes celebren un contrato válido de acuerdo con los requisitos generales del artículo 1502 del Código Civil (2005).
- Capacidad: de acuerdo a los artículos 1503 y 1504 del Código Civil (2005)
- Consentimiento: de acuerdo con lo señalado en los artículos 1500 y 1502 del mismo Código. Por regla general el contrato médico es consensual ya que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Cuando el paciente es un incapaz por minoría de edad, o esté en estado de inconciencia o enajenado mentalmente, el médico necesita para su intervención de la autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata. Así lo señala el artículo 14 de la ley 23 de 1981, sin que deslinde cada caso en particular, por lo que se deben aplicar las

disposiciones generales que sobre representación, tutelas o curatelas, trae nuestra legislación civil.

- Objeto: se refiere al contenido de la obligación que para el médico es la prestación de un servicio de asistencia médica, que le obliga a desplegar en pro de su cliente los conocimientos y adelantos de la ciencia médica, ejercidos en forma diligente y técnicamente apropiados, velando solícitamente por la salud del paciente; y para este último consiste en reconocerle al médico los honorarios convenidos, los cuales según el artículo 22 de la ley 23 de 1981 serán fijados por el médico “de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de los actos que le corresponda cumplir, teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente”.
- Causa: La causa que origina el contrato de asistencia médica en el paciente es su anhelo de bienestar tanto físico como psíquico; y para el médico la causa primera es cumplir con los preceptos ético-sociales de su profesión; buscar la salud integral de sus pacientes, y como profesional que es, que se le reconozca su trabajo mediante el pago de honorarios.

Formalidades del contrato médico:

De acuerdo a las diferentes clasificaciones establecidas en la doctrina para los contratos (Ospina Fernández, Ospina Acosta, 2005) entre las formalidades del contrato médico se destaca que:

- Es consensual: verbal o escrito, porque se perfecciona con la sola manifestación de voluntad libre y espontánea de las partes.
- Es intuitu persona: ya que el paciente escoge un médico en razón de la confianza que este le inspira.
- Es bilateral: ya que crea obligaciones recíprocas.
- Es oneroso: por regla general, ya que el médico por sus servicios tiene derecho al reconocimiento de honorarios.
- Es continuo: porque el servicio se presta en un tiempo más o menos largo
- Es civil: ya que el numeral 5 del artículo 23 del Código del Comercio, excluye como mercantiles la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.

Elementos del contrato médico:

Como cualquier contrato, tiene:

- Elementos esenciales: son de la esencia del contrato; por una parte; la asistencia médica y por otra parte la obligación del paciente de cumplir las indicaciones prescritas por el médico.

- Elementos naturales: incluyen todos los cuidados que debe proporcionar el profesional sin necesidad de cláusula especial² y la remuneración por el servicio.
- Elementos accidentales: incluyen los cuidados especiales que deba prestarle al paciente y toda otra estipulación por fuera de las obligaciones normales inherentes al contrato médico³.

Elementos de la responsabilidad civil médica contractual:

Para que se configure la responsabilidad civil médica contractual se requiere:

- Un contrato de prestación de servicios médicos: DEBE existir un contrato, ya sea verbal o escrito celebrado entre el médico y la persona que solicita la prestación médica⁴.
- Un incumplimiento contractual por parte del médico: dado por inejecución del contrato médico⁵ o un cumplimiento defectuoso de la obligación contractual por parte del médico, por ejemplo cuando la actuación del médico no corresponde con el deber al que se comprometió previamente en el contrato⁶.
- Un perjuicio ocasionado a la víctima, como consecuencia o con ocasión de ese incumplimiento.

Además de los elementos que hacen parte de la responsabilidad civil médica contractual explicada anteriormente, es importante anotar con

respecto a esta relación contractual que debe existir una relación de causalidad entre el acto médico y el daño.

Serrano (2000) afirma que:

Se ha considerado que el acto médico está destinado a intervenir entre la patología, que introduce el paciente, y el desarrollo normal y ordinario de esta, para tratar de variar este resultado. De esta manera, para que haya responsabilidad médica, el médico debe ser la causa de un daño, que va mucho más allá del riesgo terapéutico o quirúrgico. Es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquella conducta médica, la cual obra como causa eficiente en la producción del perjuicio y presupone dos condiciones: en primer lugar la conducta médica debe ser la causa próxima, que no quiere decir que sea la causa última en el orden cronológico, sino que no se deben tener en cuenta en la producción del daño los actos, hechos o causas que han obrado en forma remota, como sería el caso de la droga prescrita cuyo tratamiento no es cumplido por el paciente. Además, la conducta médica debe ser determinante del daño, que es cuando debido a la actuación médica se ha contribuido en un mayor grado a la producción del resultado, de tal manera que si no hubiera sido por ese actuar, el daño no se hubiese ocasionado. (p. 137)

1.2.2. Responsabilidad civil médica extracontractual

De acuerdo con Serrano (2000):

Es la responsabilidad que nace por la violación del deber general de cuidado establecido en la ley, y específicamente cuando no existiendo acuerdo de voluntades con el paciente o sus interesados para la prestación del servicio médico, se viola el deber de asistencia consagrado en la ley y en los códigos de ética médica, como cuando se da la atención unilateral del médico en caso de urgencias a personas que llegan en estado de inconciencia y se le ocasiona un daño, por apartarse del deber que le impone la ética y las normas de la profesión médica (p. 145)

Algunos tratadistas afirman que este tipo de responsabilidad aplica a los casos en los cuales no ha habido acuerdo o contrato y el profesional debe atender al paciente por las circunstancias especiales en que se encuentra, estado de inconciencia, por ejemplo en casos de emergencia o porque está actuando en nombre y representación de la institución pública o privada a la cual se encuentra vinculado como las EPS⁷ o las IPS⁸ o compañías de medicina prepagada, casos en los cuales el contrato o relación contractual se entiende celebrado con la institución y no con el profesional. (Serrano 2000, p 472)

En relación con este punto nuestra Honorable Corte afirma que en los casos en los cuales está de por medio una institución en salud, la responsabilidad es de tipo contractual solidaria (Colombia, Corte Suprema de Justicia. 2002, septiembre)

Hoy por hoy, la opinión común no controvierte la idea de que la relación jurídica entre el médico y el paciente tiene sus raíces en un negocio jurídico de estirpe contractual, entendida la expresión “contrato” como un legítimo instrumento que en la sociedad contemporánea, está llamado a regular y gobernar la prestación de un servicio de irrestrictos beneficios individuales y colectivos (Jaramillo, 2006)

Con todo, ello no excluye que en determinadas hipótesis la responsabilidad galénica se torne extracontractual, *v.gr.* cuando el facultativo, en guarda de preservar responsablemente la vida de una persona –fiel a la *lex artis*- lo interviene en estado de absoluta inconciencia, hecho que impide la floración del consentimiento negocial, detonante de cualquier contrato.

La responsabilidad extracontractual médica aparece esbozada en el artículo 5 de la ley 23 de 1981 que establece los tipos de vinculación con el médico.

1.3. Elementos de la responsabilidad civil médica

Para que se configure este tipo de responsabilidad es necesario que se presenten los siguientes elementos:

1.3.1. El hecho

De acuerdo con Tamayo (2007, p 188) en la responsabilidad civil es esencial que haya un comportamiento mediato o inmediato del responsable. Sin que haya una conducta activa u omisiva de por medio, la responsabilidad civil es impensable. La conducta es activa cuando el agente con su propio comportamiento produce todos los mecanismos físicos necesarios para que la mutación del mundo exterior se produzca. La omisión se verifica cuando por medio de una abstención, se evita dicha modificación.

El hecho no debe entenderse solamente como la conducta del médico, pues igualmente puede referirse a hechos cometidos con equipos utilizados para la asistencia médica o realizados por el personal paramédico y no es necesario que se trate de un hecho ilícito, porque puede originarse también en un hecho lícito culposo que produce un daño

1.3.2. Daño

De acuerdo con Martínez Ravé (2003), el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que se afecte un interés lícito del ofendido para que exista daño.

La terminología jurídica confunde a veces daño y perjuicio, pretendiendo entender, por el primero, el menoscabo de un interés cualquiera, y por el segundo, la lesión de un interés jurídicamente protegido, es decir, de un derecho reconocido y protegido por las normas positivas. Para otros, el daño es el impacto físico o material, que modifica una situación anterior, y el perjuicio, las consecuencias de ese impacto en el tiempo.

Pero el menoscabo o lesión de un interés debe ser referido a algo concreto. Generalmente a un bien o beneficio que se destruye, deteriora o modifica. Los tratadistas exigen que el daño, para que sea apreciado como elemento indispensable de la responsabilidad civil y genere obligación de indemnizar, debe ser cierto y subsistente. La certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. Es la certidumbre sobre el mismo. Por tanto, el concepto está referido a su existencia y no a su monto o actualidad. En relación con la subsistencia del daño vale la pena aclarar que el término es equívoco y da lugar a diferentes interpretaciones, pero en esencia debe

interpretarse como pendiente de indemnización, de pago, en el momento del fallo y no como existencia física o material. Si el daño es pasado, presente o futuro en el momento de la demanda, pero ha sido pagada su indemnización en el momento del fallo, ya no subsiste para efectos indemnizatorios aunque físicamente la lesión esté vigente.

Por daño civilmente indemnizable entendemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Este daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima. El daño o perjuicio se refiere en este caso al lesionamiento de los bienes jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales causados antijurídicamente por el médico en la persona del paciente. Para que sea reparable debe reunir ciertas características generales: no basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar la reparación. La acción está subordinada al lleno de unos requisitos. Estas limitaciones están determinadas no solo en consideración al perjuicio mismo, sino a la calidad jurídica de las personas que lo sufren. En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, este debe ser cierto, y la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propia integridad o no fuera su propia integridad la que se vio lesionada; finalmente, el beneficio moral o económico que se ve disminuido o

suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación (Tamayo, 2007, T II p. 335).

Clases de daños:

En Colombia, los perjuicios se dividen en materiales e inmateriales; los primeros son aquellos que son susceptibles de apreciación en dinero pues recaen sobre bienes corporales, hacen parte del campo objetivo y por tal razón es fácil encontrar un valor de reemplazo casi exacto al valor del daño sufrido por la víctima; por el contrario, los perjuicios inmateriales son meramente subjetivos y por tal razón existe una gran dificultad para su tasación, su naturaleza no es económica y por tal razón no se habla de restitución del daño sino de compensación, pues los bienes sobre los que recae este tipo de daño están fuera del comercio, siendo así imposible otorgarles un valor económico exacto sin caer en la arbitrariedad.

Los perjuicios materiales:

Son aquellos que causan un detrimento en el patrimonio económico de la persona y que por tal razón son apreciables en dinero. Por eso se conocen también como perjuicios patrimoniales. Se manifiestan de dos formas específicas referidas en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil como daño emergente y lucro cesante.

- Daño emergente: es el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado; la disminución específica, concreta, real y

cierta de su patrimonio. Este daño está integrado por todos los gastos en que incurrió la víctima por causa del hecho generador del perjuicio. Lo conforman las sumas de dinero que salen del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias o efectos del daño. La legitimación para reclamar la indemnización por este concepto está en cabeza de la persona natural o jurídica que sufragó los gastos. Este daño puede ser considerado como pasado, presente o futuro dependiendo del momento en que se hagan o se deban llevar a cabo las erogaciones respecto de la valoración que en su momento haga el juez

- Lucro cesante: conforme al artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante es toda ganancia o beneficio que deja de reportarse como consecuencia del incumplimiento de una obligación, de su cumplimiento imperfecto o extemporáneo. Es la frustración, privación o falta de un aumento patrimonial como consecuencia del daño. La falta de rendimiento, de productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos, como consecuencia de los hechos dañosos, conforman el lucro cesante. Se presenta lucro cesante cuando un bien económico que conforme al curso normal de los acontecimientos debía ingresar al patrimonio de una persona no lo hizo a causa del hecho dañoso. El lucro cesante no puede equipararse al daño futuro puesto que este puede ser futuro al momento de la ocurrencia de los hechos, pero puede ostentar también la calidad de presente o pasado

según el momento en el que sea proferida la sentencia, razón por la cual la jurisprudencia civil hace referencia al lucro cesante consolidado (pérdida de la ganancia que alguien experimenta a partir de la ocurrencia del hecho dañoso) y lucro cesante futuro (pérdida que se produce entre la fecha del fallo y la fecha en que la obligación de indemnizar se extingue).

Los perjuicios inmateriales:

Este tipo de perjuicios afecta bienes incorporales, que hacen parte del ser de la persona en su aspecto más íntimo y por lo tanto deben gozar de protección legal. En este caso no se podría hablar de reparación del perjuicio o daño, puesto que generalmente son bienes que por su naturaleza están fuera del comercio y de esta manera lo pertinente es hablar de compensación. El daño inmaterial es autónomo del daño al patrimonio, pues puede configurarse sin que concurra desmedro económico alguno; del mismo modo, el acaecimiento de un daño patrimonial no implica una lesión a las afecciones legítimas de la persona.

Según Felipe Navia Arroyo (2000):

La imposibilidad de encontrar un patrón o medida para establecer el valor del daño, pues los bienes protegidos, que no son otros que los derechos de la personalidad, están por fuera del comercio, fue el gran obstáculo para admitir la responsabilidad por el daño moral, y no son

pocos los autores, aún contemporáneos, y las legislaciones, que consideran que cuando se está frente a una de estas situaciones, la reacción del ordenamiento debe ser limitada, por lo cual bastaría una condena “simbólica”, simplemente como una afirmación del derecho violado; o la imposición de una pena privada; o la de una pena accesoria cuando el daño resulta de la comisión de un delito penal, pues se dice, es profundamente inmoral fijarle un valor pecuniario a los sentimientos o a los afectos (p. 16)

Los daños inmateriales están compuestos por el daño moral y por el perjuicio fisiológico o a la vida de relación.

- El perjuicio moral es aquel que afecta a la persona en su esfera más íntima, por lo que probar su acaecimiento es difícil y aún más su tasación, dado que está compuesto por sentimientos y es imposible medir el dolor, la angustia o la depresión de un ser humano. Este tipo de daño está localizado en la zona de mayor intimidad de la víctima, la de los sentimientos, afectos y dolor, de tal manera que se hace imposible determinar su valor para un tercero, pues dada su naturaleza subjetiva, no es mesurable objetivamente. En principio, tan solo quien padece una afección de éste tipo podría determinar su veracidad, intensidad y valor. El daño moral se configura con la violación de los derechos que protegen la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del

espíritu, la privacidad, la libertad individual, la integridad física y las afecciones legítimas como el honor, la honra y los sagrados afectos. Puede recaer sobre la persona afectada directamente así como también sobre familiares o terceros con legítimos derechos. El resarcimiento de este daño no tiene por objeto volver las cosas a su estado anterior, puesto que es imposible entregar bienes o valores similares al perdido; lo que se busca es compensar a la víctima por el dolor padecido, haciendo de esta manera más llevadera su pena y atenuando el sufrimiento y las limitaciones que debe soportar el afectado.

- El perjuicio fisiológico, aunque hace parte de los daños inmateriales, tiene manifestaciones externas. En el no se mide el sentir de la víctima si no el hecho de que sus condiciones de vida se vean afectadas por la lesión. Se busca mediante su compensación que el daño inferido a la víctima no haga más gravosa su situación con respecto a la de las demás personas. El perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación es aquel que altera las condiciones normales de la vida de una persona. Todo ser humano tiene gustos y preferencias que en lo personal lo llenan de alegría y satisfacción. Pero en él también se tienen en cuenta eventos rutinarios de la vida de las personas, donde no necesariamente media el placer, y en los cuales la víctima se ha visto seriamente afectada para llevarlos

a cabo. De esta manera se puede ver que el daño a la vida de relación puede presentarse en casos diferentes a los que presenten imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, así como también puede ser padecido por personas que no lo sufran directamente pero que estén vinculados estrechamente con la víctima.

1.3.3. Nexo de causalidad.

Es la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil, porque el daño no puede imputarse sino a quien ejecutó el hecho.

Tamayo et al. (1993, p 146) afirman que el vínculo causal existe cuando han mediado actos positivos del médico que provocaron daños corporales al paciente. Pero ese vínculo no existe solamente en casos supuestos sino también cuando una omisión del médico o la no aplicación del tratamiento debido, priva al enfermo de una manera cierta, de la posibilidad de curación que razonablemente tenía derecho a esperar. Además, por aplicación de las reglas generales de la causalidad, se ha afirmado que una causa mediata – consecuencia previsible resultante de la conexión de un hecho con otro acontecimiento distinto- puede ser suficiente para responsabilizar al médico

si su proceder culposo pudiese prever como posible la consecuencia perjudicial de la cual aquella fue condición necesaria.

La doctrina y la jurisprudencia civil han establecido que el nexo de causalidad se interrumpe, se rompe, cuando se dan tres fenómenos que se han identificado con el término causa ajena o causa extraña, es decir, causa no imputable al presunto responsable: a) hecho de la víctima; b) fuerza mayor; c) hecho de un tercero.

1.3.4. La culpa.

Es un factor subjetivo que pretende establecer una relación entre el hecho y la voluntad o querer del presunto responsable. El factor subjetivo de la culpa en la responsabilidad de los profesionales de la salud ha dado origen a muchas posiciones jurídicas.

De acuerdo con Martínez Ravé (2003):

Se ha considerado la culpa médica como un error de conducta que no cometería un profesional prudente, diligente, colocado en las mismas condiciones externas del causante del daño. La conducta culposa de un profesional de la medicina será aquella que desconozca las pautas éticas o las de la ciencia médica que regulan su actividad médica y ocasionan un daño. Su mayor dificultad resulta de establecer a quien

le corresponde probar, esto es, si al profesional le corresponde establecer que actuó con diligencia y cuidado, o al paciente demostrar que su médico actuó con imprudencia, negligencia, impericia o un error de conducta (p. 483)

Formas de faltas médicas como causas generadoras de la culpa en la responsabilidad civil:

Impericia:

La impericia es la falta total o parcial de pericia, entendiendo por ésta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina (Tamayo, Martínez, Castaño, Ghersi, Vásquez, Jaramillo, Molina, Fernández, Vélez, Suárez, 1993, p. 166).

De acuerdo con el tratadista Rafael Aguiar (2001), “es la falta de conocimientos calificados. La posesión de un título universitario acredita a una persona como profesional médico y esto hace presuponer la capacidad del profesional. Sin embargo, debido al gran desarrollo de la medicina como ciencia dinámica, hace falta que el médico posea un entrenamiento especial en el área a la cual se dedica” (p. 302).

Se presenta cuando el médico realiza su actuación profesional sin el conocimiento, la habilidad o la capacidad profesional requerida para realizar

un tratamiento o intervención adecuada. La pericia comporta así un aspecto cognoscitivo, y un aspecto de habilidad.

Concretamente se puede manifestar:

- Cuando el daño se presenta por una falta de preparación o de conocimientos, en el área específica en que actúa el profesional.
- Por el desconocimiento de las normas de la *lex artis* que resultan de los protocolos y demás documentos que recogen las experiencias en los correspondientes procedimientos de quienes han intervenido en ellos.
- Por el error que no cometería un profesional de la medicina en el momento del diagnóstico debido a una equivocada apreciación de los síntomas o manifestaciones del trastorno de salud.
- Por el error que no cometería un profesional de la medicina prudente en el tratamiento dispuesto para el paciente. (Martínez, 2003, p. 484)

Imprudencia.

Tamayo et al. (1993) afirman que la imprudencia es la falta de prudencia; es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja.

Consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. (Guzman, 1995, p.170)

Se da cuando el galeno adopta una actitud profesional injustificadamente apresurada, o carente del juicio previo y necesario que se requiere para prever los resultados del acto médico. La prudencia debe ser una de las virtudes médicas, pues es necesario que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado.

Concretamente se manifiesta por:

- Utilizar métodos en experimentación o no reconocidos y aprobados científicamente por las entidades oficiales, profesionales o académicas correspondientes.
- Utilizar drogas no certificadas por los organismos oficiales: usar equipos no garantizados en su calidad y funcionalidad, o que se hallen en mal estado o deteriorados.
- Disponer o someter al paciente a tratamientos riesgosos, no necesarios, no justificados o peligrosos.
- Hacer un diagnóstico equivocado por no haber utilizado u ordenado los exámenes previos o la interconsulta con otros colegas o profesionales.
- Intervenir bajo los efectos del licor o droga que origine dependencia física o psíquica o no estar en condiciones que le permitan actuar con toda lucidez y en pleno uso de sus facultades.
- Ordenar un tratamiento terapéutico sin tener en cuenta las condiciones físicas o psíquicas específicas del paciente (Martínez, 2003, p. 485)

Negligencia.

Es la omisión más o menos voluntaria, pero siempre conciente, de la diligencia. De acuerdo con el tratadista Rafael Aguiar (2001) es básicamente el no hacer, el dejar de hacer algo debido “culpa por omisión o culpa in omitiendo” y el no hacerlo con esmero, cuidado y celo. (p. 293)

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. (Guzmán, 1995, p.169)

Puede darse por:

- No atender oportunamente al paciente sin ninguna causa válida y justa, como cuando se alega falta de documentos, órdenes o cualquier formalismo parecido.
- No informarse o enterarse de la real situación del paciente por no leer detenidamente la historia clínica y demás documentos relacionados con los antecedentes de su salud, sus limitaciones, alergias, tratamientos, etc.
- Dejar cuerpos extraños en el organismo del paciente cuando se realizan actos quirúrgicos
- Utilizar equipos, instrumentos o demás elementos conociendo su deficiencia, deterioro, etc.

- No aplicar, pudiendo hacerlo, vacunas y métodos preventivos que pudieran evitar consecuencias dañinas en la vida o salud de los pacientes.
- No informar al paciente, de forma sencilla y comprensible, el estado real y cierto de su salud y los riesgos que puede correr si no actúa.
- No obtener de manera oportuna el consentimiento informado del paciente para el tratamiento que disponga, haciéndole conocer con claridad y sencillez los riesgos que puede sufrir (Martínez, 2003, p. 486)

Inobservancia de órdenes y reglamentos.

Existen aparte de las leyes, una serie de normativas que en forma de órdenes, reglamentos, ordenanzas, etc., también obligan al médico en el desempeño de su actividad profesional y las cuales deben ser obedecidas en todo momento.

Según Rafael Aguiar (2001):

En el campo del ejercicio profesional médico, estas disposiciones pueden ser dictadas por autoridades públicas a través de leyes, órdenes, códigos o normativas o al contrario, estar dispuestas por particulares pertenecientes a las instituciones dispensadoras de salud

y que son tendientes a llenar ciertas lagunas de la ley y cubrir campos especialísimos que en dichas leyes no son contemplados. (p. 305)

Esta circunstancia se presenta por:

- No tener el título profesional que lo faculta o autoriza para ejercer la actividad médica.
- Utilizar o formular drogas o medicamentos prohibidos por las autoridades públicas, académicas o científicas.
- Utilización o recomendación de procedimientos quirúrgicos o terapéuticos prohibidos por disposiciones legales o por autoridades académicas o científicas (Martínez, 2003, p. 486)

La prueba de la culpa:

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse responsabilidad civil. Pero según el caso, la carga de la prueba será distinta: en un contrato que contenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera “responsabilidad objetiva”. Así, si el médico no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar. El paciente que demande debe probar el perjuicio. La culpa del profesional de la medicina y la relación causal se dan por existentes.

En cambio, en las obligaciones contratadas como “de medio”, el médico adquiere una responsabilidad subjetiva y responderá por los daños y

perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión está a cargo del paciente. El médico se liberará a su vez, si en el proceso demuestra que actuó con diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex Artis ad-hoc).

En las obligaciones de medio surgidas por fuera de los límites de un contrato de prestación de servicios médicos (responsabilidad extracontractual), el médico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa, de cualquier entidad que esta sea (grave, leve o levísima).

En cualquiera de los tres eventos, el médico no será civilmente responsable si demuestra que el daño se ha presentado por una de estas tres causales de exculpación: fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente. Lo anterior siempre y cuando pruebe que empleó la diligencia o cuidado para hacer posible la ejecución de su obligación.

De acuerdo con Guzmán (1995) en general corresponde al acusador probar que el profesional actuó en forma errónea e incurrió en alguna de las causales de culpa. Si se parte de esta base, el médico es inocente mientras no se demuestre lo contrario (p. 171)

Anota Javier Tamayo Jaramillo en su obra: Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo (1995):

En todos los ordenamientos jurídicos del mundo, la responsabilidad civil en algunos casos se fundamenta en una culpa probada, mientras que en otros, dicha prueba no se exige, acudiéndose unas veces a la noción de culpa presunta; otras a la de responsabilidad presunta; y otras, a la de responsabilidad objetiva. Ahora, para nosotros el argumento esencial en virtud del cual la culpa médica por defectuosa prestación del servicio debe probarse tanto en materia contractual como extracontractual, radica en lo aleatoria que resulta la actividad del médico frente al paciente. [...] Para nosotros es claro que si en un caso concreto sólo la culpa del médico permite explicar la producción del daño, el problema está resuelto y en ese sentido nos parecen lógicas y justas las decisiones adoptadas recientemente por el Consejo de Estado *en relación con la falla presunta del servicio en materia médica*. (cursivas fuera de texto). Es más: en la medida que la legislación lo permita, consideramos que el médico está obligado, si de hecho le es posible, a suministrar la prueba de la causa del daño y la de su diligencia y cuidado. Pero, cuando por circunstancias de hecho, no queda rastro alguno para demostrar cuál fue la causa del daño, ni mucho menos le quede posible al médico demostrar su diligencia y cuidado, entonces el médico deberá ser absuelto a menos que el paciente logre demostrar su culpa (pp. 55-56)

Al respecto, el doctor José Fernando Ramírez Gómez, en un breve resumen de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil en Colombia, menciona en relación con la prueba de la culpa médica que:

Desde el comienzo del siglo pasado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha venido desarrollando el tema de la responsabilidad de los profesionales de la medicina con ocasión de la prestación del servicio profesional, aunque oportuno resulta advertir, que esta doctrina que se remonta a 1915, no ha sido del todo coherente, ni siempre evolutiva. Aunque la teoría de la culpa probada, que ciertamente se opone a la de la presunción que se ha dejado vista, se empezó a diseñar desde la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J., t. XLIX, págs. 116 y s.s.), cuando expresamente se descalificó el señalamiento de la actividad médica como una empresa de riesgo”, porque una tesis así sería “inadmisible” desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”, para concluirse que en estos casos debe exigirse la demostración de “la culpa del médico”, lo cierto es que los criterios contrarios, referidos anteriormente, sólo vinieron a desecharse con los pronunciamientos de la última década, que son los que han sentado como pauta por vía de principio general, la de la culpa probada. En efecto, en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. 2419, págs. 407 y s.s.), se dijo que “el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al

enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”. Posteriormente en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratifica esta doctrina, pero dejando a salvo en la responsabilidad contractual el caso en que «en el contrato se hubiere asegurado un determinado resultado». La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998. Fue la sentencia de 30 de enero de 2001 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez) la que definitivamente dejó por averiguado el principio general de la culpa probada, desterrando por contera el calificativo de actividad peligrosa que al ejercicio médico episódicamente le había atribuido la jurisprudencia, que era el fundamento de una presunción general de responsabilidad por el daño originado en el acto médico o clínico. Con idéntico criterio se orienta la sentencia de 13 de septiembre de 2002. Por supuesto que esta última posición no descarta que excepcionalmente se puedan enfrentar casos de presunciones de culpa o de abono de la carga de su prueba, como cuando, como ya lo ha dicho la Corporación, se ha “asegurado un determinado resultado”, o como también puede ocurrir cuando se trata de las intervenciones con fines estéticos, donde el médico igualmente puede asumir una obligación de resultado. (p. 2)

Tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual suponen que exista un comportamiento activo u omisivo del demandado; que el demandante haya sufrido un perjuicio, y que, finalmente haya un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño.

Si bien ambos tipos de responsabilidad tienen elementos comunes, lo cierto es que en otros aspectos más o menos secundarios existen algunas diferencias que, por lo menos en el derecho positivo actual, impiden unificar totalmente los dos sistemas de responsabilidad. (Tamayo, 2007, p. 39).

Entre éstas diferencias encontramos, la prescripción, la capacidad para cometer el hecho ilícito, diferencias desde el punto de vista de la solidaridad, de la extensión del monto indemnizable, de la jurisdicción y la competencia y diferencias desde el punto de vista de la culpa (prueba de la culpa y graduación de la culpa).

Como los tribunales no tienen un criterio pacífico y unificado sobre el tipo de responsabilidad aplicable, lo recomendable es que la víctima invoque a título principal la responsabilidad contractual y a título subsidiario la responsabilidad extracontractual. Incluso, si el perjudicado invoca solo una de las dos responsabilidades y el juez considera que solo es aplicable la otra, no por ello dejará de acoger las pretensiones si el daño, el nexo de causalidad y la imputabilidad al demandado están demostradas en el

proceso, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda. La denominación de la acción no tiene mayor trascendencia para el éxito de las pretensiones (Tamayo, 2007, p. 89)

1.4. Aspectos procesales relacionados con la responsabilidad civil médica.

1.4.1. Naturaleza del proceso.

En la jurisdicción ordinaria, la acción que se debe entablar es la acción de indemnización de perjuicios (por responsabilidad contractual o extracontractual, según el caso), la cual no tiene trámite especial en el Código de Procedimiento Civil, y por tanto se lleva a cabo a través del procedimiento ordinario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil.

1.4.2. Competencia.

Cuando se trate de asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para determinar cual es el juez competente, se deben tener en cuenta dos factores de competencia:

- El factor objetivo: por la cuantía del asunto, que está determinada conforme a lo establece el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil: “1. Por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella; 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones” Si es de menor cuantía, conoce el juez municipal en primera instancia (art. 15, No. 1 del Código de Procedimiento Civil, si es de mayor cuantía le corresponde al juez civil del circuito en primera instancia (art. 16 No.2 del C. de P.C.).

- El factor territorial: para lo cual se ha de acudir a las reglas establecidas en el art. 23 del Código de Procedimiento Civil que sean aplicables a las controversias de responsabilidad médica, que determinan que es competente de manera general el juez del domicilio del demandado (art. 23 No. 1 del Código de Procedimiento Civil); en el evento que el origen del proceso sea un contrato de prestación de servicios médicos, serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado (art. 23 No. 5 del Código de Procedimiento Civil); en los procesos de responsabilidad extracontractual, será también competente el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho (art. 23 No. 8 del Código de Procedimiento Civil)

1.4.3. Prescripción de la acción.

La ley establece un principio general de prescripción extintiva de diez años, según lo tiene consagrado el artículo 2536 del Código Civil, modificado por los artículos 1º y 8º de la Ley 791 de 2002.

1.4.4. Del procedimiento ordinario.

El proceso ordinario tiene cinco etapas a saber:

Demanda y contestación de la demanda:

De acuerdo con Serrano (2000):

En esta etapa se trata la relación jurídica procesal, que supone la presentación de la demanda, su admisión y la notificación y el traslado de la misma al demandado, para efectos de su contestación.

La demanda debe llenar los requisitos generales que establecen los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Civil, a la cual se han de acompañar, en lo pertinente, los anexos de que da cuenta el artículo 77 del mismo estatuto. Requisitos que no son meras formalidades, sino aspectos esenciales que informan al juez y a la contraparte del litigio en cuestión; los hechos que dan lugar a la acción, las pruebas que

fundamentan lo pedido y las pretensiones, sin los cuales sería imposible que se trabase la relación jurídico-procesal ya que el demandado tiene pleno derecho a conocer con exactitud cuáles son los planteamientos que en su contra formula el demandante para efectos de controvertirlos o contradecirlos jurídicamente (p. 224).

Procede en nuestro trabajo analizar los medios de defensa de que dispone el demandado, en este caso el médico, para desvirtuar los hechos y hacer que el juez niegue las pretensiones indemnizatorias del demandante.

Además de desvirtuar como primera medida la presencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil en la contestación de una demanda por responsabilidad médica, el demandado dispone de otros medios de defensa como son las causales de exoneración, las causales de justificación, las excepciones, la prejudicialidad y el llamamiento en garantía.

Causales de exoneración:

En determinadas condiciones, el demandado que físicamente ha causado el daño puede alegar que, pese a esa imputación material, la causalidad jurídica no existe porque el daño es imputable a un evento exterior completamente inevitable. Cuando este evento exterior ocurre, nos encontramos en presencia de lo que la doctrina, la ley y la jurisprudencia

denominan como una causa extraña. De acuerdo con Tamayo (2007) la causa extraña es aquel evento irresistible, imprevisible y jurídicamente ajeno al demandado (Tomo II, p.17)

A veces se habla de la fuerza mayor y de la causa extraña como conceptos sinónimos; sin embargo, la primera no es más que una especie de la segunda. La Causa Extraña esta constituida por la fuerza mayor o el caso fortuito, por el hecho de un tercero o por el hecho de la víctima.

La causa extraña es considerada como receptora del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. En efecto, cuando el hecho no se puede imputar materialmente al demandado, no tiene sentido hablar de causa extraña, ya que, simplemente, la víctima no ha demostrado que el daño ha sido causado por el demandado; este vínculo de causalidad nunca se presume. Por el contrario, cuando en el proceso se establece que el demandado ha sido el instrumento del daño, la noción de causa extraña recupera todo su valor.

La causa extraña puede entonces consistir en el hecho de la víctima, en la fuerza mayor, el caso fortuito o en el hecho exclusivo de un tercero.

- Hecho de la víctima: es importante desde el punto de vista de la responsabilidad civil para exonerar, parcial o totalmente, al demandado que

ha causado el daño. A menudo, el lenguaje de la responsabilidad civil utiliza el término aceptación de riesgos para indicar que en determinadas circunstancias, la víctima debe soportar el perjuicio sufrido por ella, puesto que conocía, quería o aceptaba suficientemente las consecuencias surgidas de la actividad del responsable.

Según Tamayo (2007):

La aceptación de riesgos en materia de responsabilidad médica sigue el principio general de que solo se puede exonerar parcialmente al responsable si los riesgos aceptados constituyen una culpa por parte de la víctima; cuando la operación es necesaria y no hay culpa del médico, es el estado de necesidad y no la aceptación de riesgos lo que exonera de su responsabilidad. Por falta de consentimiento, pudiéndolo haber obtenido, el médico compromete su responsabilidad, no porque tome los riesgos a su cargo, sino por que sin el asentimiento del paciente lesionó a este en sus derechos personalísimos de disponer de su integridad personal y moral (Tomo II p. 88)

Cuando nos referimos al hecho de la víctima, debemos estudiar, por tal, el comportamiento activo del perjudicado en la realización del fenómeno; no basta la simple intervención, tanto en la conducta del demandante como en la del demandado; la causación exige que estas hayan sido instrumento del daño. La víctima siempre interviene en la producción del daño, pero solo en

algunas ocasiones esa intervención es activa; únicamente en éste último caso podemos hablar de hecho de la víctima.

Cuando la actividad de la víctima se la puede considerar como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; poco importa que el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado. Este punto adquiere señalada importancia, ya que, tradicionalmente, se ha pensado que el hecho de la víctima debe ser culposo, para que pueda hablarse de exoneración del responsable.

- Fuerza mayor y caso fortuito. El texto inicial de nuestro Código Civil no define la fuerza mayor y el caso fortuito, a pesar de que lo consagra en múltiples normas. Solo la Ley 95 de 1890 en su artículo 1 hace tal distinción: “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Existen diferentes posiciones doctrinarias en relación con este punto:

* El tratadista Gilberto Martínez Ravé, en su obra sobre responsabilidad civil extracontractual (2003) considera que:

Existen causas ajenas o extrañas como la fuerza mayor y el caso fortuito, que rompen el nexo causal y pueden convertirse en factores

de exoneración. Se presentan cuando el origen del daño no es imputable físicamente, fenómeno-lógicamente, al presunto responsable y tampoco a la víctima. Ocurren, como dicen algunos, por un hecho de nadie, por azar o por circunstancias propias de la naturaleza. Desde siempre se ha aceptado que no puede responsabilizarse de un daño a quien no ha participado en el hecho que lo originó y se ha admitido que la fuerza mayor y el caso fortuito exoneran de responsabilidad, tanto penal como civil por romper el nexo de causalidad.

Cuando al perjudicado le corresponde probar la culpa, como sucede en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, con fundamento en la tesis subjetiva, los problemas que originan la fuerza mayor y el caso fortuito no son muy complicados. Los problemas se presentan cuando aparecen las presunciones de culpa o cuando se parte de las tesis objetivas de la responsabilidad, pues el causante del daño está presumido en responsabilidad y solo puede exonerarse si demuestra fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. [...] Dos posiciones encontradas se han dado en la jurisprudencia civil y la doctrina al interpretar la norma que consagra estos conceptos. La fuerza mayor es un acontecimiento no natural, que depende de la voluntad de una persona distinta de aquella que la víctima señala como autora del daño. En cambio, el caso fortuito es un acontecimiento natural que ocasiona un daño, como un terremoto,

inundación, etc. Otros afirman que la diferencia consiste en que el caso fortuito es un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor es un acontecimiento irresistible. Los defensores de la teoría subjetiva, y concretamente del riesgo creado, propugnan que es fuerza mayor el acontecimiento externo, que ha irrumpido desde fuera en el círculo de los dos adversarios, como serían los casos de la tempestad y la inundación. En cambio, el caso fortuito es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa o de la cosa. Es decir, un acontecimiento interno no imputable a nadie.

La tesis de la unidad, por el contrario, sostiene que la fuerza mayor y el caso fortuito son términos sinónimos. Es la llamada teoría unicista, que considera que son fenómenos que eximen de responsabilidad, que es indiferente mencionar uno u otro término pues el significado jurídico es el mismo: un fenómeno liberatorio de responsabilidad porque rompe el nexo causal. Pero para que este fenómeno sea liberatorio deben cumplirse los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad. Si solo llena uno de esos no alcanza poder liberatorio. Por tanto, es indiferente que se le llame fuerza mayor o caso fortuito, lo importante es que sea un fenómeno o acontecimiento imprevisible e irresistible. La irresistibilidad, como característica fundamental de este fenómeno exonerativo, es la imposibilidad de resistir. Por tanto, no puede dárseles dicho calificativo a las dificultades, a las circunstancias onerosas o difíciles pero

resistibles, superables. Debe tratarse de un fenómeno insuperable. La irresistibilidad no debe analizarse en relación con una persona en especial, sino genéricamente, esto es, que la situación concreta debe ser irresistible para cualquier persona colocada en las mismas condiciones objetivas que el presunto responsable. La imprevisibilidad es un término que, como fundamento de la culpa, ha dado motivo a muchas discusiones y posiciones doctrinarias y que se refiere al fenómeno no previsto o que no puede suponerse que va a presentarse porque normalmente no se da, porque no es frecuente o no se ha presentado anteriormente de forma regular, no es un fenómeno común ni reiterado. La falta de previsión se puede establecer si se compara la reacción de una persona colocada en iguales condiciones objetivas a las que enfrentó el presunto responsable, pues no es una previsión referida exclusivamente al causante.

En la jurisdicción contencioso-administrativa existe un tratamiento diferente para la fuerza mayor y el caso fortuito: la fuerza mayor, externa, libera de responsabilidad patrimonial al Estado; el caso fortuito, por ser un fenómeno interno a la administración, deja vigente la responsabilidad patrimonial del Estado.

* Ruiz (2004) afirma en su artículo sobre la responsabilidad Médica en Colombia, que:

Los tratadistas que creen encontrar una diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito procuran, generalmente, evitar que en las presunciones de responsabilidad, el vicio interno de la causa o de la actividad peligrosa sirva como causa extraña que tenga poder liberatorio. Se ha propuesto ver en el caso fortuito un evento natural que ocasiona un daño (ejemplo: inundación, temblor de tierra), mientras que la fuerza mayor no sería un evento natural, sino proveniente de la voluntad de una persona diferente a aquella sobre la cual la víctima del daño entiende hacer pasar la responsabilidad del daño. Otros se aferran a la importancia del evento: los eventos más importantes serían casos de fuerza mayor, los menos importantes, caso fortuito. Otros, finalmente, más cuidadosos del sentido exacto de los términos, señalan que la expresión fuerza mayor revela el constreñimiento en el cual el demandado ha sido colocado; este último ha sido sometido a una fuerza a la cual no ha podido resistir, mientras que la expresión “caso fortuito” señala el carácter imprevisible del evento. Señalando que la expresión fuerza mayor implica la irresistibilidad del evento y la de caso fortuito su imprevisibilidad, ciertos autores han concluido que las dos expresiones, en lugar de señalar cada uno de los elementos cuya reunión es necesaria para que haya exoneración, designan dos categorías de eventos diferentes (eventos imprevisibles; eventos irresistibles), los unos y los otros serían exoneratorios. No sería, pues, necesario que haya al mismo tiempo caso fortuito y fuerza mayor, una

de esas condiciones bastaría. Autores franceses afirman que el caso fortuito consiste en la imposibilidad relativa de ejecución, es decir, la que ha podido entablar la acción del deudor contemplado, sea en sí mismo, sea como un buen padre de familia, pero en la cual la voluntad mejor armada, mejor dotada, habría podido triunfar, mientras que la fuerza mayor sería la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo irresistible para todos, incluso para el hombre más fuerte y más inteligente. La imposibilidad relativa y absoluta liberaría, pues, al mismo título al demandado, salvo en los casos excepcionales en que la imposibilidad absoluta fuera necesaria. Al lado opuesto de esta tesis se encuentra la distinción propuesta por la teoría del riesgo, cuya meta es, naturalmente, la de disminuir en lo posible el número de eventos susceptibles de exonerar al demandado. Josserand ve en la exterioridad el carácter distintivo de la fuerza mayor. La Fuerza Mayor es aquella que ha hecho irrupción desde afuera en el círculo de los dos adversarios (tempestad, inundación, etc.); el individuo deberá responder por todos los riesgos que el ha creado; sólo los eventos de fuerza mayor pueden exonerarlo, permanece obligado si hay únicamente caso fortuito. En fin, se entiende por caso fortuito la ausencia de falta y por fuerza mayor el vicio mayor. Concluye que el deudor puede siempre liberarse por la ausencia de falta (p. 206)

La Corte Suprema de Justicia no ha tenido una evolución clara y definida en lo tocante a la identidad o diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito. La mayoría de las veces la jurisprudencia civil ha identificado los dos conceptos. Otras, nuestro máximo tribunal los distingue. En efecto, en fallo del 18 de noviembre de 1940, admite que en responsabilidad civil por actividades peligrosas: “La fuerza mayor exonera siempre de la responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, porque cuando el accidente ha podido o debido ser previsto por quien ejerce la actividad peligrosa, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad”. Obsérvese que la decisión trata de diferenciar la fuerza mayor del caso fortuito, fundamentada en que este último se presenta aunque el hecho dañino sea previsible. En consecuencia, para la Corte, la fuerza mayor debe ser imprevisible e irresistible, por lo cual tiene poder liberatorio; en cambio, el caso fortuito – puesto que es previsible – no exonera de responsabilidad.

No sobra anotar que el Consejo de Estado distingue entre la fuerza mayor y el caso fortuito, concluyendo que cuando este último ocurre, no hay exoneración del demandado. Ahora, para dicha corporación, el caso fortuito no es tanto el hecho interno como lo preconiza parte de la doctrina civilista, sino el daño cuya causa permanece desconocida. En la jurisdicción Contencioso-administrativa existe un tratamiento diferente para la fuerza mayor y el caso fortuito; la fuerza mayor, externa, libera de responsabilidad

patrimonial al Estado; el caso fortuito, por ser un fenómeno interno a la administración, deja vigente la responsabilidad patrimonial del Estado.

- Hecho de un tercero: por tercero debe entenderse cualquier persona diferente al deudor o causante del daño y que no tenga ninguna dependencia jurídica con el demandado. Para que el hecho de un tercero libere de responsabilidad civil se exige: que sea la única y exclusiva causa del daño, que el tercero esté debidamente individualizado e identificado, que no tenga ningún vínculo de dependencia o relación con el causante, que no haya sido insinuado o provocado por el causante del daño y que sea imprevisible e irresistible para el ofensor o causante.

Al respecto Ruiz (2004) afirma que:

La doctrina es unánime en considerar que el hecho de un tercero exonera totalmente al demandado, cuando pueda tenersele como causa exclusiva del daño, poco importa que sea culposo o no, lo que sí es necesario advertir es que debe ser imprevisible e irresistible, o sea, reasumir las características de la causa extraña. El hecho de tercero como causa extraña no está expresamente contemplado en el Código Civil; sin embargo, su fundamentación se encuentre por vía interpretativa, en la definición de caso fortuito o fuerza mayor que da el art. 1 de la Ley 95 de 1890. En Colombia se sigue el mismo derrotero del derecho francés, por consiguiente, los elementos de la solidaridad (art. 2344

C.C.) indican que si el hecho del tercero es causa solo parcial, que concurre con el hecho del demandado a la producción del daño, la exoneración no se produce, ni total ni parcialmente. Además, concurrir no significa que físicamente participan los dos, pues esto siempre ocurrirá cuando el demandado alegue el hecho de terceros. Lo que se exige es que, desde el punto de vista causal, tanto el tercero como el demandado sean instrumentos activos del daño (p. 209)

Causales de justificación:

Cuando el orden jurídico permite al demandado liberarse de culpa argumentando una causal de exoneración, lo hace bajo el razonamiento de que el hecho, aunque imputable materialmente al implicado, no lo es sin embargo desde el punto de vista jurídico; en cambio, hay ciertas circunstancias en las que el agente realiza voluntariamente todos los actos que estructuran objetivamente la ilicitud jurídica, pero que el orden jurídico no sanciona teniendo en cuenta las circunstancias que determinaron al individuo a producir el resultado. Estas son las causales de justificación. Las causales de justificación incluyen: la legítima defensa, el estado de necesidad y la justificación por orden de autoridad legítima o en cumplimiento de la ley. Debido a que en este estudio no se encontraron como formas de defensa las causales de justificación, no ahondaremos en este tema.

Excepciones

Según el tratadista Devis Echandía (2006), la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o de defensa en general que le corresponde a todo demandado y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persiguen destruirla o modificarla o aplazar sus efectos. En la práctica se llama excepción toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretenda derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento. La excepción se opone a la acción.

En el actual Código de Procedimiento Civil, las excepciones pueden clasificarse en excepciones previas y de mérito o de fondo.

Las excepciones previas se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo y corresponden a lo que la doctrina conoce con el nombre de impedimentos procesales. Estas excepciones, según el artículo 97 del mencionado Código, que el demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice puede proponer, son las enunciadas taxativamente en el Art. 97 del Código de Procedimiento Civil y en ellas se incluye: falta de jurisdicción y competencia, compromiso o cláusula compromisoria, inexistencia del demandante o del demandado,

incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado, inepta demanda, darle a la demanda el trámite de un proceso diferente, pleito pendiente entre las mismas partes, etc. Deben proponerse en el término de traslado de la demanda, al tiempo con la contestación de ella, pero en escritos separados en que se expresarán los hechos y razones en que se fundamentan y las pruebas que se pidan (Código de Procedimiento Civil, artículo 98).

Las excepciones se tramitan en la forma prevista en el artículo 99 del mencionado Código; igualmente pueden proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad.

Al respecto, Devis Echandía afirma que se pueden clasificar en previas, relativas o temporales y absolutas o definitivas, según permitan la continuación del proceso o le pongan fin. En algunos casos las excepciones previas finalizan el proceso: falta de jurisdicción, compromiso, inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado, carencia de prueba de la calidad del heredero, cónyuge, albacea, curador de bienes y pleito pendiente. En otros casos dan lugar a que se mejore el procedimiento: falta de competencia, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, indebida acumulación o trámite inadecuado, y defecto en la constitución de litisconsorcio necesario.

Las excepciones de mérito deben ser propuestas al contestar la demanda (Código de Procedimiento Civil, artículo 92, Num 3) y se dividen en perentorias y dilatorias. Estas excepciones se resuelven en la sentencia. Devis Echandía clasifica las excepciones perentorias en dos grupos:

- Excepciones perentorias definitivas materiales, que son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido (hechos impeditivos). Equivalen a las objeciones en la doctrina y dejan resuelto el punto con valor de cosa juzgada.
- Excepciones perentorias definitivas procesales, o sea aquellas que, sin negar el derecho pretendido por el actor, persiguen anularlo o extinguirlo definitivamente, o modificarlo también definitivamente, y por eso excluyen la pretensión con valor de cosa juzgada.

Si el demandado no contesta la demanda, o si la contesta y no propone excepciones de mérito, le precluye la oportunidad para proponer excepciones. Sin embargo, el juez puede declarar probadas las excepciones de mérito si en el proceso aparecen probados los hechos constitutivos de la excepción, salvo la prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben alegarse expresamente por el demandado.

Prejudicialidad.

Se dice que hay prejudicialidad cuando el fallo que deba emitirse en un proceso penal o civil dependa del que se dicte en otro proceso civil o penal preexistente.

Hernando Devis Echandía (1966) citado en Tamayo (2007, Tomo II p. 286) dice:

Cuestión prejudicial es aquella cuestión sustancial autónoma que constituye un necesario antecedente lógico – jurídico de la resolución que debe adoptarse en la sentencia, y que es indispensable resolver previamente por otra sentencia o providencia que haga sus veces, en proceso separado, con valor de cosa juzgada, ante el mismo despacho judicial, o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia de juicio, sea civil o penal, razón por la cual este debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca. Cuando por la ley corresponde a otra jurisdicción, será una cuestión prejudicial de jurisdicción, y si puede ser resuelta en otro proceso de la misma jurisdicción, será prejudicialidad de competencia.

Llamamiento en garantía.

De acuerdo con el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, “quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal citación.”

Se puede llamar en garantía al tercero frente al cual se tiene un derecho legal o contractual de exigir la indemnización del perjuicio que se llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que se tuviere que hacer en virtud de la sentencia.

Audiencia de conciliación, saneamiento, excepciones previas y fijación del litigio:

En esta etapa, por tratarse de un proceso ordinario, se debe citar a las partes para que personalmente asistan a la audiencia que establece el artículo 101 del C. de P.C., en la cual debe intentarse la conciliación entre demandante y demandado bajo la dirección del juez; igualmente en esta audiencia debe resolverse sobre las excepciones previas que no se hubieren resuelto, o sea las que requieren pruebas para su decisión, se deben decretar las medidas de saneamiento y se debe fijar el litigio (Serrano, 2000, p. 226)

Periodo probatorio:

Si la conciliación fracasa en todo o en parte, continúa la fase probatoria, en la cual se decretan las pruebas pedidas por las partes, siempre que sean conducentes y pertinentes a la materia litigiosa y se practican las pruebas decretadas. El juez puede y debe, cuando así lo amerite el asunto, decretar oficiosamente las pruebas que considere necesarias para dilucidar la causa sometida a su consideración (Serrano, 2000, p. 227)

En materia de responsabilidad médica las pruebas adquieren una gran importancia en procura de lograr la protección judicial de los derechos en pugna, pues bien es sabido que la defensa del derecho sustancial está determinada por la prueba del mismo. Esta actividad probatoria adquiere mas relevancia en el campo de la responsabilidad médica, porque se trata de una actividad en la cual la prueba se torna especialmente difícil, generalmente para el damnificado.

Los elementos que configuran la responsabilidad médica, pueden ser establecidos por los diversos medios de prueba que le suministren al juez el convencimiento de los hechos que dan lugar a ella, pues en un sistema de libre valoración de las pruebas por el juez, cualquier medio probatorio que le produzca convicción al juzgador es perfectamente aplicable. Se trata de probar aspectos científicos y técnicos, sin que implique una tarifa legal⁹

- Prueba pericial:

Es uno de los medios probatorios mas importantes en materia de responsabilidad médica, pues, como ya lo advertimos, la discusión jurídica en este campo se refiere, de manera general, sobre aspectos científicos y técnicos, de los cuales el juez por regla general es lego, y por tanto, requiere del dictamen pericial que es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la

persona versada en la que se trate hace para dilucidar un asunto, que requiere de especiales conocimientos.(Serrano, p. 268)

Al respecto, ha dicho nuestro Honorable Consejo de Estado: “El sentenciador encuentra que, confrontados los testimonios técnicos, se presentan aspectos que permiten concluir que en algunas circunstancias y facetas científicas las opiniones de los citados profesionales se encuentran divididas, pero en estos casos la doctrina orienta en el sentido de que el juez no puede tomar partido en tales controversias, filosofía con la cual el punto controvertido, de no existir una prueba científica que lo defina, se queda sin demostración. En la materia que se estudia la Sala hace suya la perspectiva que se recoge en providencia de tribunal argentino, citada por el Dr. Carlos A. Ghersi en su obra “Responsabilidad por prestación médico asistencial”, en la cual se lee: Saber si un tratamiento ha sido bien o mal ordenado, sino hubiere sido preferible otro, si tal operación era o no indispensable, si hubo o no imprudencia al arriesgarla, habilidad o no al ejecutarla, si este o aquel instrumento, según este o aquel procedimiento no habría resultado mejor, son cuestiones científicas a debatirse entre médicos, y que no pueden constituir casos de responsabilidad civil ni caer bajo el examen de los tribunales....” (Colombia, Consejo de Estado, 1994, abril)

La prueba pericial tiene, en relación con la responsabilidad médica, algunas particularidades que incluyen el hecho de que la actitud del juez, en

relación con esta prueba es pasiva y que la prueba tiene una dificultad de orden práctico, pues al ser realizada también por médicos, estos por regla general, no son muy dados a comprometer con sus dictámenes la responsabilidad de sus colegas.

- Prueba documental:

De acuerdo al Código de Procedimiento Civil, documento es todo objeto mueble que tenga carácter declarativo o representativo. Es todo objeto producto de la voluntad humana que contiene una declaración o la representación de un hecho (Azula, 1998, p. 180)

En el caso de la responsabilidad médica, estos documentos son casi siempre la historia clínica y las fórmulas médicas

De acuerdo a lo afirmado por el doctor Ramírez Gómez en sus memorias del Tercer Congreso de Derecho Médico en Colombia (2003):

Lo que debe probar los elementos que configuran la responsabilidad civil del profesional de la salud, es el contenido de la pregunta que envuelve el tema de la carga probatoria. Por supuesto que la respuesta no puede ser comprensiva de todos los presupuestos, porque hay lugar a distinguir entre ellos, e inclusive entre los tipos de responsabilidad, porque si ésta se deriva del cumplimiento de un contrato de prestación del servicio médico, éste es un elemento adicional que debe quedar perfectamente probado.

Hasta ahora la jurisprudencia civil se había detenido en el examen probatorio de la culpa, para presumirla o exigir su demostración, como quedó examinado. Pero fue la sentencia de 30 de enero de 2001, la que se ocupó más a fondo de la cuestión, involucrando en el análisis todos los elementos que configuran la responsabilidad e introduciendo por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la doctrina de la carga dinámica de la prueba, que luego acoge la sentencia de 13 de septiembre de 2002 (M.P. Nicolás Bechara Simancas). Al respecto expuso la Corporación en la sentencia de 30 de enero de 2001: “De ahí, entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado. “Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber

de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico (primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, *“el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”*. “En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o

presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado.

Igualmente, corresponde al paciente probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos

configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis).” (p. 5)

Periodo de alegatos:

Mediante los alegatos de conclusión las partes tienen la oportunidad de analizar las pruebas practicadas, indicándole al juez de que manera estas demuestran los elementos configurativos de la responsabilidad.

Periodo del fallo o sentencia.

En la sentencia se desata la litis o controversia, pues a través de ella el juez toma una decisión sobre el asunto sometido a su conocimiento.

Para proferir una sentencia el juez tiene en cuenta:

- Los presupuestos procesales. Incluyen jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte, capacidad procesal e idoneidad de la demanda.

Estos requisitos permiten proferir sentencia válida

- Los presupuestos de la acción: son los que se requieren para que el demandante tenga un fallo favorable. Son: la legitimación en la causa, el interés para obrar y que el derecho que se reclame esté tutelado
- El estudio de las excepciones propuestas por el demandado.

Terminación anormal del proceso:

Como todos los procesos, los de responsabilidad médica pueden terminar en forma normal, es decir, con sentencia ya sea absolutoria o condenatoria para el médico, o de manera anormal, con figuras como el desistimiento, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos, la transacción, el arbitraje y la conciliación y finalmente la perención.

Desistimiento.

El desistimiento implica la declaración del demandante de abandonar su pretensión en el proceso. Es la declaración voluntaria del demandante de no continuar el ejercicio de la acción en el proceso pendiente, iniciado por él. (Monroy, 2001, p. 506)

El artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, contiene las siguientes normas sobre desistimiento:

- El demandante puede desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso.

- El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada.
- Siempre que se acepte un desistimiento se condenará en costas a quien desistió, salvo que las partes convengan otra cosa.

Mecanismos alternativos de solución de conflictos:

La necesidad de resolver los conflictos de cualquier naturaleza que se presenten en el conglomerado social, ha hecho necesario que se diseñen y establezcan diversos mecanismos para darles una solución adecuada, en orden a preservar la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad. (Benetti, 2001, p. 6)

No es objeto de este trabajo realizar una revisión exhaustiva de dichos mecanismos, pero si se hará una breve reseña de los que en consideración de la autora de esta tesis, son los más utilizados a la hora de resolver conflictos que se presentan entre pacientes y profesionales de la salud:

- La conciliación: acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o un particular debidamente autorizado para ello, quien,

previo conocimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada (Junco, 1994, p. 36)

- El arbitraje: mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (Benetti, 2001, p. 14).
- La transacción: acto jurídico privado, eminentemente dispositivo, proveniente de la libre, directa o espontánea iniciativa de las partes contendientes, movidas por el interés personal que les asiste de arreglar la controversia. La ley sustancial ha establecido y sostenido que el ámbito u objeto en el que tiene cabida la transacción es el patrimonial, que no compromete situaciones personalísimas de los transantes, ni que comprometa el orden público y las buenas costumbres y que por ende puedan ser negociadas. (Junco, 1994, p. 76)

Perención.

También conocida como caducidad de la instancia, es la cesación de efectos de la litis, declarada por la ley cuando ambas partes permanecen

inactivas durante el tiempo que esta señala. Es la extinción del proceso que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no se realizan actos procesales de parte. El interés público exige que los procesos no permanezcan paralizados indefinidamente; no solo porque la subsistencia de la litis es contraria al restablecimiento del orden jurídico, sino porque la relación procesal también comprende al órgano jurisdiccional y esa vinculación no puede quedar supeditada en el tiempo al arbitrio de las partes, a quienes en materia civil corresponde el impulso del procedimiento (Monroy, 2001, p. 510)

2. ASPECTOS METODOLOGICOS

2.1. Objetivos

2.1.1. Objetivo general.

Describir y analizar el sustento jurídico en los procesos que por responsabilidad civil se han adelantado contra los profesionales de la salud SCARE – FEPASDE entre 2002 y 2006

2.1. 2. Objetivos específicos.

- Describir las características socio demográficas de los casos de responsabilidad civil en profesionales de la salud afiliados a SCARE FEPASDE entre 2002 y 2006
- Describir las características jurídicas del caso, determinando la institución de la responsabilidad civil aplicable.
- Clasificar y analizar los argumentos jurídicos empleados por la parte actora.
- Clasificar y analizar los argumentos jurídicos del sujeto pasivo de la acción.
- Clasificar y analizar los argumentos jurídicos tenidos en cuenta por el juez.
- Determinar la proporción de las demandas que terminan con fallo condenatorio, absolutorio o con un método alternativo de solución de conflictos.

- Plantear opciones diferentes a la vía jurisdiccional como alternativa para resolver estos conflictos.

2.2. Tipo de estudio

El presente estudio es de tipo observacional¹⁰, descriptivo¹¹, retrospectivo, tipo serie de casos.

2.3. Población de referencia y muestra

Se revisaron todos los casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud que figuran en los archivos existentes sobre los mismos entre enero de 2002 y diciembre de 2006 en la SCARE.

2.3.1. Universo de estudio

Profesionales de la salud afiliados a SCARE –FEPASDE que han sido demandados civilmente.

2.3.2. Unidad de la investigación

Profesionales de la salud objeto de una demanda por responsabilidad civil en cuyo caso ya se terminó el proceso. Se tenía previsto que si hubiera

varios procesos en contra del mismo profesional se evaluaría cada proceso por aparte pero en esta muestra no se presentó esta situación.

2.3.3. Población

Todos los profesionales de la salud objeto de una demanda por responsabilidad civil afiliados a FEPASDE en quienes ya terminó el proceso y que figuran en la base de datos del mencionado Fondo solidario. País: Colombia. Periodo: entre enero del año 2002 y diciembre del año 2007.

Criterios de inclusión:

- Profesionales de la salud afiliados a FEPASDE
- Procesos por responsabilidad civil contra profesionales de la salud.
- Casos terminados.
- Casos con fecha de terminación entre 2002 y 2006

Criterios de exclusión

- Casos con documentación incompleta: demanda, contestación de la demanda y providencia motivada que defina el proceso ausentes del expediente.

2.4. Variables

Las variables tenidas en cuenta para el análisis de los datos incluyeron variables dependientes e independientes. Estas son:

2.4.1. Características sociodemográficas de los casos (variable independiente)

- Del afectado (paciente): ciudad de los hechos, género, edad y estrato socioeconómico
- Del demandante: ciudad de la demanda, género, edad y estrato socioeconómico del demandante.
- Del demandado: edad, profesión, especialidad y tiempo de experiencia al momento de los hechos

2.4.2. Características jurídicas de los casos:

- Fuente de la responsabilidad civil invocada para el caso: contractual o extracontractual.

2.4.3. Argumentación de las partes y concepto del juez

- Argumentación de la parte actora: elementos de la responsabilidad atacados (daño, culpa –negligencia, imprudencia, impericia -, hecho y nexo de causalidad)
- Argumentación de la parte demandada: elementos de la responsabilidad ausentes (daño, culpa –negligencia, imprudencia, impericia -, hecho y nexo de causalidad); causales de exoneración o de justificación invocadas; excepciones previas propuestas.

- Elementos verificables por el juez: elementos de la responsabilidad (daño, culpa –negligencia, imprudencia, impericia -, hecho y nexo de causalidad); causales de exoneración o de justificación y excepciones previas aceptadas.

2.4.4. Resultados del proceso: fallos condenatorios y absolutorios en primera instancia, casos que se resolvieron por un método alternativo de solución de conflictos o de otra forma

2.4.5. Impugnaciones de los fallos a segunda instancia.

2.4.6. Duración total del proceso

2.4.7. Riesgo de la asesoría jurídica prestada al profesional

(Ver Anexo 1. Operacionalización de variables)

2.5. Técnica de recolección de la información

La recolección de los datos se hizo de manera retrospectiva, con un instrumento de recolección de datos aplicado a cada uno de los casos de profesionales demandados utilizando las variables mencionadas

2.6. Materiales y métodos

Se realizó una prueba piloto evaluando 6 expedientes (10%) escogidos al azar, con el fin de verificar el procedimiento de recolección de datos. Mediante dicha prueba se ajustó el instrumento.

Con el instrumento de recolección de datos ajustado se revisaron la totalidad de los casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud que se presentaron entre el año 2002 y el año 2006, terminados (es decir, con sentencia en firme o con providencia judicial que da por terminado el proceso), que figuran en los archivos de la SCARE _ FEPASDE

De cada caso se recopiló información sociodemográfica, características jurídicas de los casos, argumentación de las partes, concepto del juez, resultados de los procesos, impugnaciones en segunda instancia, duración total del proceso y riesgo de la asesoría, analizándose los datos y comparándolos con la literatura existente y la jurisprudencia de las Altas Cortes.

2.7. Aspectos estadísticos y plan de análisis

Para las variables de tipo cualitativo se realizó un análisis de proporciones y para las de tipo cuantitativo se utilizaron medidas de tendencia central y de dispersión.

2.8. Aspectos éticos

Para la revisión de los casos se celebró entre la autora de la tesis y la SCARE _ FEPASDE un acuerdo de confidencialidad, cuya copia se adjunta en los anexos del presente documento.

Dicho acuerdo comprometía a la autora para mantener la información confidencial en secreto, no divulgarla y usarla exclusivamente para el proceso de investigación.

(Ver apéndice B. Acuerdo de confidencialidad)

2.9. Presupuesto

Se adjunta en el apéndice C

3. RESULTADOS

De acuerdo a las variables analizadas, los resultados obtenidos fueron los siguientes:

3.1. Características sociodemográficas

3.1.1. Afectado:

- Ciudad de los hechos:

Los casos se presentaron principalmente en las ciudades capitales (N=56) en primer lugar la ciudad de Medellín (N=22), seguida por Bogotá (N= 10), Cali (N=5), Pereira (N=4), Sincelejo (N=3) y Santa Marta (N=2). En las otras ciudades capitales se encontró un caso respectivamente. Se observaron 5 casos en ciudades intermedias.

- Género del afectado

En relación al género del afectado se encontró una razón de 1:079 mujer: hombre.

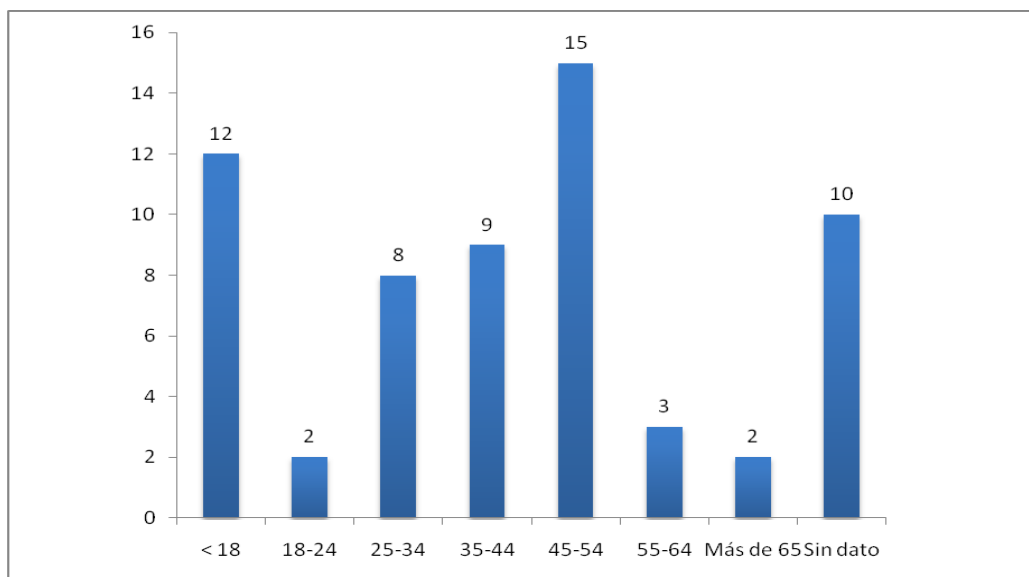


Figura 1. Edad del afectado al momento de los hechos

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

La principal frecuencia se observó entre 45 -54 años con 15 casos. (24,5%) seguidos por menores de 18 años con 12 casos (19,6%). Se encontraron 10 casos con ausencia de esta información. (Gráfico 1)

3.1.2. Demandante

- Ciudad de la demanda

Los casos se llevaron principalmente a juzgados en ciudades capitales (N= 56), siendo así: Medellín (N=22), Bogotá (N=11), Cali (N=5), Pereira

(N=4), Sincelejo (N=3) y Santa Marta (N=2). 5 demandas se llevaron en ciudades intermedias.

- Genero del demandante

En relación con el género del demandante se encontró una razón 1: 0.79

hombre: mujer

- Edad del demandante

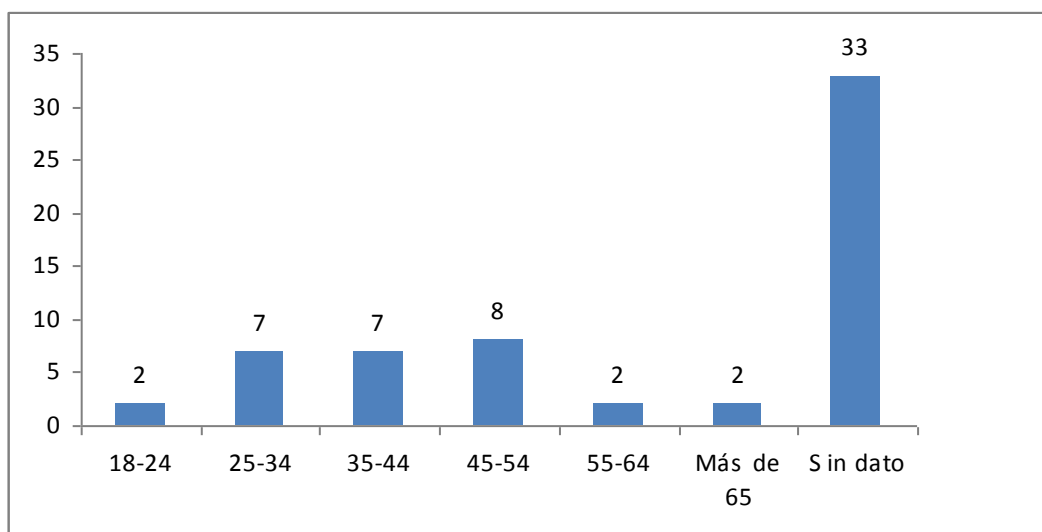


Figura 2. Edad del demandante.

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

- Con relación a si es el afectado es el que demanda:

Se encontró que sólo en 38% de los casos es el afectado quien instaura la demanda, mientras que en el 62% de los casos la demanda la instaura una persona diferente al afectado.

3.1.3. Demandado

- Profesión

En 59 casos se trataba de médicos exclusivamente; en un caso la demanda involucró a otros profesionales de la salud (una instrumentadora) y en un caso no fue posible establecer a que profesional de la salud se estaba demandando por información ambigua en los datos de la demanda.

- Especialidad

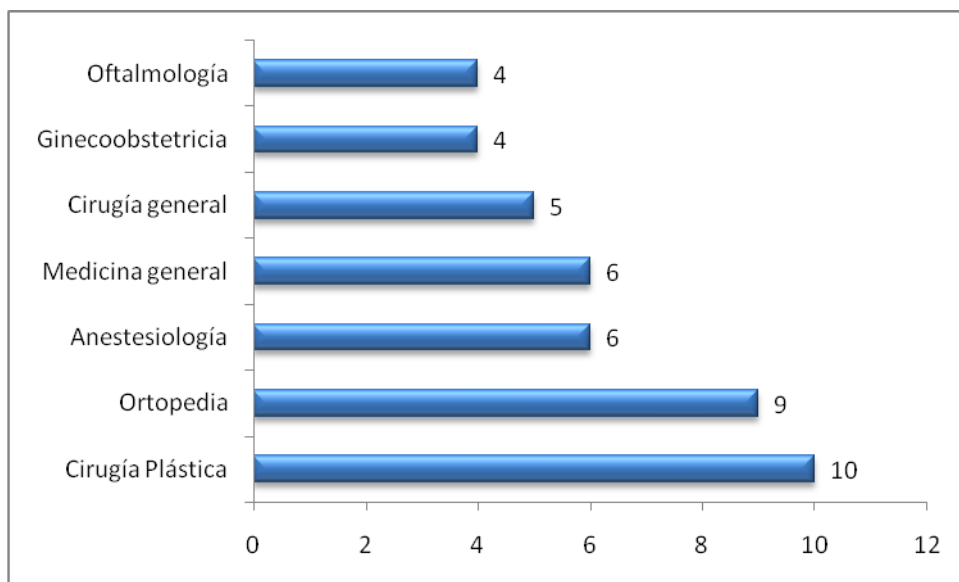


Figura 3. Especialidad demandada

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

La gráfica muestra las especialidades más demandadas por responsabilidad civil. Le siguen a las mencionadas en la gráfica: otorrinolaringología con 3 especialistas, pediatría con 2, urología con 2, cirugía cardiovascular con 1 caso, cirugía pediátrica con 1 caso, residente de primer año de cirugía plástica 1 caso, cirugía vascular 1 caso, medicina interna 1 caso, neurocirugía 1 caso, ortopedista especialista en columna 1 caso, radiólogo intervencionista 1, y en 2 casos no hay dato de la especialidad

- Tiempo de experiencia al momento de los hechos

En la mayoría de los casos (40), no hay dato que permita establecer el tiempo de experiencia del profesional al momento de los hechos. Sin embargo, en 9 casos tenían entre 0 y 4 años, en 4 casos tenían entre 5 y 9 años de experiencia y en 4 casos tenían entre 10 y 14 años de experiencia al momento de los hechos.

3. 2. Características jurídicas de los casos

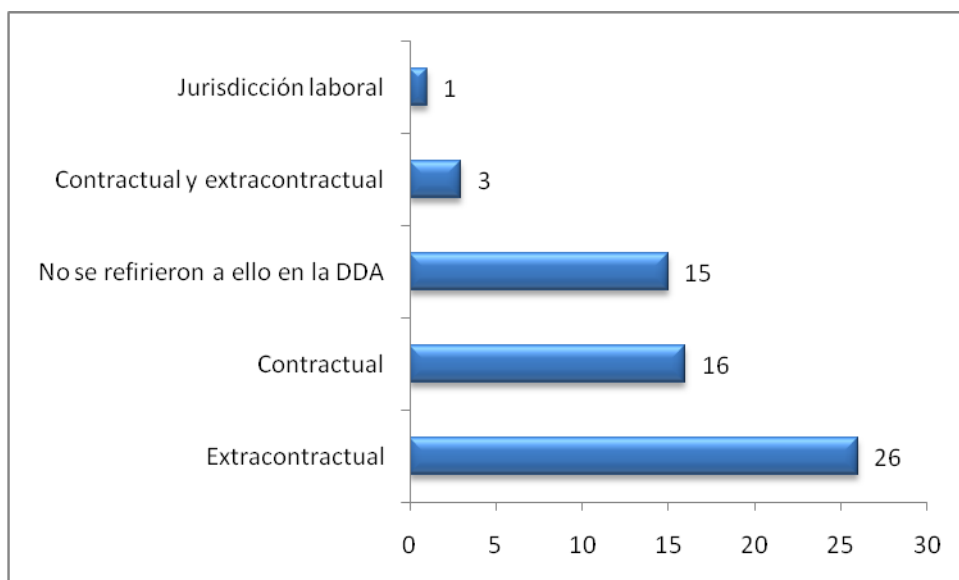


Figura 4. Fuente de responsabilidad invocada en la demanda
Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

Es de resaltar en éste gráfico que en la mayoría de los casos (26) se demandó por responsabilidad civil extracontractual. En 16 casos se argumentó responsabilidad civil contractual, y en 15 casos el demandante no hizo mención alguna de esto en la demanda.

Sin embargo llama también la atención 3 casos en los que en la demanda se argumentaba simultáneamente la vía contractual y la extracontractual y en 1 caso, en el que se trataba de un accidente de trabajo, presentado ante la jurisdicción laboral, la ARP¹² le denunció el pleito¹³ al médico quien acudió al proceso alegando como excepción ausencia de responsabilidad.

3. 3. Elementos de la responsabilidad encontrados

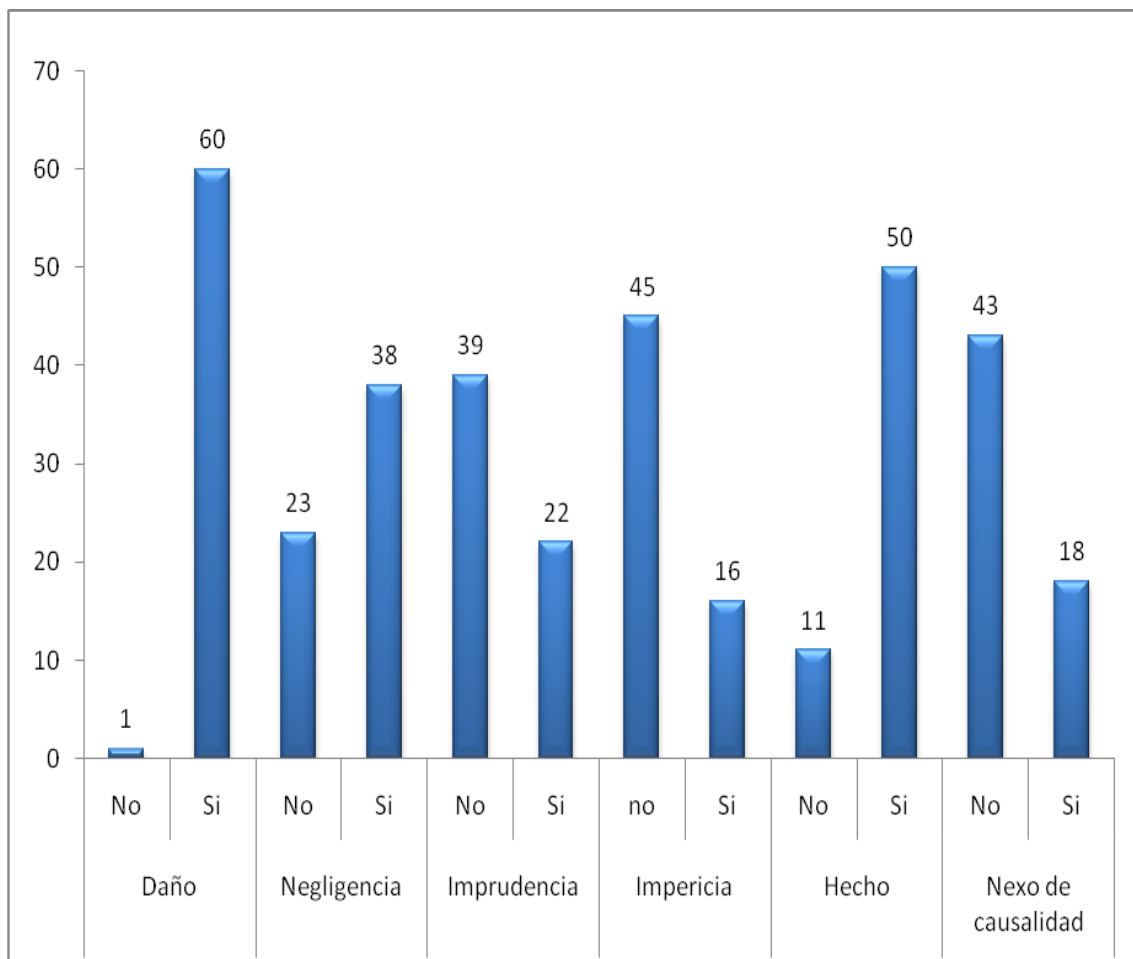


Figura 5. Elementos de la responsabilidad encontrados en las demandas
 Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

Este gráfico esta basado en variables de respuesta dicotómica¹⁴

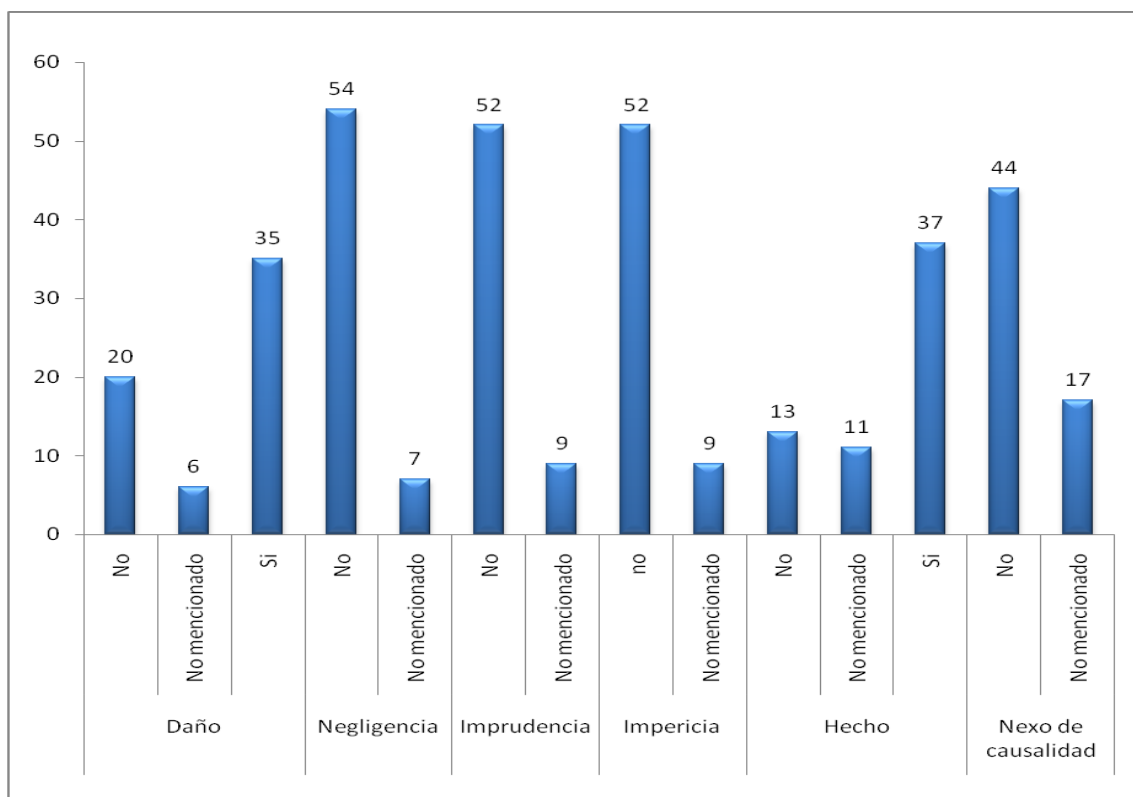


Figura 6. Elementos de la responsabilidad en la argumentación del demandado

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

Este gráfico está basado en variables de respuesta múltiple. Las variables de estas respuestas incluyen las siguientes opciones:

- Si: mencionado específicamente como presente en la contestación de la demanda
- No: específicamente negado en la contestación de la demanda
- No mencionado: no se hizo referencia a este punto en la contestación de la demanda

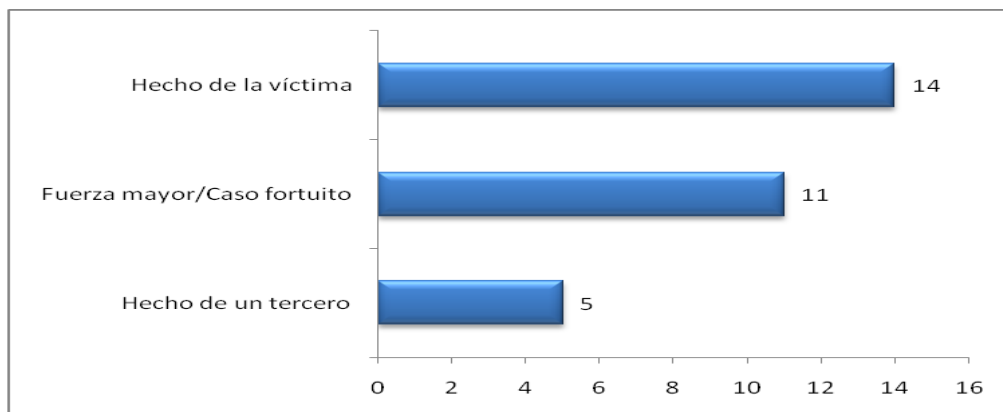


Figura 7. Causales de exoneración invocadas en la argumentación del demandado

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

De las 61 contestaciones, en 30 se propusieron causales de exoneración, mientras que en 31 no se optó por este medio de defensa

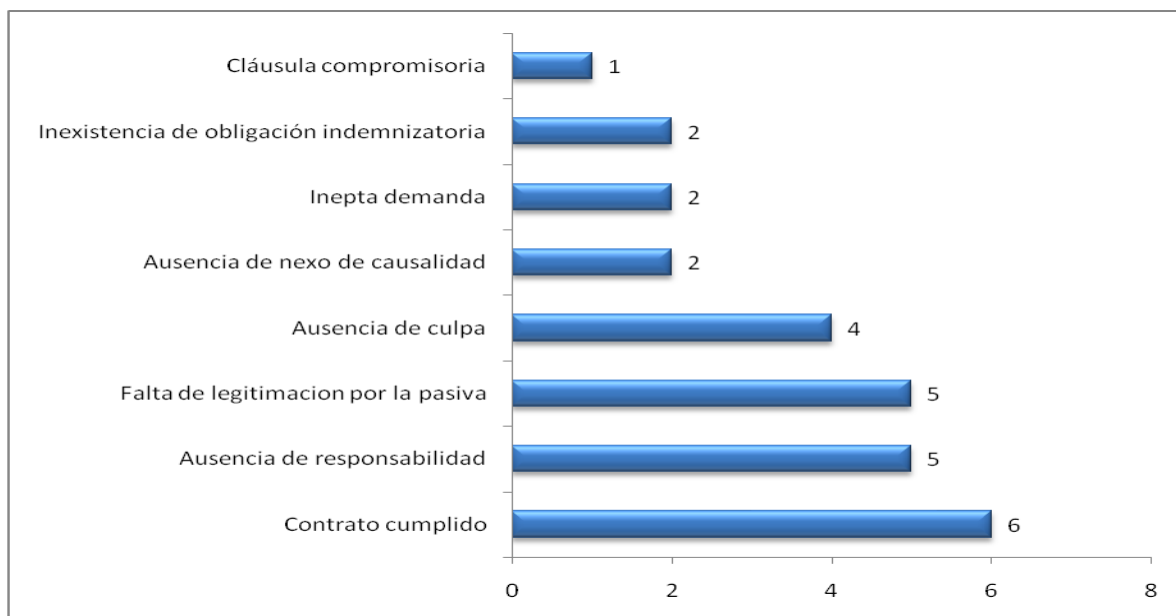


Figura 8. Excepciones propuestas

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

De las 61 contestaciones, en 27 se propusieron excepciones¹⁵ (descritas en el gráfico 8), mientras que en 34 no se optó por este medio de defensa.

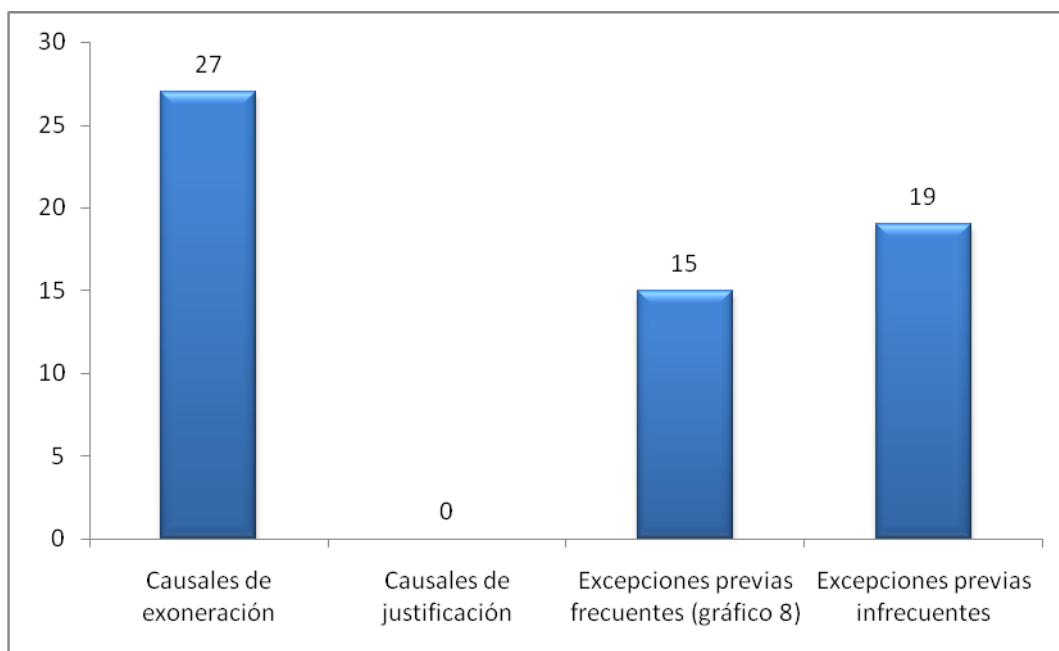


Figura 9. Casos con medios de defensa poco frecuentes

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

De las 61 contestaciones, en 19 casos no se propusieron causales de exoneración ni de justificación, y o no se propusieron excepciones previas, o las propuestas son infrecuentes y diferentes a las señaladas en el gráfico 8.

3.4. Resultados del proceso

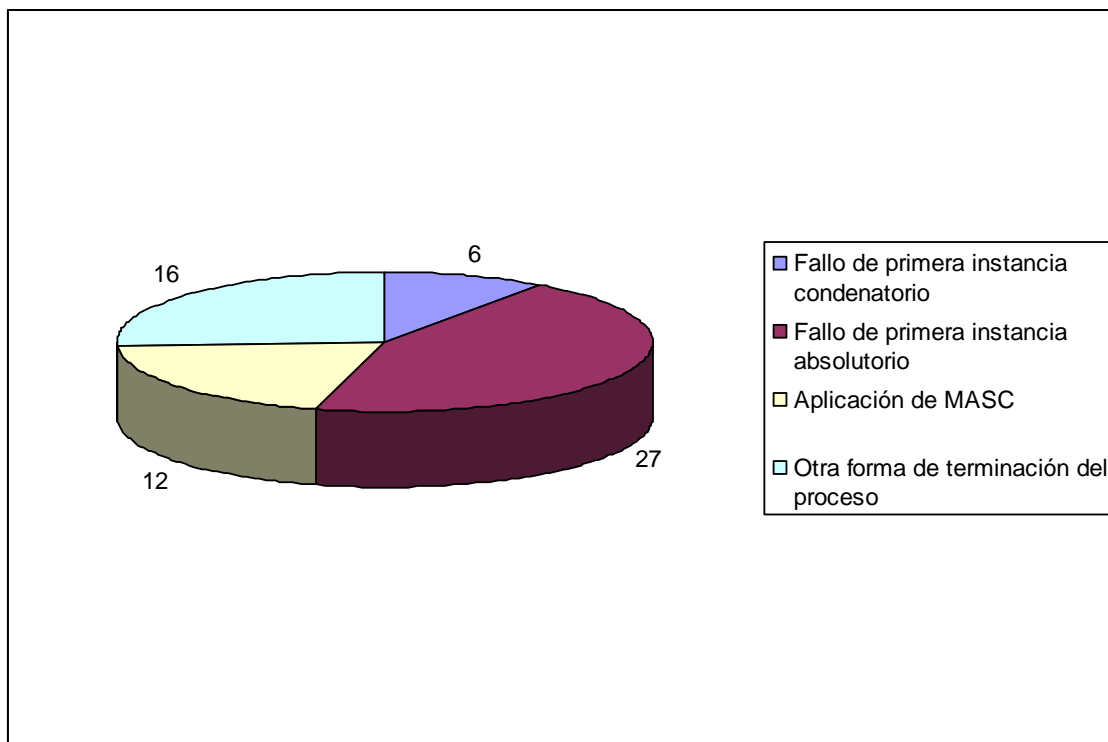


Figura 10. Resultados de los procesos en primera instancia
 Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

- MASC: mecanismos alternativos de solución de conflictos

3.4.1. Evolución de las sentencias que se apelaron a segunda instancia

Se realizó un análisis de las sentencias en los procesos de primera instancia, porque exclusivamente sobre los fallos condenatorios y

absolutorios es que el juez se pronuncia con respecto a los elementos de la responsabilidad.

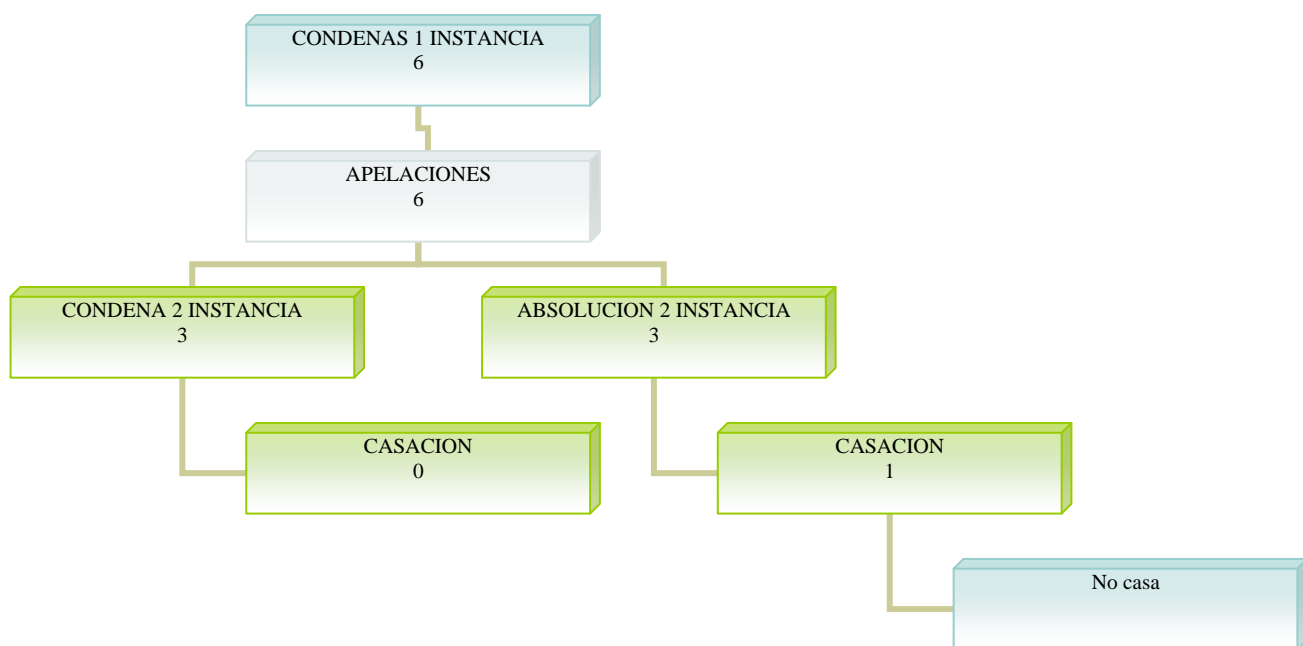


Figura 11. Condenas

Fuente: 6 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que terminaron con condena en primera instancia

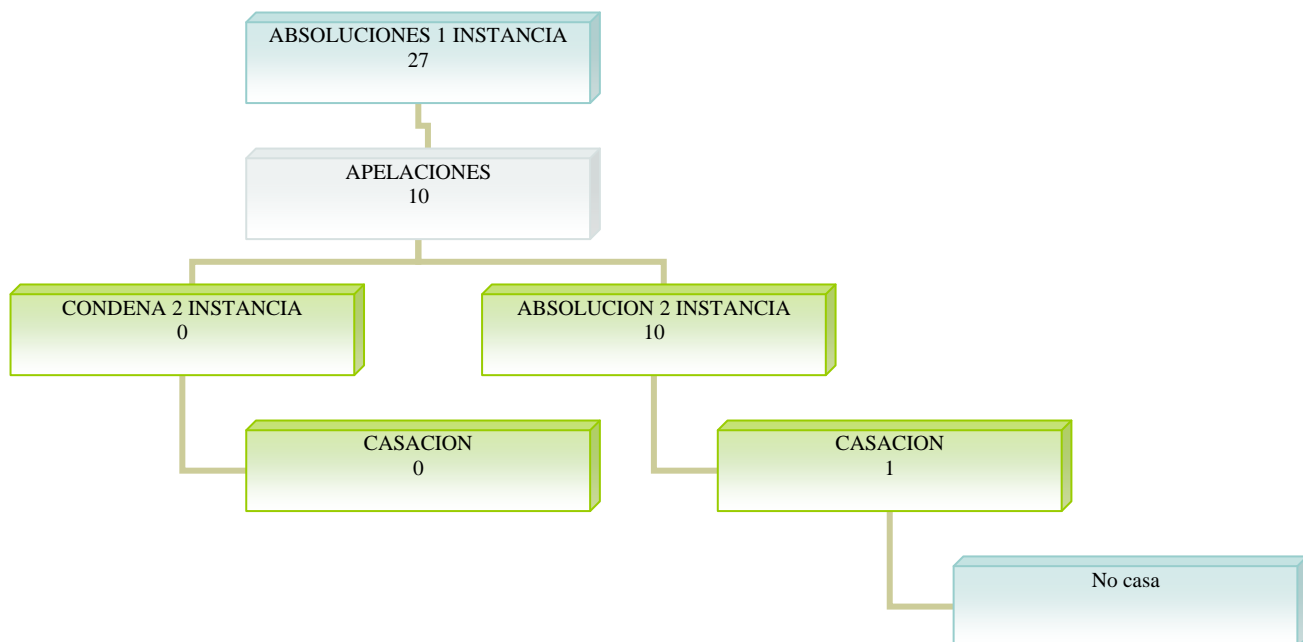


Figura 12. Absoluciones

Fuente: 27 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que terminaron con absolución en primera instancia.

En el gráfico 10 se aprecia la evolución de las seis condenas de primera instancia¹⁶ así:

- Las seis condenas se apelaron. De ellas, tres se confirmaron y en tres el juez de segunda instancia revocó la decisión. De las tres sentencias en las que el juez de segunda instancia revocó la decisión, una fue a casación pero no casó.

En el gráfico 11 se aprecia la evolución de las veintisiete absoluciones de primera instancia así:

- De las veintisiete absoluciones diez se apelaron. De estas diez apelaciones, en ningún caso el juez de segunda instancia revocó la decisión. En una de estas absoluciones de segunda instancia el afectado con la decisión (en este caso el paciente o su familiar), interpuso recurso de casación, pero, como se observa en el gráfico, la sentencia no casó, quedando finalmente los veintisiete procesos con sentencia absolutoria

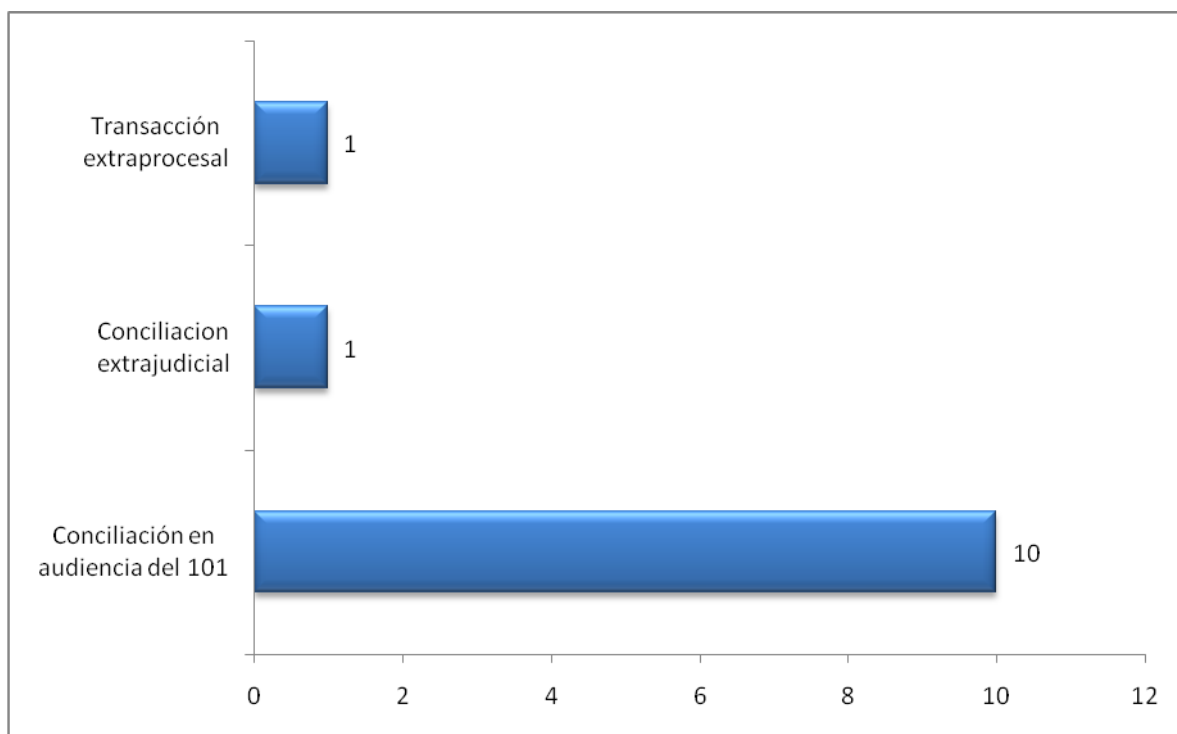


Figura 13. Casos que optaron por un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (M.A.S.C.)

Fuente: 12 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que optaron por un M.A.S.C.

De los doce casos, en uno se optó por una transacción extraprocesal¹⁷ en uno por una conciliación extrajudicial¹⁸ y en 10 se llegó a conciliación durante la audiencia del 101¹⁹

Tabla 1. Relación entre los elementos de la responsabilidad argumentados en la demanda, en la contestación de la demanda y la terminación del proceso en la audiencia de conciliación del artículo 101

	PRESENTE EN LA DEMANDA			AUSENTE SEGÚN CONTESTACION		
	SI	NO	NO MENCIONADO	SI	NO	NO MENCIONADO
DAÑO	10	0	0	6	3	1
NEGLIGENCIA	7	0	3	0	9	1
IMPRUDENCIA	3	4	3	0	9	1
IMPERICIA	7	1	2	0	9	1
HECHO	8	0	2	6	3	1
NEXO DE CAUSALIDAD	2	0	8	0	8	2

Fuente: 10 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 terminados en audiencia del 101

Es de resaltar como en 9 de los casos conciliados en audiencia del 101, no se pudo argumentar desde la contestación de la demanda que NO existía

culpa por parte del profesional y en 8 de los casos tampoco se pudo argumentar la ausencia de nexo de causalidad.

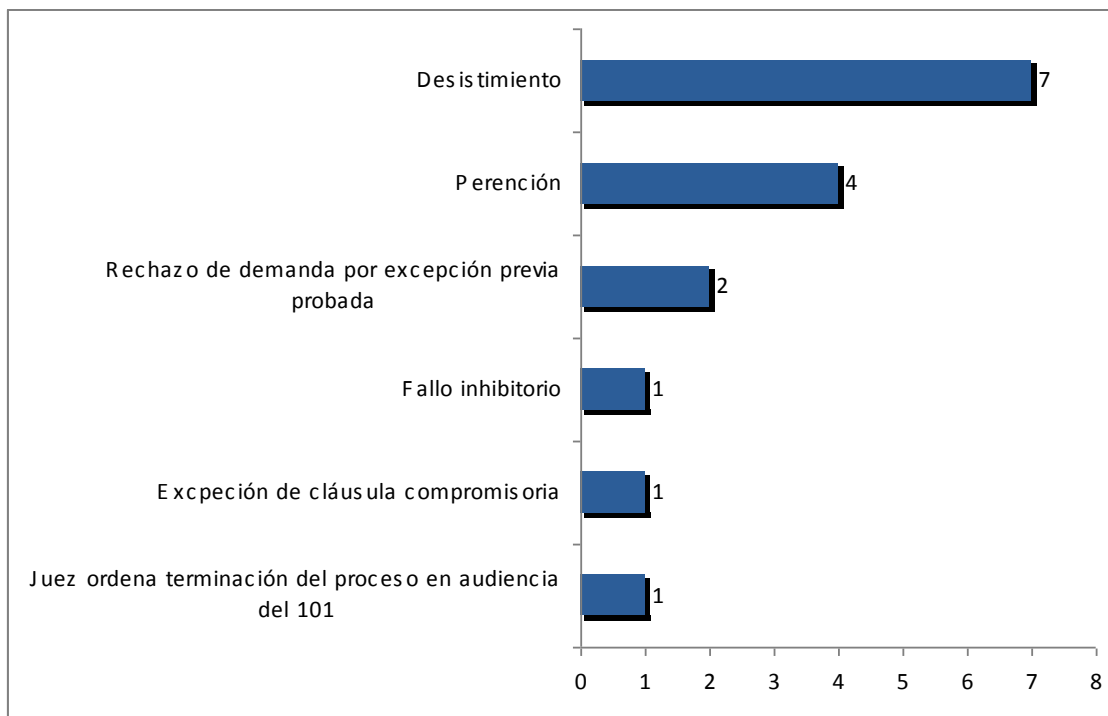


Figura 14. Procesos que no terminaron con sentencia ni con un MASC
 Fuente: 16 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que no terminaron con sentencia ni con un MASC

- Desistimiento: declaración del demandante de abandonar su pretensión en el proceso
- Perención: extinción del proceso que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no se realizan actos procesales de parte
- Excepción previa probada: hace referencia a las excepciones señaladas taxativamente en el Art. 97 del código de procedimiento civil
- Fallo inhibitorio: aquel en el cual el juez se abstiene de considerar la cuestión controvertida.
- Cláusula compromisoria: excepción previa incluida en el Art. 97 del Código de Procedimiento Civil que se refiere a la presencia en el contrato de una cláusula en virtud de la cual los contratantes acuerdan

someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral.

- Terminación del proceso en audiencia del 101.

3.4.2. Relación entre los elementos de la responsabilidad verificados por el juez, las condenas y las absoluciones

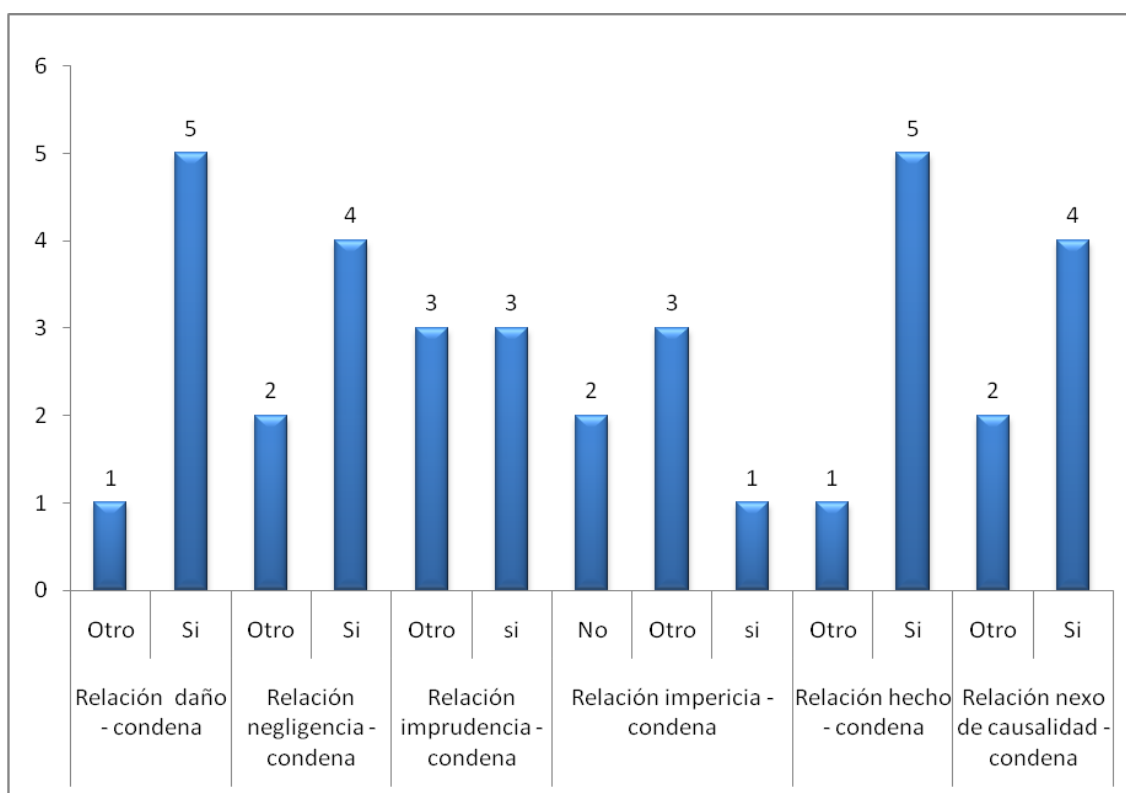


Figura 15. Elementos de la responsabilidad verificados por el juez en relación con las condenas de primera instancia

Fuente: 6 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 con condena de primera instancia

Este gráfico esta basado en variables de respuesta múltiple.

Se observa como de las 6 condenas de primera instancia, en 1 caso el señor juez no mencionó la existencia de daño, en 2 casos no mencionó la presencia de negligencia, en 3 casos no mencionó la presencia de imprudencia, en 3 casos no mencionó la impericia, en 1 caso no se mencionó el hecho y en 2 casos no fue relevante para el juez mencionar el nexo de causalidad.

Es de resaltar que en el caso en el que no se hizo referencia ni al hecho, ni al daño ni al nexo de causalidad, la condena fue revocada en segunda instancia por estos motivos.

La variable otro hace referencia a que dicho elemento de la responsabilidad no fue mencionado por el juez en la sentencia

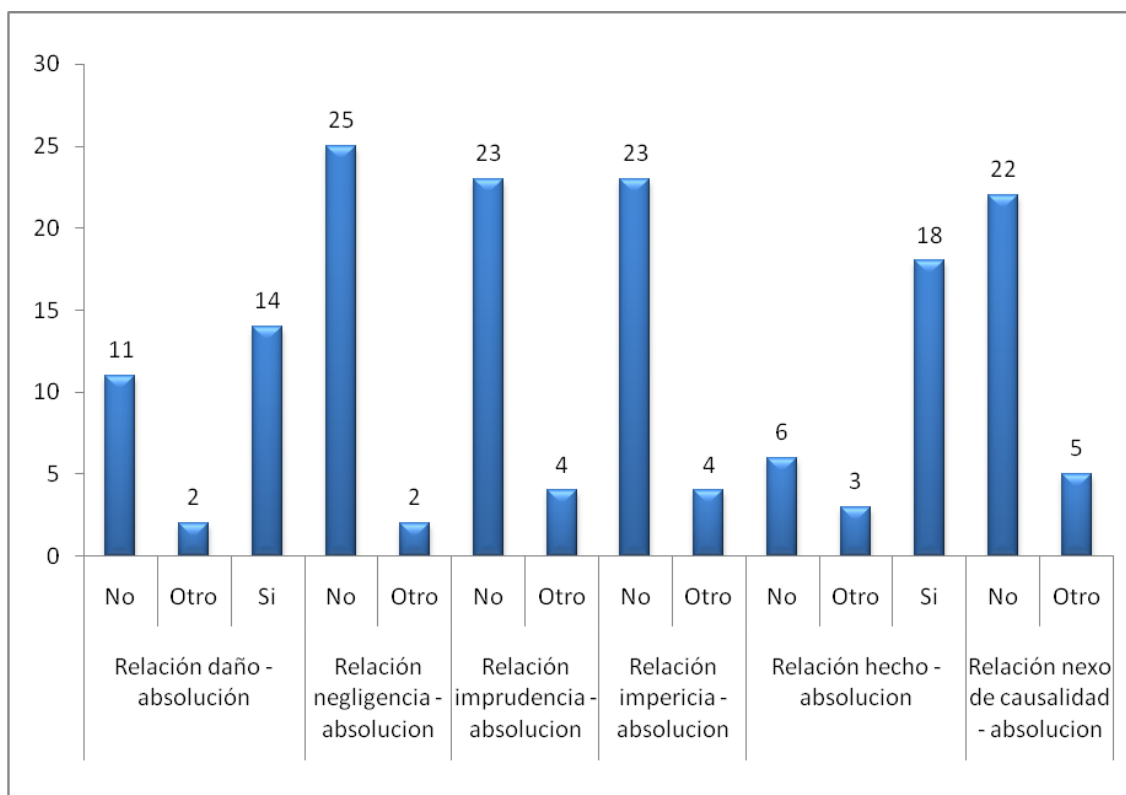


Figura 16. Elementos de la responsabilidad verificados por el juez en relación con las absoluciones de primera instancia

Fuente: 27 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 con absolución en primera instancia

Este gráfico esta basado en variables de respuesta múltiple.

Se observa como de las 27 absoluciones de primera instancia en 11 no se comprobó el daño, en 25 no se comprobó negligencia, en 23 no se comprobó imprudencia, en 23 no se comprobó impericia, sólo en 6 casos no se logró verificar la existencia de un hecho como detonante de responsabilidad profesional y en 22 casos no se logró establecer nexo de causalidad.

La variable otro hace referencia a que dicho elemento de la responsabilidad no fue mencionado por el juez en la sentencia

Tabla 2. Relación entre los elementos de la responsabilidad verificados por el juez y las absoluciones y las condenas de primera instancia

	Daño			Culpa									Hecho			Nexo causal		
				Negligen.			Impruden.			Imperi.								
	Si	No	N.M	Si	No	N.M	Si	No	N.M	Si	No	N.M	Si	No	N.M	Si	No	N.M
Condena	5	0	1	4	0	2	3	0	3	1	2	3	5	0	1	4	0	2
Absolución	14	11	2	0	25	2	0	23	4	0	23	4	18	6	3	0	22	5

Fuente: 33 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

* N.M.= Elemento de la responsabilidad no mencionado por el juez en la sentencia.

Esta tabla esta basado en variables de respuesta múltiple.

En esta tabla se consolida la relación que existe entre la valoración hecha por el juez de los elementos de la responsabilidad (daño, culpa, hecho y nexo de causalidad) y el resultado del proceso con sentencia condenatoria o absolutoria.

De esta manera se observa como de las 6 condenas en 5 casos se comprobó un daño (en un caso no se mencionó en el fallo la presencia del daño), en cuatro casos el juez verificó la presencia de negligencia, en 3

casos imprudencia y en un caso impericia. En 5 casos el juez verificó el hecho (actuar médico) y en 4 casos se verificó un nexo de causalidad.

De las 27 absoluciones, en 11 casos el juez no logró verificar la presencia de un daño, en 25 casos no verificó negligencia, en 23 casos no se logró verificar imprudencia y en 23 casos no se verificó impericia. En cuanto al hecho, en 6 casos no se verificó un hecho (acto médico) mientras que en 18 casos si se verificó un hecho y finalmente, en cuanto al nexo de causalidad, en 22 casos no se logró verificar el mismo.

La variable N.M. hace referencia a que el juez no mencionó dicho elemento en la motivación de la sentencia y no la tuvo en cuenta a la hora de proferir su fallo.

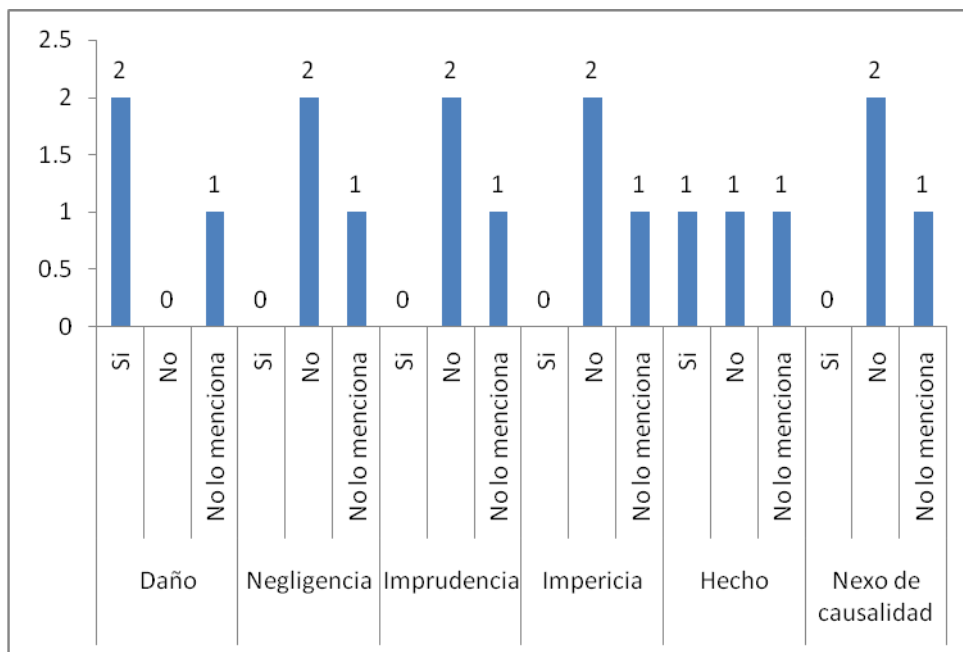


Figura 17. Relación de los elementos verificados por el juez en condenas de primera instancia que terminaron con absolución en segunda instancia.

Fuente: 3 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 con condena en primera instancia y absolución en segunda instancia

De los tres casos en los que sobre una condena de primera instancia el juez de segunda instancia cambió la decisión se encontró que en 1 caso no se mencionaron los elementos de la responsabilidad pues el tribunal consideró que si penalmente se ordenó la preclusión de la investigación por atipicidad, no existía el elemento subjetivo necesario para que se configurara responsabilidad en el proceso civil y denegó las pretensiones.

En los otros dos casos en los que en primera instancia se condenó y en segunda instancia se absolvió al profesional de la salud se encontró que el tribunal en los 2 casos encontró probado el daño, en uno no se encontró

demostrado que la actuación del médico fue la que produjo ese daño y en ninguno de los dos casos el tribunal encontró probada negligencia, imprudencia, impericia o un nexo de causalidad.

3.4.3. Causales de exoneración

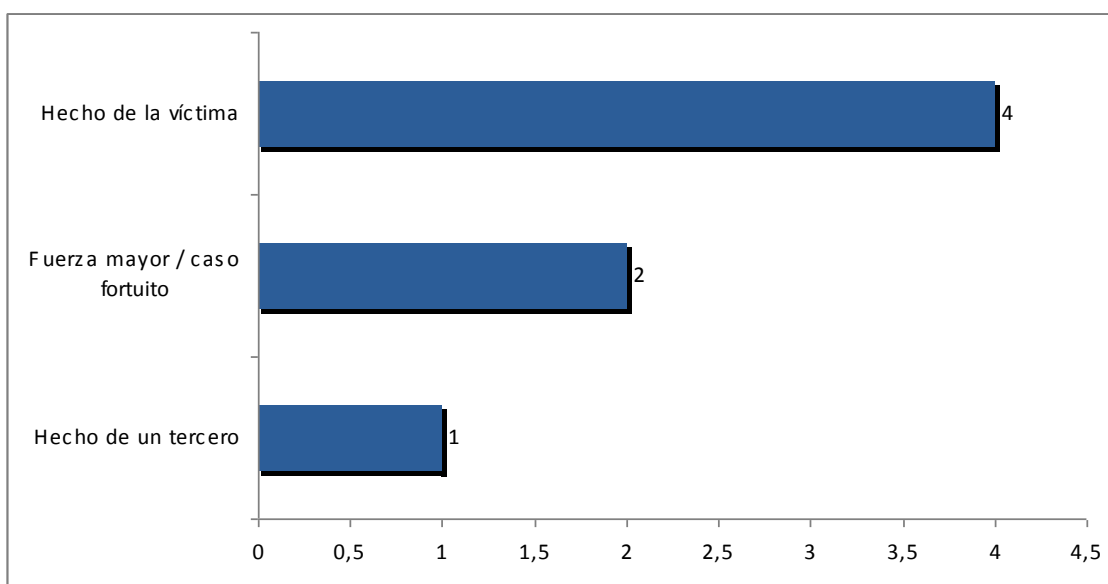


Figura 18. Causales de exoneración aceptadas por el juez
Fuente: 7 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 en los que el juez aceptó una causal de exoneración

Tabla 3. Cuadro comparativo entre las causales de exoneración propuestas en la contestación de la demanda y las aceptadas por el juez a la hora de proferir sentencia

	ARGUMENTO EN LA DEFENSA	ACEPTACION POR EL JUEZ EN SENTENCIA	N	TOTAL
HECHO DE LA VICTIMA	NO	NO	46	47
		SI	1	
	SI	NO	11	14
		SI	3	
FUERZA MAYOR / CASO FORTUITO	NO	NO	49	50
		SI	1	
	SI	NO	10	11
		SI	1	
HECHO DE UN TERCERO	NO	NO	56	56
		SI	0	
	SI	NO	4	5
		SI	1	

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

Llama la atención en esta tabla lo aceptado por el juez:

- Con respecto al hecho de la víctima:

* En 46 casos ni se argumentó en la contestación de la demanda ni fue aceptada por el juez.

* En un caso, a pesar de no haber sido argumentada en la contestación, el juez la dio por aceptada.

* En 11 casos se propuso como causal de exoneración en la contestación de la demanda pero el juez no la aceptó.

* En 3 casos fue propuesta como excepción y fue aceptada por el juez como causal de exoneración.

- Con respecto a la causal de exoneración fuerza mayor / caso fortuito:

* En 49 casos ni se argumentó en la contestación de la demanda ni fue aceptada por el juez como causal de exoneración en la sentencia

* En 1 caso no fue argumentada como causal de exoneración en la contestación de la demanda pero fue aceptada por el juez en la sentencia.

* En 10 casos se propuso como causal de exoneración en la contestación de la demanda pero el juez no la aceptó.

* Por el contrario, en un caso, no fue argumentada en la contestación de la demanda, pero sin embargo el juez la aceptó como causal de exoneración de responsabilidad

- Con respecto a la causal hecho de un tercero:

* En 56 casos no fue propuesta como eximente de responsabilidad en la contestación de la demanda y tampoco fue aceptada por el juez al momento de proferir sentencia.

* En 4 casos si fue propuesta como eximente de responsabilidad en la contestación de la demanda pero el juez no la aceptó a la hora de proferir sentencia

* En un caso fue propuesta como causal de exoneración y fue aceptada por el juez en la sentencia.

3.5. Duración del proceso

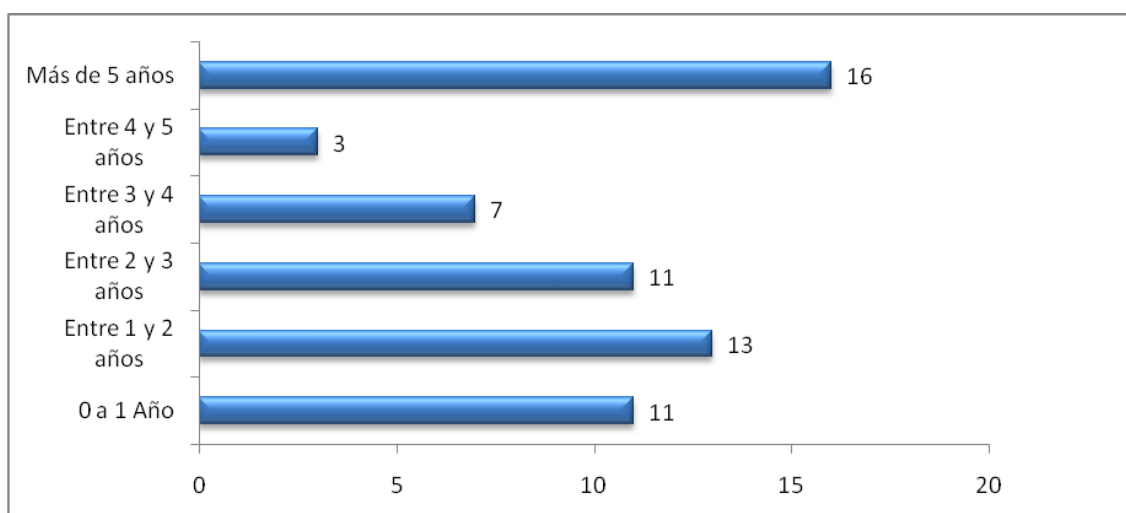


Figura 19 .Tiempo de duración del proceso

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

En los datos obtenidos se encontró:

- Que los procesos tuvieron un tiempo de duración con un mínimo de 2 meses y un máximo de 9 años 5 meses.
- La media²⁰ fue de 3 años
- La mediana²¹ fue de 2 años y medio (2,52)

3.6. Riesgo de la asesoría jurídica

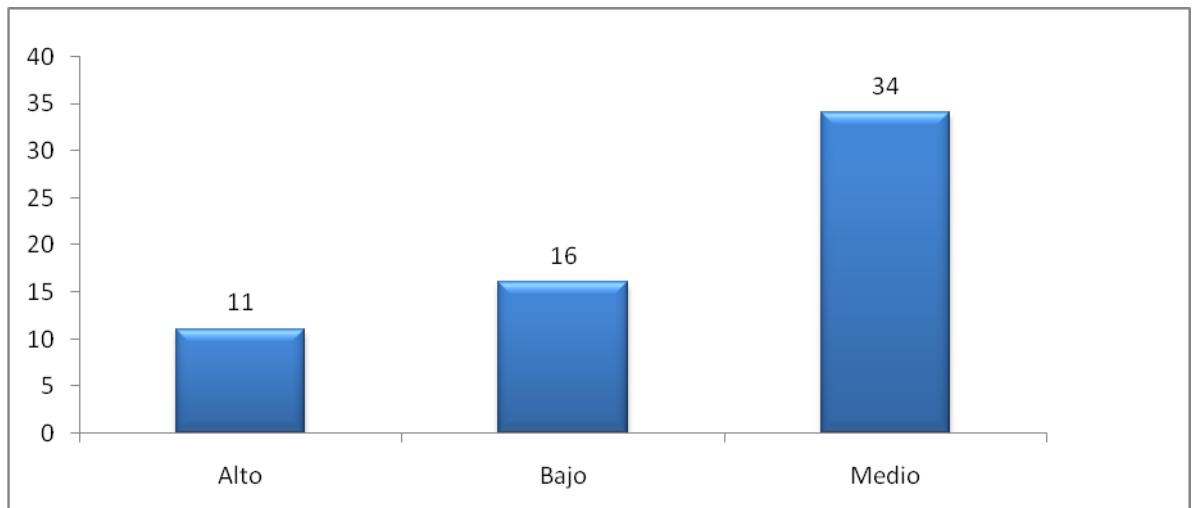


Figura 20. Resultado riesgo asesoría jurídica

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

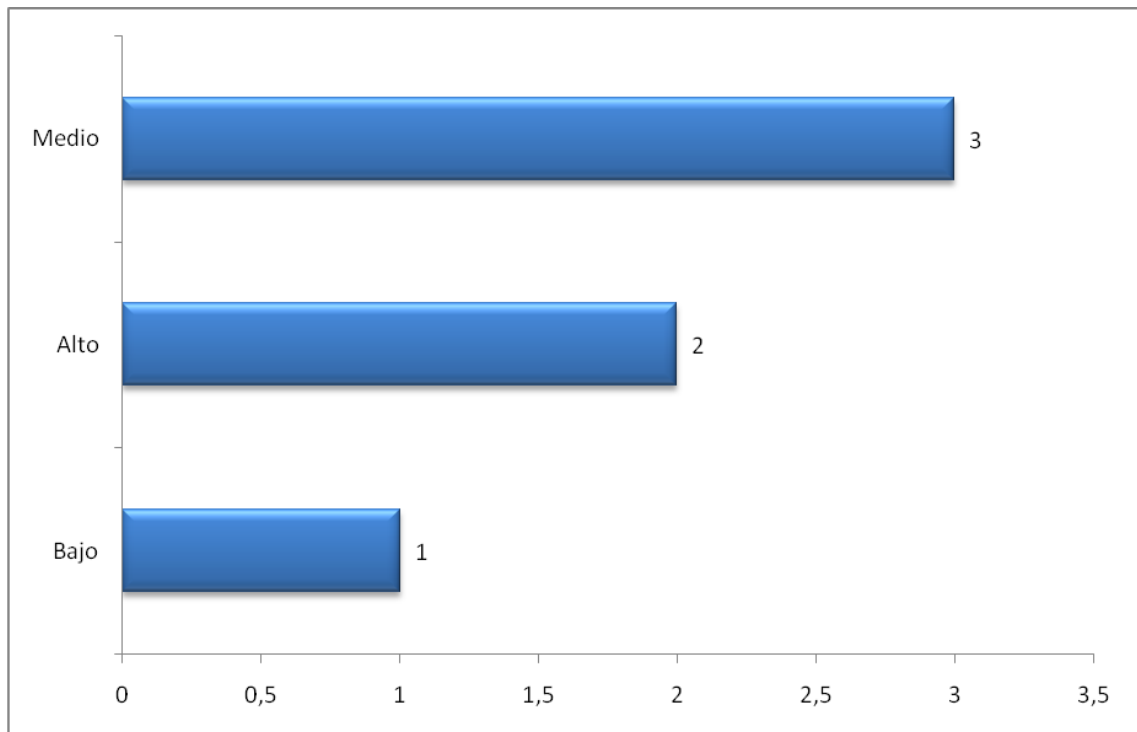


Figura 21. Relación riesgo de asesoría jurídica con condenas
Fuente: 6 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que terminaron con condena en primera instancia

3.7. Riesgo de la asesoría científica

En 35 casos se realizó asesoría científica mientras que en 26 de los casos no se realizó asesoría científica²².

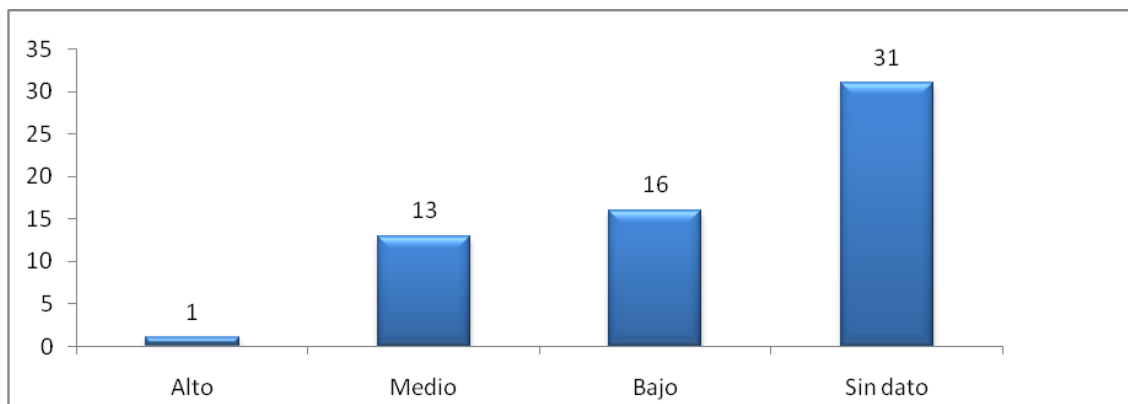


Figura 22. Calificación del riesgo de asesoría científica
 Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006

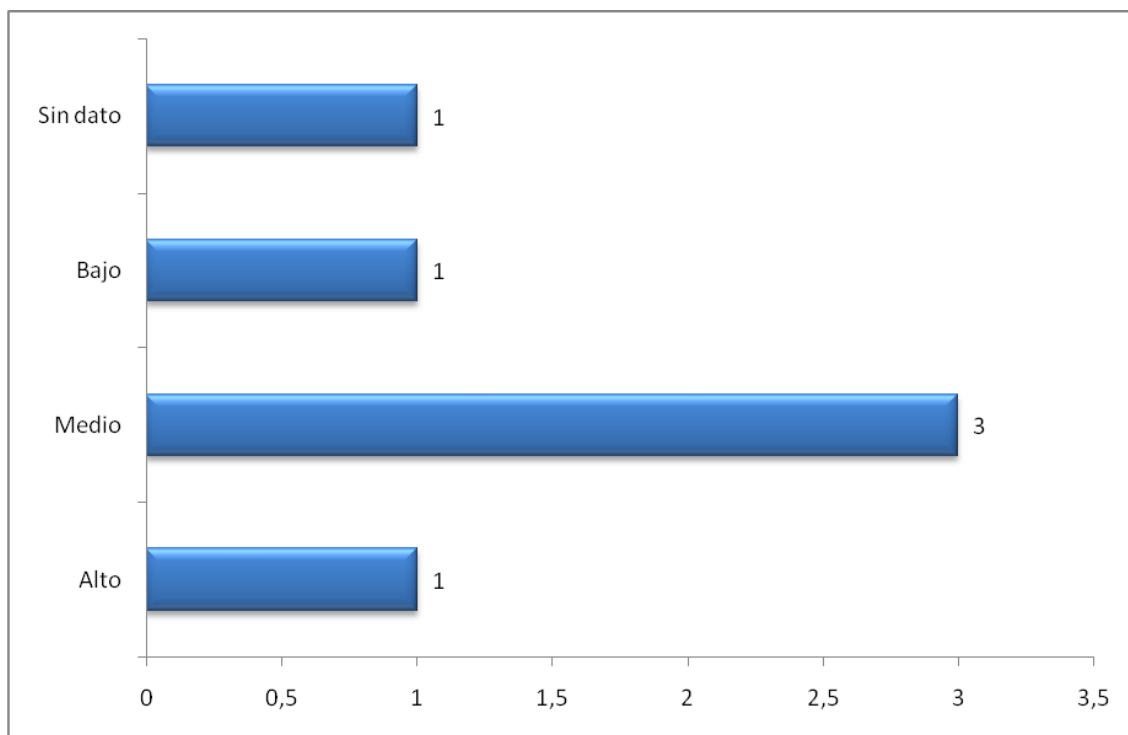


Figura 23. Relación riesgo de asesoría científica - condenas
 Fuente: 6 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que terminaron con condena en primera instancia

Tabla 4. Relación entre el riesgo de la asesoría jurídica, el riesgo de la asesoría científica y el fallo proferido por el juez

FALLO CONDENATORIO	RIESGO ASESORÍA JURÍDICA	RIESGO ASESORÍA TÉCNICO-CIENTÍFICA	N	TOTAL
No	Alto	Bajo	2	9
		Medio	2	
		Sin dato	5	
	Bajo	Bajo	7	15
		Medio	1	
		Sin dato	7	
	Medio	Bajo	6	31
		Medio	7	
		Sin dato	18	
Si	Alto	Alto	1	2
		Sin dato	1	
	Bajo	Bajo	1	1
	Medio	Medio	3	3

Fuente: 61 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE –

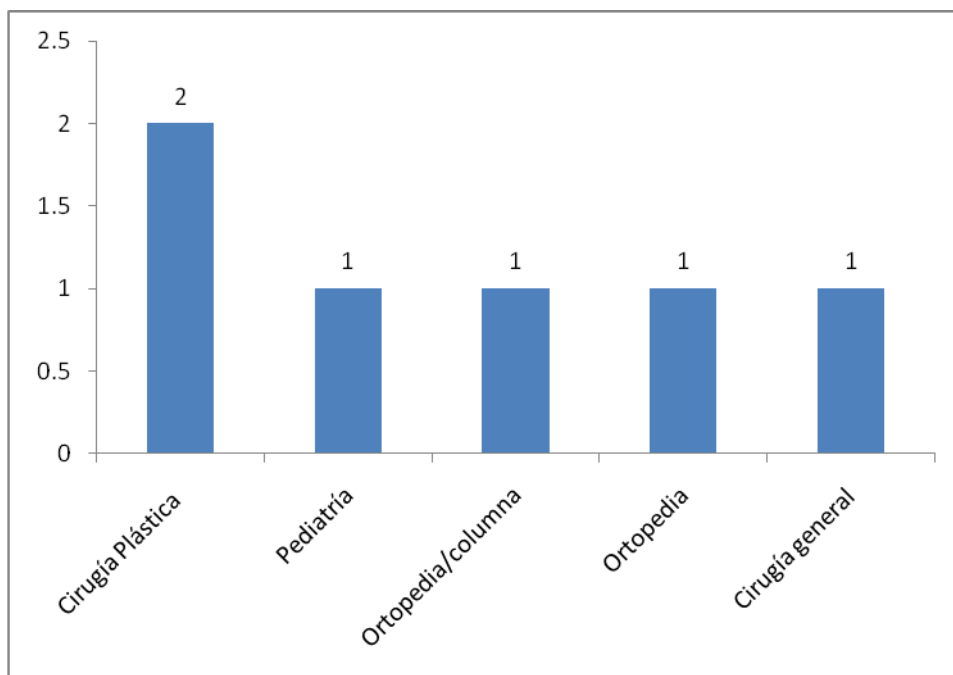


Figura 24. Relación especialidad – condenas en primera instancia
 Fuente: 6 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que terminaron con condena en primera instancia

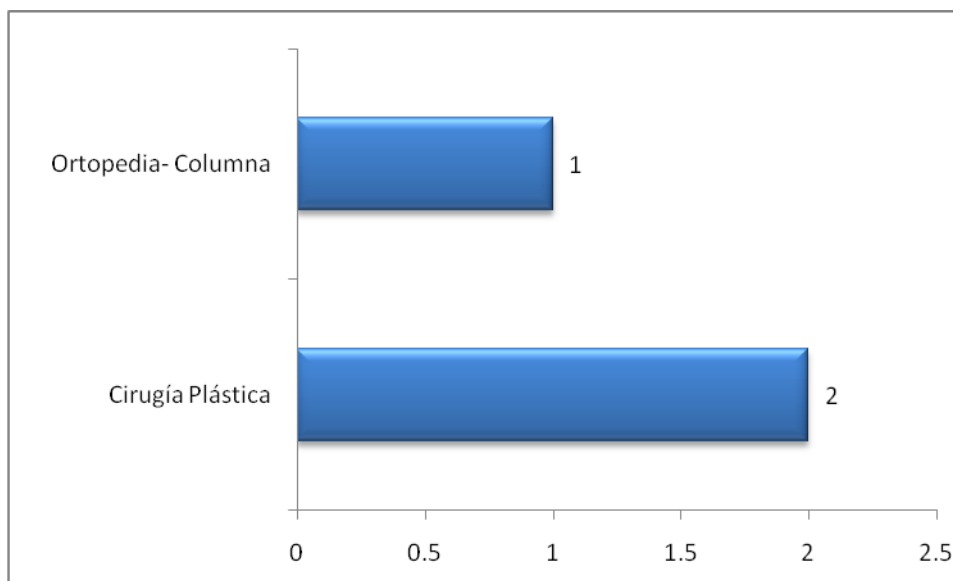


Figura 25. Relación especialidad – condenas de segunda instancia
 Fuente: 3 casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud SCARE – FEPASDE 2002-2006 que terminaron con condena en segunda instancia

4. DISCUSION

4.1. En relación con los resultados.

4.1.1. Características sociodemográficas

No existen estadísticas sobre las características sociodemográficas de los casos ni en la literatura, ni en la doctrina. Sin embargo, de la recolección de los datos se permite inferir que:

- Se obedece la regla de la competencia por cuanto coinciden el lugar de ocurrencia de los hechos con el lugar de la demanda, de acuerdo a lo reglamentado por nuestro C. de P. C. en su artículo 23. (competencia por razón del territorio)
- A pesar de la ausencia de datos (10 casos) sobre edad del afectado, llama la atención que la mayoría de los casos se presentaron en personas en edad productiva. Otro importante grupo de afectados lo constituyen los menores de edad.
- Con respecto a si es el afectado el que demanda es mayor el caso en que no, probablemente porque se trata de menores de edad o por que el afectado falleció y quien demanda es su familiar.

- La mayoría de los casos fueron contra médicos. Solo en un caso se encontró una demanda civil contra una instrumentadora en este periodo de tiempo y en un caso no se pudo establecer de que tipo de profesional de la salud se trataba, lo que permite inferir que de todas las profesiones relacionadas con el área de la salud, son los médicos los que se encuentran mas expuestos a procesos por responsabilidad civil en los casos asesorados en SCARE
- Dentro del grupo de profesionales médicos, el mayor número de demandas fue contra cirujanos plásticos, seguido por el grupo de ortopedistas, anestesiólogos, médicos generales y cirujanos generales. Llama la atención que las dos especialidades más demandadas desde el punto de vista civil son quirúrgicas, ello posiblemente debido a que en estos campos tanto pacientes como familiares pueden tener mayores expectativas en relación con el *resultado del manejo* realizado por el profesional de la salud.

4.1.2. Fuentes de la responsabilidad.

En relación con la fuente de la responsabilidad es de resaltar lo encontrado en el estudio y lo aceptado por la doctrina y la jurisprudencia civil.

Aunque no es claro el criterio aplicable, en general la doctrina y la jurisprudencia civil aceptan que se considera la responsabilidad civil médica como de origen contractual, pero que se pueden invocar cualquiera de las dos en forma subsidiaria. Ello contrasta con el estudio según el cual, en 16 casos se invoco la responsabilidad contractual, en 26 la responsabilidad de tipo extracontractual y solo en 3 casos se invocaron ambos tipos, no siendo claro si se hacía o no de manera subsidiaria, como se recomienda de acuerdo a lo anteriormente señalado.

4.1.3. Argumentación jurídica de los casos

Argumentación presentada por el afectado en la demanda.

De acuerdo a lo analizado por la doctrina y la jurisprudencia civil, se convierte en pilar fundamental de la responsabilidad civil el hecho de que se configuren de forma inequívoca los elementos de la responsabilidad que en su oportunidad fueron analizados.

Es por ello que es de vital importancia en un proceso de responsabilidad médica, como en cualquier tipo de proceso, que se estructuren dichos presupuestos, no solo para que prospere la pretensión, sino para que la sentencia sea estimatoria. Siendo de tanta importancia la configuración de los mencionados elementos, llama la atención como solo se mencionaron

consistentemente la presencia del daño (60 casos) y la presencia del hecho (50 casos). En el caso de los elementos restantes, que por lo demás, y de acuerdo a lo anotado son los determinantes en la configuración de la responsabilidad, la alusión a los mismos fue ocasional, y se puede relacionar nuevamente así: en solo 38 de las demandas se mencionó negligencia, en solo 22 de las demandas se mencionó imprudencia, en solo 16 se mencionó impericia y de forma llamativa, y contrario a lo predicado por nuestra jurisprudencia civil, solo 18 de las demandas hicieron énfasis en la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho y el daño. De lo anterior se deduce que para la mayoría de los abogados demandantes, no es importante estructurar en su demanda los elementos de la responsabilidad como pilar fundamental para que prospere la pretensión y la sentencia sea estimatoria. Plantea esto un interrogante sobre la calidad de las demandas presentadas ante nuestros jueces.

Contestación de la demanda.

Frente a la pretensión del demandante existe la oposición del demandado cuando se enfrenta a ella, para perseguir su paralización, su modificación o su destrucción. Se entiende por oposición del demandado el acto de voluntad de éste que manifiesta de alguna manera su resistencia a la pretensión del demandante, proponiendo defensas de cualquier naturaleza, en busca de una sentencia que le sea favorable, o de que no haya proceso.

Oposición y defensa, en sentido general, son sinónimos, e incluyen desde la simple negación del derecho y de los hechos hasta las excepciones previas y las de fondo o de mérito. (Devis Echandía, 2006, p. 225)

En el presente estudio, en este extremo de la litis, la contestación de la demanda, en un muy bajo número de casos se omite hacer referencia a los elementos estructurantes de la responsabilidad. La mayoría de las contestaciones aceptan el daño y el hecho, pero concretamente NIEGAN la presencia de negligencia, imprudencia, impericia o de un nexo de causalidad entre el hecho y el daño sufrido por el paciente.

Para la autora del presente estudio, este hecho permite evidenciar la importancia que para los abogados defensores, tiene el hecho de desvirtuar lo asegurado en la demanda, y si no fue así, en no dejar dudas al juez sobre la adecuada actuación del profesional de la salud, en el hecho que es motivo de controversia.

En cuanto a los medios de defensa aceptados por la doctrina y por la jurisprudencia, es de resaltar que en 33 casos se propusieron causales de exoneración, en ningún caso se encontraron causales de justificación, pero si se propusieron algunas de las excepciones previas enunciadas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. No existe literatura que nos permita evaluar que tan frecuente es la presentación de estas opciones como

modalidades de defensa, pero es un hecho que tanto en la responsabilidad médica, como en otros casos de responsabilidad civil, son medios de defensa válidos y frecuentemente aplicados a la hora de argumentar la ausencia de responsabilidad.

Sin embargo es nuevamente importante destacar que, a nuestro parecer, y de acuerdo a los hallazgos del presente estudio, los argumentos de defensa están mejor estructurados probablemente porque se trata de contestaciones elaboradas por un grupo interdisciplinario de profesionales (abogados, médicos, etc.) que se dedican exclusivamente a defender a profesionales de la salud envueltos en procesos por responsabilidad médica.

4.1.4. Terminación de los procesos

Tampoco se encontró literatura ni estadísticas que permitan conocer los porcentajes de demandas por responsabilidad médica cuya sentencia fue apelada a segunda instancia o llevada a casación, ni tampoco que porcentajes de demandas no terminaron su proceso ante la jurisdicción ordinaria mediante sentencia sino de otra forma.

De nuestro estudio se concluye que un bajo porcentaje (9.83%) de los casos terminaron con fallo condenatorio en primera instancia. Por otra parte, en 19.67% de los casos se optó por un método alternativo de solución de

conflictos y en un 26.22% de los casos el proceso terminó de otra forma. De ello se concluye que en un 44.26% de los casos la sentencia proferida por el juez de primera instancia fue estrictamente absolutoria.

Al realizar un análisis de los elementos de la responsabilidad civil aceptados por el juez al momento de proferir sentencia absolutoria de primera instancia se encuentra que solamente se comprobó el daño en 14 casos, y el hecho en 18 casos. En relación con la culpa en NINGUN caso de los mencionados, se encontró probada ni la negligencia, ni la imprudencia, ni la impericia y tampoco se encontró probado el nexo de causalidad. En contraste y para resaltar solo en aproximadamente 4 casos el juez no hizo referencia a dichos elementos a la hora de proferir sentencia. Ello se relaciona directamente con el desarrollo jurisprudencial anotado según el cual, el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputa sino cuando haya una relación de causalidad entre su acto y el daño sufrido por el cliente.

Por el contrario, en el análisis de los elementos de la responsabilidad civil aceptados por el juez al momento de proferir sentencia condenatoria de primera instancia nos encontramos con que de los 6 casos, en 5 (83.33%) habló específicamente de la ocurrencia de un hecho y de un daño, en 66.66% hablo de negligencia, en el 50% de los casos habló de imprudencia, en 16.66% habló de impericia y en un 66.66% estableció un nexo de

causalidad. Aunque los porcentajes permiten inferir cuan valiosa es la valoración de dichos elementos a la hora de proferir sentencia condenatoria, parecería que en ciertas ocasiones nuestros jueces se alejan de la doctrina y la jurisprudencia profiriendo sentencias condenatorias sin la observancia de los anteriores elementos como criterios determinantes de la responsabilidad civil.

Al revisar los fallos condenatorios recurridos en segunda instancia, se observa como 3 de ellos terminaron con sentencia absolutoria. De dichos fallos es de resaltar que el tribunal encontró probado el daño en 2 casos, el hecho en 1 caso y no logró establecer ni negligencia, ni imprudencia ni impericia ni nexo de causalidad en ningún caso. Nuevamente queda la idea de que en ocasiones nuestros jueces de primera y segunda instancia se alejan de la comprobación de los elementos constitutivos de responsabilidad para proferir sentencia.

De los 33 casos en los que se invocaron causales de exoneración por la parte demandada, solo en 7 casos dichas causales fueron aceptadas por el juez, lo cual terminó en fallo absolutorio. Según la doctrina imperante, la exoneración de la responsabilidad civil médica, se da en forma general de dos maneras: En primer lugar, rompiendo el factor subjetivo de atribución, es decir, cuestionando el elemento culpa, y en segundo lugar, demostrando una causa extraña, que rompa el nexo causal entre el acto médico y el daño

(elemento objetivo). Por ausencia de culpa, cuando se prueba que el profesional de la medicina no incurrió en ninguna de las posibles formas de culpa en su actuar, y antes por el contrario su acto médico se adecuó en un todo a los cánones legales, científicos y éticos exigidos. Por causa extraña, se apunta a destruir el elemento objetivo de atribución, como lo es la causa, lo que implica demostrar que entre el acto médico y el daño se interpuso una causa que le es completamente ajena a su actuar. La demostración de la causa extraña permiten al demandado liberarse de responsabilidad, al considerarse que así el médico haya incurrido en falta, el daño no es consecuencia de la conducta médica sino que se debe a una causa extraña, que exonera de responsabilidad al profesional que aparece presuntamente responsable, al evaluarse que el daño producido fue causado por un fenómeno exterior al acto médico, rompiéndose de este modo el nexo causal.

La causa extraña puede consistir en una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o el hecho de la víctima, que opera tanto en responsabilidad contractual como en extracontractual. Sobre la materia ha dicho la jurisprudencia nacional que así, el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber puesto todo el cuidado que el caso requería, caso fortuito, fuerza mayor o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones respectivas. La ausencia de culpa hay que distinguirla de la causa extraña, en la medida en que la primera implica una prueba de comportamiento diligente y prudente, aunque no se

determine cual sea la causa exacta del daño y la segunda implica determinar un fenómeno externo al demandado que se considera como causa exclusiva del hecho dañino. Es claro que ambos fenómenos conducen a exonerar de responsabilidad al demandado (Serrano, 2000, p. 141)

En este estudio, se evidenciaron por parte del juez como causales de exoneración el hecho de la víctima en 4 casos y la causa extraña, por fuerza mayor o caso fortuito en 2 casos y por hecho de un tercero en un caso.

Es llamativo observar que la mayoría de los procesos terminaron con sentencia absolutorias (44.26%) y otro alto porcentaje de los procesos finalizaron con un método alternativo de solución de conflictos (19.67%) o de otra forma (26.22%), Teniendo en cuenta estos porcentajes, nuevamente queda en el ambiente la pregunta de si es necesario llevar ante la jurisdicción ordinaria la mayor parte de las diferencias que se presentan con ocasión de la prestación de servicios de salud o si es posible orientar estas diferencias para que sean resueltas en otras instancias, mas rápidas y que impliquen menos desgaste tanto para las partes como para el aparato judicial

4.1.5. Duración del proceso.

Teniendo en cuenta que los procesos por responsabilidad profesional se constituyen en un factor de estrés para el profesional de la salud, y

entendiendo que la responsabilidad civil no es una excepción a ello por cuanto no solo deteriora el estado emocional del mismo sino que también amenaza su patrimonio, se considera en este estudio como un resultado adverso no solo las condenas, sino los procesos de larga duración en el tiempo.

A pesar de que no existe literatura estadística que permita demostrar las consecuencias de la duración prolongada de un proceso de responsabilidad médica en contra de un profesional de la salud, llama la atención que en este estudio 16 de los 61 casos tuvieron una duración de más de 5 años (la duración máxima observada fue de 9 años y 5 meses, lo que equivale a buena parte de la vida más productiva del profesional).

Algunos autores, como el Dr. Fernando Guzmán (1997), ya se han referido en numerosas publicaciones a lo deletéreo que puede ser esto en la vida personal y laboral de un profesional del área de la salud. Al respecto, en su artículo sobre el impacto psicológico de una demanda sobre un médico, el doctor Guzmán ha mencionado que:

No hay nada que alarme más a un médico que una citación a un juzgado por motivos de una demanda. Cuando se recibe el telegrama el día completo y los siguientes se arruinan. Una sensación de angustia se ha presente en todos los actos de la vida y el desasosiego de saber que pasó y con cuál paciente.

Una demanda es lesiva para el buen nombre del médico; devastadora para el estado de ánimo; deletérea para el ejercicio; en fin, deja marcado de por vida a quien lo sufre. Por esto, los médicos debemos jugar a ganar las demandas, dentro de las normas jurídicas que amparan a todo ciudadano colombiano. [...]

Las causas de demanda se han resumido previamente. Entre ellas, la literatura refiere: “venganza contra el médico, fricción con la familia, desacuerdo con los procedimientos, maltrato en el hospital, falta de atención adecuada, falta de cortesía, falta de información adecuada, garantía de resultados, médicos que hablan mal de los colegas, informes malintencionados de personal paramédico, o el simple deseo de extraer dinero del profesional de la salud”. [...] (p. 40 y ss)

En este trabajo, solo 11 procesos duraron menos de 1 año, y dicha situación se presentó debido a que se logró un acuerdo conciliatorio o a que el proceso terminó de otra forma, llámese, desistimiento, perención, rechazo de la demanda, etc.

El resto de procesos (34) tuvieron una duración entre 1 y 5 años, lo cual aunque no se considera como desenlace negativo, si es definitivamente nefasto en la vida de un profesional de la salud ya que una demanda afecta ostensiblemente la calidad de vida del demandado y es dañina para el buen nombre del profesional.

4.2. En relación con las limitaciones del estudio.

4.2.1. Desde el punto de vista dogmático.

- Es difícil encontrar literatura reciente que describa y/o analice los diferentes problemas que se presentan en los procesos por responsabilidad civil médica en Colombia. La mayoría de las investigaciones y estudios están enfocadas a realizar un análisis desde el punto de vista doctrinario y de jurisprudencia, sin tener en cuenta lo que se vive en el día a día.

- La evolución jurisprudencial es en este sentido de gran ayuda, pero muchas veces es ignorada por los jueces a la hora de emitir sus fallos.

4.2.2. Desde el punto de vista operativo

- El presente estudio solamente analiza los casos llevados por la unidad de apoyo jurídico de la SCARE-FEPASDE. A pesar de ser el mayor fondo para el auxilio solidario de demandas contra profesionales de la salud en el país, esto no permite extrapolar los hallazgos a lo que sucede con TODOS los casos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud en Colombia.

- La evaluación de las variables presentes en la demanda son dependientes de la observación de la investigadora, autora de esta tesis. Esto representa un sesgo de información.

- La sustentación de la sentencia con base en los elementos de la responsabilidad argumentados por el juez, es, como en cualquier ciencia social un asunto determinado por el criterio propio del juzgador.

- Existe un pequeño número de casos en los que se llegó a un fallo condenatorio. Ello limita las conclusiones que sobre los fallos de este tipo se encontraron. Un estudio a profundidad sobre los elementos de la responsabilidad presentes en los fallos con sentencia condenatoria sería de gran utilidad para aclarar la presencia de dichos elementos y la influencia de los mismos en la decisión del juez.

- Por tratarse de un estudio descriptivo, no se puede ni se pretende buscar asociaciones validas entre la presencia de elementos de la responsabilidad civil y las condenas.

- El instrumento de recolección de datos contempló las posibles variables de contestación de la demanda, pero ello no incluye TODO el arsenal de argumentación que puede tener un abogado defensor en esta etapa de los procesos.

4.2.3 Recomendaciones

El presente estudio es solo una descripción del panorama que existe en Colombia sobre la responsabilidad civil en profesionales de la salud. Como cualquier ciencia social, tanto la observación como la medición de diferentes aspectos es en ocasiones difícil, dispendiosa y demorada. Sin embargo, los datos obtenidos son de gran valor no solo para conocer más a fondo nuestro comportamiento como grupo social y nuestra actitud frente a los conflictos en esta área, sino para proponer soluciones que permitan ofrecer alternativas cuando se presentan conflictos entre los pacientes y los profesionales de la salud.

Por ello llamo la atención sobre la importancia de ampliar este tipo de estudios observacionales a otros grupos de trabajo en el tema de la responsabilidad médica, e invito a tener en cuenta la experiencia que sobre métodos alternativos de solución de conflictos se viene dando en México y en Argentina, con Tribunales de Arbitramento Especializados en resolver este tipo de conflictos.

5. CONCLUSIONES

- Este es el primer trabajo que recoge, mediante un estudio de campo, las características de los procesos de responsabilidad civil contra los profesionales de la salud en Colombia.

- En relación con la fuente de la responsabilidad no es uniforme el criterio aplicable, por los demandantes. En este trabajo se observó que se invoca con mayor frecuencia la responsabilidad de tipo extracontractual. Sin embargo se insiste en que de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia imperantes en el momento, la responsabilidad civil médica es de origen contractual, pudiéndose invocar de manera subsidiaria la responsabilidad extracontractual.

- A pesar de que la doctrina ha profundizado durante muchos años sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad, y entendiendo que estos son criterios básicos para la presentación de los procesos por responsabilidad profesional, muchas de las demandas presentadas contra profesionales de la salud, ni siquiera mencionan estos aspectos, o no hacen énfasis en la prueba de los mismos para obtener el éxito en las pretensiones.

- En el presente estudio se encontró que se obedece la regla de la competencia, el mayor número de demandas fueron presentadas por

personas en edad productiva, la mayoría de los procesos fueron contra médicos y las especialidades mas demandadas fueron las quirúrgicas.

- En cuanto a los medios de defensa aceptados por la doctrina y por la jurisprudencia, es de resaltar que no existe literatura que nos permita evaluar qué tan frecuente es la presentación de opciones como las causales de exoneración, de justificación o las excepciones previas en las diferentes modalidades de defensa, pero es un hecho que tanto en la responsabilidad médica, como en otros casos de responsabilidad civil, son medios de defensa válidos y frecuentemente aplicados a la hora de argumentar la ausencia de responsabilidad.

Sin embargo es nuevamente importante destacar que, a nuestro parecer, y de acuerdo a los hallazgos del presente estudio, los argumentos de defensa encontrados en este trabajo, están mucho mejor estructurados probablemente porque se trata de contestaciones elaboradas por un grupo interdisciplinario de profesionales (abogados, médicos, etc.) que se dedican exclusivamente a defender a profesionales de la salud envueltos en procesos por responsabilidad médica.

- Algunas de las sentencias proferidas por nuestros jueces, en especial las de primera instancia, no hacen referencia a los elementos configurativos de responsabilidad. Ello, a nuestro parecer, sugiere que en estos casos el

criterio del fallador se basó en aspectos netamente subjetivos, lo cual está en contravía con la línea jurisprudencial vigente.

- Los fallos de Tribunales y Altas Cortes, en general, sí hacen un análisis profundo de los elementos de la responsabilidad y de la consideración que de los mismos hizo el juez de primera instancia.

- La evolución jurisprudencial que existe en Colombia sobre el tema de la responsabilidad civil para profesionales de la salud, no ha sido pacífica en relación con aspectos como las fuentes de la responsabilidad, los elementos constitutivos de la misma y la carga de la prueba; sin embargo, las Altas Cortes hacen un esfuerzo por profundizar en estos aspectos en busca de criterios equilibrados y ajustados a derecho.

- Teniendo en cuenta que los procesos por responsabilidad profesional se constituyen en un factor de estrés para el médico, y entendiendo que la responsabilidad civil no es una excepción a ello por cuanto no solo deteriora el estado emocional del médico sino que también amenaza su patrimonio, se consideró en este estudio como un resultado adverso no solo las condenas, sino también los procesos de larga duración en el tiempo.

A pesar de que no existe literatura estadística que permita demostrar las consecuencias de la duración prolongada de un proceso de responsabilidad médica en contra de un profesional de la salud es claro que una demanda es

lesiva para el buen nombre del médico, devastadora para el estado de ánimo y deletérea para el ejercicio profesional.

- Los métodos alternativos de solución de conflictos se presentan como una alternativa eficaz a la hora de solucionar las diferencias que se generan en las relaciones entre profesionales de la salud y pacientes. Como se pudo observar a lo largo de este estudio, permiten que las partes resuelvan sus diferencias con o sin intervención del juez, en menos tiempo y sobre todo con menos desgaste emocional.

6. REFERENCIAS

Aguiar Guevara, R. (2001). Tratado de Derecho Médico. Primera Edición. Legislec Editores, S.A.

Azula Camacho, J. (1998). Manual De Derecho Probatorio. Santa Fe De Bogotá – Colombia. Editorial Temis S.A.

Benetti Salgar, J. (2001). El Arbitraje En El Derecho Colombiano. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.

Bermúdez, M., Ruiz, J. Variables y fuentes de error en la medición. Cap. 6
En: Ruiz, A., Morillo L., Eds. (2004). Epidemiología Clínica. Investigación Clínica Aplicada. Bogotá. Editorial Panamericana.

Colombia (2005). Código Civil. Decimoquinta edición. Bogotá, Legis Editores S.A.

Colombia (2006). Código De Procedimiento Civil. Décimo séptima edición. Bogotá. Legis Editores S.A.

Colombia, Consejo De Estado. (1994, abril), Exp 7973. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Colombia, Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. (1940, marzo) M.P. Escallón, L. Bogotá. En Gaceta Judicial. Tomo XIX. Enero, febrero y marzo.

Colombia, Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. (1959, octubre) M.P. Morales, H. Bogotá. En Gaceta Judicial. Tomo XCI. Octubre, noviembre y diciembre.

Colombia, Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. (1986, noviembre) M.P. Gómez Uribe, Héctor. Bogotá. En Gaceta Judicial. Tomo CI XXXIV. No. 2423.

Colombia, Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. (2002, noviembre). Expediente No. 6430. M. P. Ramírez Gómez, J. Bogotá. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XXXI No. 371.

Colombia. Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (2001, marzo). M. P. Ramírez Gómez, J. Bogotá En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XXX – No. 351.

Colombia. Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. (1985, septiembre). M. P. Montoya Gil, H. Bogotá. En Gaceta Judicial. No. 2419. Pág 407.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002, noviembre). Expediente No. 6199. M. P. Bechara Simancas, N. Bogotá. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XXXI No. 371.

Colombia. Noviembre De 2002. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002, noviembre). Expediente No. 6430. M.P. Ramírez Gómez, J. Bogotá. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XXXI No. 371.

Devis Echandía, H. (2006). Teoría General De La Prueba Judicial. Quinta Edición. Bogotá- Colombia. Editorial Temis S.A

Diccionario De La Lengua Española. Real Academia Española. 21 Edición. España: Editorial Espasa. 2000.

Guzmán Mora, F. (1995). De La Responsabilidad Civil Médica. Primera Edición. Medellín Colombia. Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica Dike..

Guzmán Mora, F. Derecho Médico: El impacto psicológico de una demanda sobre el médico. *Heraldo Médico* 1997; 223: 40-50 Disponible en <http://encolombia.com/heraldo2322801derecho.htm>

Jaramillo J, C. (2006). Responsabilidad civil médica. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Javegraf

Junco Vargas, J. (1994). La Conciliación. Aspectos Sustanciales Y Procesales. Segunda edición ampliada y actualizada. Santafé de Bogotá. Ediciones Jurídica Radar.

Kleinbaum, D., Kupper L., Morgenstern H. (1982). Types Of Epidemiologic Research. Cap 3 En: Epidemiologic Research. Principles And Quantitative Methods. New York; Van Nostrand Reinhold.

Martínez Rave, G. Martínez Tamayo, C. (2003). Responsabilidad Civil Extracontractual. Undécima Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Monroy Cabra, M. (2001). Derecho Procesal Civil. Parte General. Quinta Edición Actualizada. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

Navia Arroyo, F. (2000). Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?. Ensayos de derecho privado No. 4. Universidad Externado De Colombia.

Ospina Fernández, G., Ospina Acosta, E. (2005). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Séptima edición. Bogotá. Editorial Temis. S.A.

Ramírez Gómez, J. (2003). Evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil. Tercer congreso de derecho médico. Bogotá Oct 31, Nov 1 De 2002. Revista Médico Legal. Abril-Junio de 2003

Ruiz, W. La Responsabilidad médica en Colombia. Criterio Jurídico Santiago De Cali V.4 2004 Pp. 195-216 ISSN 1657-3978. Disponible en: www.puj.edu.co/banners/la_responsabilidad.pdf

Serrano Escobar, L. (2000). Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Santa fé de Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil. Segunda edición. Bogotá: Legis Editores S.A.

Tamayo Jaramillo, J. Sobre La Prueba De La Culpa Médica –En Derecho civil y administrativo- Análisis doctrinal y jurisprudencial. Primera Edición. (Reimpresión 2003). Biblioteca Jurídica Dike. Medellín Colombia. 1995

Tamayo Jaramillo, J., Martínez Rave, G., Castaño, M., Ghersi, C., Vásquez Ferreyra, R., Jaramillo Restrepo, C., Molina Arrubla, C., Fernández Sessarego, C., Vélez Correa, L., Suárez Hernández, D. (1993) Responsabilidad Civil Médica En Los Servicios De Salud- Primera Edición. Biblioteca Jurídica Dike.

7. APENDICES

- Apéndice A. Evolución jurisprudencial en Colombia
- Apéndice B. Acuerdo de confidencialidad
- Apéndice C. Presupuesto
- Apéndice D. Operacionalización de variables
- Apéndice E. Instrumento de recolección de datos

APENDICE A.

LINEA JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA EN EL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Algunos de los fallos más importantes que la jurisprudencia de las altas Cortes Colombianas han proferido en materia de responsabilidad médica, los presento cronológicamente en forma resumida de la siguiente manera:

1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil – Bogotá – 30 de marzo de 1940.

Manifiesta la Corte que:

1. El ejercicio de las profesiones liberales, que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trascienden a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de estas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que está condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional.

2. La responsabilidad del médico es contractual, no solo en la convención ordinaria en donde los cuidados se dan mediante una prestación de horarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero. La responsabilidad del médico no es ilimitada no motivada por cualquier causa sino que exige no solo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible y en materia de gravedad de aquella es preciso que la culpa sea grave dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad. La responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave. La culpa contractual supone un contrato válido y un perjuicio resultante de la inejecución de ese contrato.

3. La responsabilidad contractual parte de la base de la existencia de un contrato; la responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta. Es la coacción social de donde dimana esa responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual, artículo 2341 y siguientes. Pero tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual el médico demandado puede impetrar a su favor como defensas, no solo las excepciones provenientes del descuido,

desobedecimiento o imprudencia de su cliente, sino también las de fuerza mayor y caso fortuito.

4- El médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan sino cuando haya una relación de causalidad entre su acto y el daño sufrido por el cliente, o cuando es culpa o falta haya sido la determinante del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad, o, en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se despende aquella. Es necesaria la evidencia de la culpa y del perjuicio para reducir la responsabilidad.

2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.- Bogotá – Octubre 14 de 1959. M.P. Hernando Morales M.

Acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual, según se trate de quienes fueron parte en la convención o de terceros.

{...} La Corte ha elaborado una doctrina en relación con la concurrencia de las dos clases de responsabilidad aludidas que se puede sintetizar así:

a- No es admisible involucrar tales responsabilidades, pues ello conduciría a la llamada responsabilidad híbrida, que no es de recibo, desde el momento que las fuentes de las dos culpas son distintas, ya que la una se produce por razón del incumplimiento de estipulaciones contractuales, mientras la otra nace de las trasgresiones de reglas de conducta no previstas en una convención.

b- No se puede desconocer que existen hechos que además de constituir culpa frente a determinado contrato, pueden configurar igualmente culpa delictual respecto de quien es parte en la convención.

c- En tal caso el damnificado puede optar por cualquiera de las dos acciones, siempre que las consecuencias del perjuicio no hayan sido expresamente previstas en el contrato y reguladas por éste, y también cuando no resulta claramente la infracción de determinada cláusula contractual, pues podría llegarse a proteger daños que fueron excluidos de lo pactado o a dejar de lado normas tocantes a la indemnización, porque en los relativo a la prueba de la culpa, a la extensión del daño, etc., existen diferencias entre las dos responsabilidades.

d- La víctima no está capacitada para obtener al mismo tiempo o sucesivamente la indemnización por los dos conceptos, porque podría recibir una doble reparación por el mismo hecho y contrariaría los principios jurídicos de equidad

3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. – Bogotá – 26 de noviembre de 1986. M.P. Héctor Gómez Uribe.

Manifiesta la Corte:

1. Que la profesión médica, cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa puede dar lugar a sanciones

penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la ley penal o que quede circunscrita a la responsabilidad civil. En consecuencia, el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la mas grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. {...}

2. Como en general, la responsabilidad civil médica nace de un acto jurídico, o sea en un contrato de prestación de servicios, conviene analizar brevemente sus lineamientos para establecer cuando se da esa responsabilidad.

Mediante contrato el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirlos quirúrgicamente {...}; para este efecto, aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de preveer.

Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si

no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado {...}

Así el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber puesto todo el cuidado que el caso requería, caso fortuito, fuerza mayor o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones respectivas.

3. Síguese de lo dicho, que para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado y por último que ésta fue la causante del daño.

Por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano. Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso

de su operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada. Pero si tal resultado no se ha asegurado expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de ésta.

4. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. – Bogotá – 30 de enero de 2001. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Manifiesta la Corte en esta sentencia que:

{...} 2. Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo la Corte ha venido predicando que esta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de a culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego que esta no ha sido la constante posición de la corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959, inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico le era “aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”. {...}

De otro lado, ya en el punto de la responsabilidad contractual del médico, tampoco puede olvidarse como antecedente doctrinal, el planteado en la sentencia de casación del 3 de noviembre de 1977, donde la Corte, poniendo un ejemplo con ocasión del análisis del requisito de que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, formuló por lo menos para el ejemplo, se repite, una inversión de la carga probatoria en el tema de la responsabilidad médica. Dijo la Corte en dicha providencia: “Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso. Si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento. Es el médico a quien corresponde demostrar, ora que si prestó competentemente sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos. Igualmente la sentencia de 26 de noviembre de 1986, donde, con respecto al mismo tema, la Corte presume la culpa para el evento en que se ha asegurado por parte del médico un “determinado resultado” y “no lo obtiene”.

Es en sentencia de 5 de marzo de 1940, donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no solo debe exigirse la demostración de “la culpa del médico

sino también de la gravedad”, expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como una “empresa de riesgo” porque una tesis así sería “inadmisibles desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”.

Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985, afirmándose que “...el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación” {...}

Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del Código Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegiadas en el artículo 2356 del Código Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas. Ciertamente. El acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha asignado como actividades peligrosas en consideración al

potencial riesgo que generan y al esta de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1 parágrafo 1 de la Ley 23 de 1981. {...}

Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones “*de moyens*” y “*de resultat*”, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los

primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma. {...}

De ahí entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado.

5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. – Bogotá 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Referencia exp. No. 6430.

Esta sentencia hace referencia a un caso de responsabilidad civil de la clínica y del médico en que esta responsabilidad es solidaria y de naturaleza contractual.

Al respecto menciona la Corte que:

1. El tema jurídico que propone el presente caso tiene que ver con el tipo de responsabilidad que se le puede imputar al autor material del daño que funge

de agente (ejecutor material) en el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por otra persona, que sería el deudor principal.

2. Aunque el Tribunal no lo expuso de modo explícito, la fórmula de la condena y el raciocinio que para el efecto se elaboró, permiten concluir que el ad quem transfirió al recurrente la responsabilidad contractual de quien efectivamente celebró el contrato, en consideración a la culpa que éste “directamente” cometió cuando se comportó como “médico asignado por la institución de salud para la prestación de los servicios médicos”, razón por la que definió que debía responder en forma solidaria por los daños causados al demandante”.

A decir verdad, el tema que plantea el caso no ha sido ajeno al tratamiento doctrinal, pues desde antaño ha estado bajo examen, porque si bien es cierto que el principio de los efectos relativos del contrato, excluirían la responsabilidad del tercero, pero en todo caso encargado de la ejecución del contrato, del marco de la responsabilidad contractual para ubicarlo en el régimen extracontractual, lo cierto es que razones de equidad y de protección de la víctima, han inclinado a la doctrina y a la jurisprudencia, y hasta cierto punto a la ley, como lo comenta Javier Tamayo Jaramillo, a atribuirle “a dicho tercero” una responsabilidad contractual. Finalmente – dice -, “la doctrina y la jurisprudencia más recientes en el derecho comparado han concluido que el acreedor contractual tiene una acción necesariamente contractual contra el subcontratista con quien el deudor contractual inicial había contratado a ejecución del contrato. Se considera que como el objeto de la prestación en

ambos contratos es exactamente el mismo, el acreedor inicial perfectamente puede demandar por vía contractual a cualquiera de los deudores”.

3. Aunque para la Corte no ha sido extraño el caso de existencia de hechos que al mismo tiempo que constituyen infracción de un contrato, también pueden dar margen a responsabilidades extracontractuales entre las mismas partes, lo cierto es que su jurisprudencia siempre ha tenido el tino de no confundir una y otra clase de responsabilidad, porque no es indiferente el régimen legal ni la naturaleza de la acción, ni las consecuencias de una u otra, como tampoco lo concierne a la prueba, al tratamiento de la culpa o a los términos de prescripción. De ahí que consecuentemente haya afirmado que jurídicamente no es procedente su acumulación simultánea, ni el ejercicio de una “acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito”.

4 {...} la decisión adoptada por el Tribunal al deducir responsabilidad contractual tanto a Oftalmos S.A. (contratante y deudor original) como al agente, el médico Arciniegas, quien ejecutó materialmente la prestación asumida por la primera, se explica en la estructura de la relación obligacional que entre dichas personas se generó, la cual se realiza por la unidad del objeto de la prestación, puesto que hay identidad entre el compromiso adquirido por la clínica (persona jurídica codemandada) y el médico que con la aquiescencia (en el caso) del acreedor procedió a la ejecución del

tratamiento, en su condición de agente o “sustituto”, como lo llama el recurrente, de la mencionada sociedad. De suerte que si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo o hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional.

6. Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 13 de septiembre de 2002. Expediente 6199. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Menciona la corte que:

{...} La jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 (GJ., t.XLIX, Pág. 116) ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. 5507) en el que ésta puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia, por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el

artículo 1604 del Código Civil, al sostener que, de conformidad con el inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido “*las estipulaciones de las partes*” que sobre el particular existan, añadiendo por lo consiguiente y no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, que “lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera, el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”.

Y si bien es verdad que en dicho fallo (30 de enero de 2001) se precisó, en armonía con lo precedente, “que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria” porque es el alcance del contrato particularmente celebrado el que “ofrecerá los elementos para identificar cual fue realmente la prestación prometida” y el que permitirá “establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente”, también es de ver que en el mismo pronunciamiento la Corte dejó en claro que por no ser la responsabilidad civil del médico extraña al régimen general de la responsabilidad, respecto de ella “debe operar el principio de la

carga de la prueba (CPC, art. 177)...”, el que, en los precisos términos de dicha providencia, en algunos eventos debe hacerse actuar en sentido dinámico.

Si, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por el padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado”.

APENDICE B

MODELO DE ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD

Entre los suscritos, MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía 52.054.372 de Bogotá y _____, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía _____, representante legal de FEPASDE – SCARE, quienes con motivo del presente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** se denominaran **LAS PARTES** y

CONSIDERANDO:

1. Que la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGIA Y REANIMACION – SCARE Y EL FONDO ESPECIAL PARA AUXILIO SOLIDARIO DE DEMANDAS – FEPASDE** maneja información secreta de gran valor científico y comercial para el desarrollo de su objeto.
- 2- Que MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO está interesada en conocer dicha información para realizar trabajos de investigación y entrenamiento en asesorías que eventualmente ayudarían al desarrollo del objeto de SCARE – FEPASDE y
3. Que las partes han acordado realizar este **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** con el propósito de establecer los términos, condiciones y obligaciones bajo los cuales deberá ser manejada la información que SCARE – FEPASDE pondrá en conocimiento o divulgará a MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO,

Se decide celebrar este **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD**, el cual se registrará por las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA: DEFINICIONES: Para los efectos del presente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD**, el siguiente será el sentido que se le dará a los términos que a continuación se indican:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL incluye sin limitación alguna, todos los datos, descripciones, productos, procesos, métodos, fórmulas, know-how y cualquier otra información de naturaleza científica, técnica, económica y de otra naturaleza perteneciente a los procesos, estrategias, políticas y manejo de actividades y programas que SCARE – FEPASDE revele a MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO con motivo y con ocasión de su relación.

Dentro de la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** no se incluirá: (a) aquello que sea del dominio público, por una razón diferente del incumplimiento a la confidencialidad aquí pactada, o (b) aquello que por orden válida de

autoridad competente deba revelarse en tal forma que pase al dominio público. La **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** no dejará de serlo cuando deba revelarse a cualquier entidad oficial, nacional o internacional, por orden válida de autoridad competente.

SEGUNDA: Por medio del presente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD**, MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO se obliga a:

- a. Mantener la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** en secreto y no divulgarla.
- b. Usar la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** únicamente con el propósito de evaluarla para procesos de investigación y entrenamiento en asesorías, de acuerdo con los objetivos buscados por SCARE – FEPASDE.
- c. No utilizar la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** de ninguna manera que pueda causar perjuicio directo o indirecto a SCARE – FEPASDE.

TERCERA: SCARE – FEPASDE no está obligado a revelar a MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO ningún otro tipo de **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL**, salvo aquella **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** necesaria para que MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO haga su investigación y su entrenamiento.

La **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** no será accesible, copiada, reproducida, distribuida o transmitida por ningún medio conocido o por conocer, en todo o en una parte, sin el previo y escrito consentimiento de SCARE – FEPASDE.

CUARTA: MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO reconoce por medio de este **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** que no goza de ningún derecho o licencia en relación con el uso de la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL**. Así mismo, se compromete a que una vez haya empleado la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** para su evaluación, devolverá a SCARE – FEPASDE todos los documentos y medios, en originales y copias que hubieren hecho, en los cuales esté contenida la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL**. Adicionalmente, se compromete a destruir cualquier documento o medio que contenga **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL**, incluidos aquellos que se hubieren elaborado con dicha **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL**, y enviará constancia escrita de la destrucción a SCARE – FEPASDE.

QUINTA: MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO entiende que el presente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** no pretende crear ninguna relación contractual, ni de ningún otro tipo, ni obligación alguna más allá de los términos del presente **ACUERDO**. Igualmente, ninguna de las **PARTES** será responsable frente a la otra de cualquier decisión, obligación, costos, gastos o cambios en las prácticas del negocio, planes, organización, productos, servicios en que la otra **PARTE** haya incurrido como resultado de este **ACUERDO** o de cualquier intercambio de **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL**.

SEXTA: En el evento que MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO reciba un requerimiento u orden de revelar en todo o en parte la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** en términos de una resolución válida y efectiva de un tribunal o autoridad competente, se obliga a comunicar de inmediato a SCARE – FEPASDE la existencia, términos y circunstancias de dicho requerimiento; y a efectuar su mejor esfuerzo para que la autoridad judicial o administrativa le dé un tratamiento de confidencialidad a la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** requerida.

SEPTIMA: SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PRESENTE ACUERDO Y RESPONSABILIDAD: El incumplimiento del deber de confidencialidad por parte de MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO dará lugar al pago de una multa a favor de SCARE – FEPASDE, así como al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios que guardan relación causal con el incumplimiento.

OCTAVA: El presente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** tendrá una vigencia de 6 meses a partir de la fecha, término que puede ser prorrogado, de acuerdo a la voluntad de las partes.

NOVENA: Las obligaciones contenidas en el presente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** no podrán ser cedidas por MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO, sin el previo consentimiento por escrito de SCARE – FEPASDE.

DÉCIMA: Este **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD**, así como las obligaciones entre las **PARTES** será regido e interpretado de acuerdo con las leyes de Colombia.

EN FE DE LO CUAL, las partes firman el presente **ACUERDO** en dos ejemplares, el día _____ del mes de _____ del año _____

MARTHA HELENA CARO ZAMBRANO
C.C. 52.054.372

¹ **FEPASDE** es el *Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas de la SCARE (Sociedad Colombiana de Anestesia y reanimación)*. Dicha entidad, reúne al mayor número de profesionales de la salud en el país a quienes se les ofrece protección jurídica, económica y asesoría jurídica cuando son objeto de acciones legales en su contra durante el ejercicio de su profesión. A diciembre de 2008, tiene 44.118 profesionales de la salud afiliados, 7.678 de ellos demandados. Un alto porcentaje de estas demandas terminan con fallos a favor del profesional de la salud.

² Los cuidados asistenciales que debe proporcionar el médico sin necesidad de cláusula especial, están consagrados en la deontología y en la legislación médica, en especial en la ley 23 de 1981 – ley de ética médica- y en la jurisprudencia y la doctrina.

³ Con respecto a estos elementos accidentales, se ha pronunciado nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en sentencia del 12 de septiembre de 1985, magistrado ponente doctor Horacio Montoya Gil, quien en relación con el contrato de hospitalización anota que “se dice que la vigilancia y custodia que deben ejercer los establecimientos hospitalarios sobre las personas que, como pacientes, ingresan a ellos, son elementos de la naturaleza del contrato celebrado entre éstos y aquellos, que, como tales, se entienden incorporados a la convención sin necesidad de una estipulación expresa de las partes. [...] En armonía con lo dicho, se entiende que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de custodia y vigilancia, si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso, además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si se trata de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una “custodia y vigilancia” especial, el contrato de hospitalización requerirá de una **estipulación expresa** respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza” (negrillas fuera de texto)

⁴ Con relación al contrato de prestación de servicios médicos, y teniendo en cuenta el nuevo Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil, expediente No. 6430 del 11 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez, se ha pronunciado así: “ Vistas las circunstancias fácticas que en relación con el caso han quedado verificadas y que en consideración al cargo no ameritan controversia, sin duda alguna que la responsabilidad contractual tanto a Oftalmos S.A. (contratante y deudor original), como al agente, el médico Arciniegas, quien ejecutó materialmente la prestación asumida por la primera, se explica en la estructura de la relación obligacional que entre dichas partes se generó, la cual se caracteriza por la unidad del objeto de la prestación, puesto que hay identidad entre el compromiso adquirido por la Clínica (persona jurídica codemandada) y el del médico que con la aquiescencia (en el caso) del acreedor procedió a la ejecución del tratamiento, en su condición de agente o “sustituto”, como lo llama el recurrente, de la citada sociedad. De suerte que si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico, en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional. De ahí que

se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual "indistinta" para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución. Desde luego, que esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, por que con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del artículo 1738 del Código Civil, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque a fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño lo cual, como seguidamente se analizará, incide en el campo de la solidaridad

⁵ Pese a que la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento está estructurada en la idea de culpa, se dan situaciones -como la inejecución de un procedimiento independientemente de la valoración de la culpa por parte del deudor- en las que a veces se hace necesario darle cabida a la responsabilidad objetiva

⁶ En el sistema de responsabilidad civil estructurado en nuestro ordenamiento actualmente, la obligación de responder por un daño cometido tiene su base no en el daño producido a la víctima, sino en la conducta que implica la violación de un deber ya sea legal o contractual. Así por ejemplo, siempre se juzgará a un médico teniendo en cuenta el compromiso de atención que con respecto a circunstancias de modo, tiempo y lugar, tiene con un paciente.

⁷ En el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, dicha sigla corresponde a las palabras Entidades Promotoras de Salud

⁸ En el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, dicha sigla corresponde a las palabras Institución Prestadora de Servicios de Salud

⁹ Se entiende por valoración de la prueba, el grado de convicción o credibilidad que produce en el juzgador. Mediante la valoración el juez concluye si los hechos materia de la controversia han quedado o no demostrados. Dos sistemas opuestos reconoce la doctrina como los medios utilizados por el juez para valorar la prueba: el de la tarifa legal, que se funda en que la propia norma, por lo cual se le llama legal, le fija o señala al juzgador el grado de credibilidad que debe otorgarle a cada medio probatorio, y el de la libre apreciación, opuesto al anterior, consiste en dejar al juez la facultad de establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto, pero no manera arbitraria, sino mediante análisis racional y lógico, dando, desde luego, las razones o fundamentos de su conclusión

¹⁰ Estudio observacional es aquel en el cual no hay una manipulación artificial del factor de estudio

¹¹ Los estudios observacionales pueden ser analíticos o descriptivos; es analítico aquel que se lleva a cabo cuando se conoce suficiente a cerca de la condición antes de iniciar la investigación de manera que pueden ponerse a prueba hipótesis formuladas a priori. En contraste, un estudio descriptivo es el que se lleva a cabo cuando se sabe muy poco a cerca de la ocurrencia o de los factores determinantes en una condición o resultado. Los objetivos de éste último son determinar la frecuencia de la condición y de los factores relacionados

con la misma para poder posteriormente desarrollar estudios analíticos en relación con estos temas. (Kleinbaum,1982, p. 40-50)

¹² ARP: en el Sistema General de Seguridad Social (Ley 100 de 1993): Aseguradora de Riesgos Profesionales

¹³ Denuncia del pleito: el llamamiento que por virtud de la ley hace a un tercero quien promueve o a quien se le promueve un litigio para que acuda al proceso y lo defienda.

¹⁴ Variable de respuesta dicotómica: variable que tiene solamente dos opciones de respuesta. Ruiz Morillo, pp 103-110

¹⁵ Excepción: toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor. En el actual Código de Procedimiento Civil se clasifican en previas y de mérito o de fondo

¹⁶ Instancia: grado jurisdiccional o conjunto de actuaciones practicadas, desde el inicio del litigio hasta la sentencia. Se llama primera instancia el ejercicio de la acción ante el primer juez que debe conocer del asunto; segunda instancia, el ejercicio de la misma acción ante el juez o tribunal de apelación con el objeto de que reforme la decisión del primer juez; y casación al medio de impugnación de la decisión judicial que le causa a la parte en el proceso un perjuicio.

¹⁷ Transacción: acuerdo privado celebrado por las partes en virtud del cual se termina extrajudicialmente un litigio pendiente o se precave un litigio eventual

¹⁸ Conciliación extrajudicial: conciliación celebrada antes de un proceso contencioso.

¹⁹ Conciliación en audiencia del 101: la audiencia del 101 es una etapa procesal de los procesos ordinarios y abreviados, que se decreta luego de contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere. Tiene su fundamento en que al comenzar la relación procesal es necesario procurar la conciliación del litigio. Favorece la economía procesal, redundando en interés de la justicia al procurar el avenimiento de las partes mediante la conciliación con la intervención del juez

²⁰ Media: resultado de sumar el tiempo de todos los procesos y dividirlo entre el número de procesos

²¹ Mediana: valor de la variable que deja el mismo número de datos antes y después que él

²² Asesoría científica: procedimiento realizado por la Unidad de Apoyo Científico de la SCARE –FEPASDE, que permite evaluar el riesgo de un proceso con base en la actuación del profesional