

Hacia un nuevo régimen de responsabilidad civil médica en Colombia.

Contractualización e Institucionalización

Autores:

Omar Camilo Bermeo Noguera

Camilo Andrés Victoria Peña



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2011**

Hacia un nuevo régimen de responsabilidad civil médica en Colombia.

Contractualización e Institucionalización

Autores:

Omar Camilo Bermeo Noguera

Camilo Andrés Victoria Peña

Presentado para optar por el Título de Abogados

Director:

Dr. Hernando Gutiérrez Prieto



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2011**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	1
<i>PARTE I. APROXIMACION A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA</i>	3
CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.....	3
CAPITULO 2. ASPECTOS PRELIMINARES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	7
<i>PARTE II. CONTRACTUALIZACION DE LA MEDICINA</i>	10
CAPITULO 3. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLES.....	10
CAPITULO 4. EL PROBLEMA DE LA ACUMULACION ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL.....	11
CAPITULO 5. EL PROBLEMA DEL DUALISMO DE REGIMENES EN RESPONSABILIDAD CIVIL.....	14
CAPITULO 6. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	15
a. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.....	16
a. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.....	18
CAPITULO 7. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLES A LA ACTIVIDAD MÉDICA.....	21
CAPITULO 8. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MOVIMIENTO CONTRACTUALIZADOR.....	22
CAPITULO 9. DESARROLLO DEL MOVIMIENTO CONTRACTUALIZADOR EN COLOMBIA.....	29
CAPITULO 10. NATURALEZA DEL CONTRATO MÉDICO.....	39
CAPITULO 11. SUPUESTOS CONTRACTUALES DE LA PRESTACION MÉDICA.....	41
CAPITULO 12. PROBLEMAS EN EL SISTEMA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	44
CAPITULO 13. ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA.....	50
CAPITULO 14. SUPUESTOS EXTRA CONTRACTUALES DE RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA.....	52
<i>PARTE III. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDICINA</i>	55
CAPITULO 16. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA EMPRESA MÉDICA.....	57
CAPITULO 17. CONSTITUCIÓN DEL VÍNCULO ENTRE LOS SUJETOS PARTICIPES EN LAS RELACIONES MÉDICAS.....	67
CAPITULO 18. CONFORMACION DE LOS VÍNCULOS ENTRE PACIENTES, MÉDICOS Y CLÍNICAS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.....	71
CAPITULO 19. DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL A LA INSTITUCIONAL O DE LA EMPRESA.....	73

CAPITULO 20. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE ACTOS MÉDICOS.....	80	
CAPITULO 21. EL HECHO DE LA EMPRESA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS MÉDICOS.....	85	
<i>CONCLUSIONES</i>		90
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>		92

Agradecimientos

Gracias a nuestro mentor, maestro y amigo Doctor Hernando Gutiérrez Prieto por su apoyo, dedicación y orientación en la realización de este trabajo de grado.

A nuestras familias.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la responsabilidad civil medica se encuentra ad-portas de una profunda serie de cambios que se han venido gestando desde el siglo XIX , impulsados por factores como la aparición y progreso de la seguridad social, el capitalismo como modelo económico que rige la destinación de bienes y servicios en una sociedad y la masificación de la medicina, expresada ésta ultima en la contundente sobreoferta de profesionales; de esta manera nos acercamos pronto a una encrucijada histórica, cuyos principales símbolos son el predominio de dos fenómenos: la contractualización y la institucionalización de la responsabilidad civil medica derivada de dichas actividades.

El primero de estos caracteres, nos lleva a la consolidación de un movimiento que nació en Francia hacia 1936 con el fallo *Mercier*, que introdujo a dicha legislación la distinción entre obligación de medios y de resultados; y que permitió el cómodo acoplamiento de la responsabilidad medica dentro de un régimen contractual, respetando la cosmovisión y naturaleza especial de la profesión médica para esa época, ponderándola sobre otras profesiones; éste primer fenómeno ya consolidado en la doctrina comparada, ha estado rodeado en nuestro país de muchos obstáculos que no han permitido lograr una homogénea aceptación del mismo dentro de la doctrina e incluso jurisprudencia nacional, pero cuyas discrepancias parecen estar dispuestas, hoy más que nunca, a superarse. Por otro lado, encontramos el movimiento de institucionalización de la medicina, como un fenómeno que no solamente concierne a lo jurídico, sino que además afectó radicalmente la conformación económica, laboral, social, profesional y académica de la prestación de servicios médicos, encontrando el origen de este movimiento en

los grandes conglomerados médicos y en la denominada sobreoferta de profesionales que desde la década de 1980 se ha venido dando en todo el mundo, en Colombia tal fenómeno alcanzó su máximo esplendor desde la promulgación de la ley 100 de 1993, o Sistema de Seguridad Social Integrado, que regulo la aparición de verdaderas empresas y grupos económicos dedicados al área de la salud; la repercusión a nivel jurídico de este movimiento fue directo, la modificación de los actores y de las relaciones jurídicas que se causaban a partir del antiguo vinculo médico-paciente, trajo consigo un nivel diferente de responsabilidad civil medica, en el cual, ya no solo el médico está directamente involucrado, sino que la empresa medica a cargo de la prestación tiene también, una responsabilidad primigenia sobre el paciente .

De esta forma, nos proponemos profundizar en el estudio de estos dos temas, abordando en primer lugar, el movimiento contractualizador, haciendo evidente como desde sus inicios en la doctrina comprada, hasta la introducción en la legislación nacional, la naturaleza de la responsabilidad medica ha estado indiscutiblemente ligada a la suerte de la carga de la prueba, y poniendo de manifiesto como la turbia unificación jurisprudencial al respecto conspiró para que éste fenómeno no goce de un claro y unificado tratamiento. De otro lado, en la segunda parte de este trabajo de grado, abordamos de forma acuciosa el movimiento institucionalizador y su repercusión en la responsabilidad medica, mostrando como a partir de la modificación de las relaciones jurídicas que se producen en la prestación de los servicios médicos, varía también el tipo de responsabilidad civil en la que se encuentran inmersos estos protagonistas.

Aunque es evidente que la presente tesis de grado pretende estudiar la repercusión de estos dos movimientos en el área civil, será en ocasiones imprescindible hacer remisiones al homologo tratamiento que algunos temas están teniendo en el ámbito administrativo, siendo el Consejo de

Estado un actor jurisprudencial mucho más activo, y no por eso más claro, que la Corte Suprema de Justicia, y encontrando como a raíz de estos dos movimientos, la responsabilidad civil medica parece estar destinada a primar cuantitativamente sobre la responsabilidad medica administrativa.

Finalmente, propendemos por que el presente trabajo de grado, sirva para esclarecer los orígenes y el desarrollo posterior que estos dos fenómenos tendrán en un futuro, calculando que con el tiempo, estos conceptos prevalecerán y se constituirán en piedras angulares de la responsabilidad medica; así como también pretendemos acuñar soluciones alternativas a los problemas que en la actualidad sufren ambos fenómenos, problemas que repercuten en la calidad del tratamiento que los pacientes reciben y en la estructura actual de la prestación de servicios médicos en nuestro país.

PARTE I. APROXIMACION A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

“Una nueva ciencia médica, al servicio de un nuevo tipo de sociedad, necesariamente requiere nuevas formas de organización médica”¹.

CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

La profesión de la medicina, desde sus orígenes se ha enfocado en explicar y analizar los fenómenos de la vida, la muerte y la enfermedad, intentando encontrar las respuestas y soluciones a los problemas físicos que aquejan a nuestro cuerpo. Las primeras civilizaciones, como por ejemplo la mesopotámica, la china y la egipcia, seguida por la hebrea, la romana y la griega, fundamentaron sus estudios médicos en prácticas empíricas, regidas por la experiencia, la lógica o en sus creencias religiosas, ayudando así, al desarrollo de nuevas técnicas y al afianzamiento de procedimientos que aun, hoy en día, son la base y el sustento de la mayoría de las intervenciones quirúrgicas que se realizan alrededor del mundo.

Sin embargo y sin consideración alguna a su desarrollo histórico, profesional y tecnológico, ésta es una disciplina ejercida por seres humanos, y como tales, no están exentos de errores, imprudencias o negligencias al realizar algún procedimiento eminentemente médico; es perfectamente lógico que en cualquier actividad desempeñada por seres humanos haya algún campo susceptible al error. En los principios de la civilización antigua, las personas que ejercían la medicina no estaban sujetos a ningún tipo de responsabilidad médica, en razón a la divinidad y al carácter sagrado que gozaba tanto la persona que la ejercía, como la práctica en sí misma, lo cual, ante cualquier eventual perjuicio o daño que se le pudiera ocasionar al paciente o al aquejado, éste no era imputable al médico. Pero lo anterior no fue apreciado ni concebido en la antigua Babilonia, quienes establecieron el primer sistema de leyes jurídicas contempladas en el *Código de Hammurabi* y en donde se penalizaba a los médicos que hubiesen actuado negligentemente o con ausencia de pericia, de igual forma se establecieron estándares para el cobro de honorarios, dependiendo si se atendía a un hombre libre o a un esclavo. Misma situación sucedió en el imperio romano con la expedición de la *Lex Aquilia*, que organizó los eventos en que se generaban daños y determinaba cuáles de ellos generaban sanciones, fundamento histórico sobre el cual se construyeron las bases de la responsabilidad civil moderna.

Aunque hayan existido excepciones en algunos ordenamientos jurídicos, la inmunidad con que gozaron los profesionales de la salud fue amplia, y reforzada por la ingenuidad y la credulidad de sus pacientes, quienes los consideraban verdaderos sanadores, casi deidades o eminencias en sus círculos sociales, lo cual fue percibido por largos años. Asimismo, en las esferas más profundas e inherentes a su profesión, los médicos solo se regían por las reglas de la ética profesional y por el juramento *Hipocrático*, dejando de lado cualquier clase de responsabilidad jurídica. Pero lo anterior fue cambiando con el paso de los siglos con la proliferación de profesionales de la salud

y con la sociedad cada vez más consumista, práctica y tecnificada que reino a finales del siglo XIX, todo el siglo XX y la cual continua reinando el siglo XXI, extinguiendo de forma paulatina la idealización del oficio y su carácter sagrado e intocable. Hoy en día, el médico es un profesional más que ejerce su oficio ciñéndose a procedimientos y a protocolos estándar aceptados por asociaciones médico científicas que delimitan su actuar y a preceptos jurídicos que lo sancionan si llegase a actuar mal. Ahora es un ser susceptible de ser juzgado por los Tribunales ordinarios como cualquier profesional más que cometa algún error en el ejercicio de su profesión; la evolución de la sociedad y de las normas con las cuales organizan y regulan sus relaciones, han creado marcos jurídicos dentro de los cuales deben actuar los médicos para evitar algún tipo de sanción. La creación y consagración de normas especiales aplicables a los médicos en Códigos disciplinarios, normas penales y civiles, así como la consagración de Derechos expresos a favor de los pacientes suponen una nueva etapa, que ya ha estado viviendo la profesión médica, en cabeza de los pacientes, quienes ahora gozan de las herramientas necesarias para hacer públicas y efectivas sus reclamaciones en contra de médicos que les hayan generado perjuicios en razón a su no diligencia, imprudencia o ligereza en sus diagnósticos o procedimientos.

Para el siglo XIX el médico “era miembro de una profesión liberal altamente respetada. Que tenía en alta estima la educación académica, premiando a sus poseedores con grandes privilegios sociales. Las ciencias naturales habían crecido a pasos agigantados y el doctor, como representante de dichas ciencias era aún más estimado”². Ante esta nueva realidad que se forjaba, en la que la salud comenzaba a garantizarse como un derecho en la mayoría de constituciones; y en la que, para una economía industrial en progreso, resultaba productivo tener una mano de obra sana y en buenas condiciones para operar. Todo lo anterior, sumando a la tecnología, que como consecuencia directa de la industrialización, ofrecía al médico mejores condiciones para ejercer;

y a la descentralización de la enseñanza, produjeron un enorme cambio en la profesión médica que se ejercía a principios del siglo XX, haciendo que el número de médicos creciera de manera apabullante, y a que adicionalmente, todos entraran en ruda competencia.

Para Henry SINGER, a pesar de la lucha de los doctores de ese entonces contra la comercialización de su profesión y la inclusión del *animus lucrandi* en la misma, las condiciones económicas de la época, obligaron al cambio en la naturaleza de la profesión.³

La salud, puesta al servicio del lucro y de manos privadas; pronto encontró dificultades, la llamada “teoría de fallos del mercado” mostró que un capitalismo voraz y depredador era nocivo para el estado, para la sociedad y para el interés general⁴. Todo esto abrió el camino a estados más proteccionistas, la idea del llamado “estado de bienestar” predecesor del “estado social de derecho” fue acogido progresivamente desde mediados del siglo XIX en Alemania y otros países de Europa hasta Estados Unidos con el *New Deal* en 1935. En esta concepción, el bienestar social y el control de ciertos mercados es primordial obligación gubernamental, todas estas transformaciones se traducen para la medicina en la aparición de la seguridad social. Cuyo primer precedente surgió en la Alemania del canciller Bismarck en 1883, en él se economiza una parte del salario de los trabajadores para pagar un seguro que cubra las prestaciones respectivas en caso de necesitar atención médica; a partir de esa fecha y progresivamente, todos los países han comenzado a implantar sistemas de seguridad social en sus gobiernos que permitan la atención médica adecuada de los más necesitados, casos como el de la constitución mexicana de 1917 (primer ordenamiento constitucional que consagra la seguridad social como derecho) y el de la constitución de Weimar en 1919, son fehacientes ejemplos de lo anterior. En Colombia, la constitución de 1991 en su Art. 48, promueve como derecho de segunda generación, la seguridad social para sus habitantes.

No obstante lo anterior, hoy aún perduran los problemas sociales que la seguridad social pretendió solucionar; sistemas imperfectos, burocracia y corrupción administrativa; son las principales causas. El espíritu de lucro como fin primigenio, no ha podido ser desligado de la profesión médica. En países en vías de desarrollo como el nuestro, la competencia voraz y demoledora entre médicos u asociaciones es un hecho cotidiano; competencia, que en su afán de comercializarse, comete múltiples atropellos contra el individuo necesitado de servicios. Esa situación sumada a la evidente desproporción que implica el conocimiento y el oficio mismo del médico, en contraposición a la situación del paciente, agobiado por la enfermedad e ignorante de las dolencias que lo aquejan; llevan a hacer menester adoptar prácticas y disposiciones que protejan realmente al paciente, disposiciones que han existido a lo largo de los años y que deben seguir su proceso de perfeccionamiento. En nuestro país, la llamada “proletarización” de la medicina⁵, se ha desencadenado con mucha más fuerza en los últimos 30 años, lo anterior sumado a la ley 100 de 1993, o ley de Seguridad Social en Salud que establece los mecanismos institucionales entre los profesionales para atender a la población, deben ser fenómenos que NO pueden pasar inadvertidos y que deben servir para lograr una eficaz protección del paciente en el tratamiento médico, facilitando su acceso a los servicios médicos y ampliando la cobertura en salud a toda la población aprovechando la sobreoferta de profesionales que hoy por hoy se está dando en el país y que crece a pasos agigantados.⁶

De este modo es imperante hacer las reflexiones de las que este trabajo de grado se ocupa, cuyo fin último sea la consecución de una justicia más real para el paciente.

CAPITULO 2. ASPECTOS PRELIMINARES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

En consonancia con lo anterior, la práctica de la medicina es totalmente vulnerable y susceptible al error humano, sin embargo, en el campo de la responsabilidad civil médica, es necesario a la hora de hacer un juicio de eventual responsabilidad, diferenciar entre el error médico y la mala práctica, debido a que no todo error médico (generalmente ocurren en la formulación del diagnóstico) genera responsabilidad civil, ya que éste debe ser evidente y directo en la producción del perjuicio. De igual forma se presenta el fenómeno de la alea terapéutica⁷, el cual también libra de responsabilidad al galeno tratante. Si bien la medicina no es una ciencia exacta, se presume que es una práctica desarrollada por profesionales capacitados, preparados y con experiencia, por lo tanto, les es exigible una cierta categoría y excelencia en su ejercicio profesional, especialmente, cuando su labor principal es la de proteger y conservar la vida humana. No obstante, es cada vez más usual escuchar en las noticias nacionales acontecimientos o sucesos relacionados con errores o malas prácticas médicas, y es ahí cuando surge la responsabilidad civil médica. Cuando el acto médico es generador de daños o perjuicios, trae consigo múltiples consecuencias jurídicas y profesionales (Sanciones disciplinarias, pérdida de su licencia o hasta penas privativas de la libertad), y es en aquellos sucesos en los cuales la justicia ordinaria entra a funcionar⁸.

También es pertinente señalar que los elementos esenciales de la responsabilidad civil, es decir, aquellos que son esenciales para su configuración y que también aplican en el campo médico, no sufren ningún tipo de transformación. Los demás elementos como lo son el daño y el nexo causal, además del ya mencionado acto médico que en este caso sería la conducta, no han sufrido ningún tipo de cambio, salvo lo señalado en lo referente al sujeto activo que realiza la conducta, el cual si se puede ver modificado y que ya no radica exclusiva y totalmente en cabeza del médico

tratante.⁹ Se exige que el daño sea personal, cierto y directo y que haya una causalidad inmediata entre la conducta o hecho generador y el resultado.

Por último, es importante anotar, que si bien todo procedimiento médico, sea quirúrgico o diagnóstico, tiene riesgos asociados que debe asumir el paciente y los cuales pueden variar según su estado de salud o la alea terapéutica, es la labor del médico evitar a toda costa que las dolencias del él se acrecienten o empeoren. Aunque el oficio que ellos ejercen acarrea una enorme responsabilidad y que diariamente deben tomar decisiones de vida o muerte, eso no obsta o justifica la ocurrencia de errores, que aunque no son causados con la intención de generar el daño, sus consecuencias en la mayoría de los casos son irreversibles y notorias, por lo tanto deben enfrentarse y sobrellevar todas las implicaciones legales que les sean imputables. Aunque cada caso es analizado de manera individual (depende de las características del profesional, el estado de desarrollo del área, la complejidad del acto médico, disponibilidad de elementos idóneos, el contexto y circunstancias del momento en cuanto al paciente y el grado de avance de su enfermedad), y siempre comparando el actuar empleado con las normas de excelencia que en materia médica rigen en aquel momento¹⁰, con frecuencia, tal comparación puede llegar a quedarse corta o no aplicable, en razón al dilema que cada médico enfrenta al atender un paciente y tener que decidir entre dos o más posibles soluciones que acarrear un sin número de consecuencias o beneficios para el paciente. Por todo esto, la profesión de la medicina es vigilada con recelo y detalle por el Derecho, y puede llegar a entorpecer aplicación de terapias alternativas o nuevos tipos de procedimientos o atrasar el descubrimiento de nuevas curas para ciertas enfermedades, por el miedo del galeno a cometer un error o a salirse del protocolo unánimemente aceptado por las Asociaciones Médico Científicas. Pero en defensa de los profesionales del derecho, hay que decir que en muchos casos se presentan errores injustificables, que producen un

dolor inimaginable al paciente y a su familia, y además, el bien jurídico que siempre están en juego y en manos de los médicos a la hora de una intervención quirúrgica es el de la integridad y la vida de un ser humano, por ello, es necesaria la existencia de un régimen que haga responsable a los médicos por sus acciones imprudentes y con ausencia total de diligencia.

PARTE II. CONTRACTUALIZACION DE LA MEDICINA.

CAPITULO 3. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLES:

Hacer un acucioso estudio de los regímenes de responsabilidad civil aplicables en Colombia es una amplísima tarea que no pretendemos cumplir, para fines académicos nos referiremos muy generalmente a los regímenes de responsabilidad aplicables para de ese modo ingresar con bases académicas al estudio específico del tema que convoca este trabajo de grado, solo de ese modo podremos inducir al lector a analizar correctamente la temática que pretendemos estudiar.

La responsabilidad civil como área importantísima del Derecho, nace del hecho ilícito o antijurídico, para ORTIZ MONSALVE, el hecho ilícito “es todo hecho contrario a la ley, o contrario al contrato (que es ley para las partes), que ocasiona un daño o perjuicio a otra u otra personas.”(Paréntesis fuera del texto) (...) “Quien por el hecho ilícito causa daño, queda o está en la obligación de repararlo, es decir, se hace responsable”¹¹. Para TAMAYO JARAMILLO “la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños causados a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, (...) de las obligaciones legales o cuasicontractuales, del delito o el cuasidelito, y de la violación del deber general de prudencia”¹².

De esta forma se configuran dos regímenes claros cuando de responsabilidad civil se trata, en primer lugar encontramos la llamada responsabilidad contractual¹³ la cual, “consistiría en la obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato”¹⁴ dicho contrato por el poder de la autonomía reguladora es ley para las partes. El carácter diferenciador de este régimen es que indudablemente existe siempre un vínculo contractual, preexistente al incumplimiento de la contraparte, que funda la responsabilidad y el deber jurídico de reparar el daño causado. De otro lado, surge la responsabilidad extracontractual¹⁵, que parte de la ausencia de un vínculo preexistente entre las partes, en ésta el hecho ilícito vulnera una norma legal de orden público, “cual es la de que ninguna persona puede causar daño a otra”¹⁶. “Mientras que la responsabilidad extracontractual es una fuente autónoma de obligaciones, la contractual es un efecto de los contratos”¹⁷ o si se quiere en lenguaje jurídico; la responsabilidad extracontractual proviene del hecho jurídico (esto es, todo suceso al que el ordenamiento, por su naturaleza dañosa y generadora de perjuicios a otros, atribuye la virtud de producir efectos jurídicos) mientras que la responsabilidad contractual proviene del acto jurídico (esto es, toda manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos).

CAPITULO 4. EL PROBLEMA DE LA ACUMULACION ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL.

En la legislación Colombiana, los regímenes que están siendo estudiados están configurados con amplias diferencias desde el punto de vista procesal. Sin embargo, estas diferencias serían meramente académicas o doctrinales, si al exponer un caso de responsabilidad civil, se esgrimiera la acumulación u opción de ambas acciones, para que en caso de no confeccionarse una determinada responsabilidad a la luz del criterio del juez, se escogiera la otra, para que en

beneficio de la víctima se procurara el fallo a como dé lugar, usando los dos regímenes de responsabilidad civil prescritos por ley. De esa forma la distinción entre regímenes de responsabilidad no haría la diferencia al aplicarse en un caso concreto. Empero, la situación es distinta, buena parte de la doctrina¹⁸ incluida una mayoritaria parte de nuestra jurisprudencia mantiene como regla general que la víctima NO puede acudir indistintamente y según su preferencia a los principios aplicables a la responsabilidad civil contractual o a la responsabilidad extracontractual¹⁹, y tampoco podría argüir el uso de las dos acciones a título principal en una demanda. Al juez correspondería decidir para cada caso y según la *causa petendi* consagrada en la demanda, si el hecho ilícito corresponde a un incumplimiento directo del contrato (régimen contractual), o a un hecho ajeno al mismo (régimen delictual) aplicando las normas propias de cada uno²⁰.

Concordamos con TAMAYO JARAMILLO al momento de consagrar que si bien hay un número discreto de sentencias y decisiones erradas de la Corte Suprema de Justicia en el manejo de este tema, la mayoría de ellas obedecen a que la interpretación que el juez hace del caso concreto es errónea, cayendo casi siempre en los mismos yerros y confusiones comunes²¹, incluso en ciertas providencias²² que lo que pretenden en el fondo es afirmar la prohibición de la acumulación y de la opción de acciones, pero que por desafortunadas equivocaciones conceptuales terminan prescribiendo absolutamente lo contrario²³. Basamos nuestra percepción generalizada de la prohibición de la acumulación de acciones en el estudio de providencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁴.

Así pues, los distintos casos de Responsabilidad Civil, siempre se enmarcaran o dentro de un régimen de responsabilidad o dentro del otro, salvo dos excepciones²⁵, todos los hechos ilícitos generadores de responsabilidad civil son o bien contractuales o bien extracontractuales, nunca de

ambos tipos, por tal razón la posibilidad de escoger entre uno u otro régimen no existe, puesto que solo habrá siempre un régimen correcto que invocar. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que resalta la imperiosa necesidad de enmarcar o bien en el régimen contractual o bien en el régimen extracontractual los distintos hechos ilícitos generadores de responsabilidad civil²⁶.

Lo que la doctrina y jurisprudencia discuten, en algunos casos, es si el juez tiene el poder discrecional de corregir al demandante, (si este invoca la responsabilidad incorrecta en su *causa petendi*), para luego exhortar el régimen de responsabilidad adecuado al caso concreto; o si esa actuación extralimita las facultades del mismo²⁷. Desde este punto de vista, quienes pretenden hacer valer el derecho sustancial sobre el procesal, apoyan el accionar inquisitivo del Juez en el que éste pueda corregir al demandante e invocar la responsabilidad adecuada²⁸. Esta peligrosa apreciación, a nuestro modo de ver, nos lleva a un escenario en el cual, será el juez quien tendrá siempre la última palabra para variar y escoger, a su arbitrio, el marco jurídico en el cual se debe mover la acción judicial. Así las cosas y al igual que ocurriría si se permitiera el cumulo de acciones, la distinción de regímenes de responsabilidad civil sería una mera curiosidad académica y su importancia disminuiría, puesto que sin importar la argumentación y el encuadre jurídico que las partes le den a los hechos, sería el juez quien decidiera la adecuada *causa petendi*. Esta situación afortunadamente parece estar evitada por un sector mayoritario de la jurisprudencia nacional que desestima este tipo de discrecionalidad judicial al momento de decidir un caso de responsabilidad civil. Para esta última postura, la *causa petendi* de un hecho ilícito generador de responsabilidad, debe ser enmarcada siempre dentro del régimen de responsabilidad civil que le corresponde, y el Juez debe limitarse a interpretar el marco jurídico dado por los demandantes sin perjuicio esto de los principios de *iurii nova curia*²⁹. Esta última teoría pareciese haber sido

acogida, sobre todo en los años recientes³⁰ manteniéndose así la prohibición tanto de la acumulación y opción de acciones, siendo las partes quienes imponen al mismo el marco jurídico atinente al régimen dentro del cual se puede considerar la *causa petendi*, de no hacerlo, el juez se estaría extralimitando en el ejercicio de sus funciones.³¹

CAPITULO 5. EL PROBLEMA DEL DUALISMO DE REGIMENES EN RESPONSABILIDAD CIVIL.

Después de este estudio al régimen de responsabilidad civil existente en Colombia, podemos afirmar que las dificultades devenidas del sistema dualista son variadas, más aún si tenemos en cuenta la diversidad de pronunciamientos jurisprudenciales que han tratado el tema y que han intentado, sin éxito, mantener una línea homogénea de tratamiento al mismo. No solo hay profundas dificultades en la necesidad de encuadrar jurídicamente una situación fáctica dentro de uno u otro régimen, sino que además la prohibición a la acumulación u opción de responsabilidades, propicia el favorecimiento de situaciones injustas, en las que el derecho formal prime sobre el sustancial, negando la aplicación del derecho por yerros procesales o de forma en la interposición del recurso judicial apropiado. Estas dificultades no han sido ajenas a la doctrina extranjera³² ni a la doctrina nacional, donde también se acentúan los problemas que devienen del sistema dualista de responsabilidad civil que nos rige en la actualidad³³.

El dualismo de regímenes de responsabilidad civil, y los problemas que se derivan de esta distinción, no son solo una cuestión de las legislaciones de tradición napoleónica. Un acucioso estudio de la tratadista GENEVIEVE VINEY, nos muestra que la mayor parte de legislaciones, - Al menos en Europa y América-³⁴, conocen y aplican la distinción de regímenes. No obstante, el tratamiento específico en cada país es diverso y muestra que “de manera particularmente

penetrante, dicha distinción está dominada en cada país por principios bastante diferentes que, por lo demás, son en todas partes imprecisos y fluctuantes”³⁵.

En todas las legislaciones, incluidas la nuestra, el dilema de optar por la unificación de regímenes de responsabilidad, ha sido un tema de constante polémica y de apasionados detractores y defensores³⁶. No obstante esta situación, y en consonancia con un sector de la doctrina, consideramos que la unificación absoluta de regímenes no debe ser una opción a valorar en el afán de sobreponerse a las dificultades que devienen del sistema dualista; esto por cuanto es innegable que en algunos aspectos, las diferencias entre ambas relaciones jurídicas son radicales y deben prevalecer en nuestro ordenamiento, sobre todo, al tratarse de la autonomía de la voluntad privada. Y es que la responsabilidad contractual, está creada precisamente para salvaguardar el poder de la voluntad privada, para ponderar en un nivel diferente, los daños que puedan ocurrir como consecuencia directa de un vínculo jurídico previo entre dos sujetos. Como piedra angular del derecho privado, la autonomía de las partes y el régimen que regula sus relaciones debe prevalecer; y es en razón a esto, que las últimas tendencias en derecho civil muestran un afán por “contractualizar” todas aquellas situaciones en donde exista incertidumbre o vacío jurídico, y la aplicación de uno u otro régimen sea dudosa. La misma situación ocurre como veremos, con la misma responsabilidad civil medica.

CAPITULO 6. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Adentrándonos en materia explicita acerca de la responsabilidad civil medica, objeto de este trabajo de grado; es pertinente en primer lugar, resaltar el carácter eminentemente actual y especial que detenta este tipo de responsabilidad; esta situación viene propiciada por la evolución progresiva de esta profesión, sobre todo en el último siglo y más aún en los últimos veinte años,

como lo explicamos en el acápite histórico de la profesión médica. De esta situación devienen consecuencias jurídicas importantes, como lo es la carencia de un compilado normativo especializado en la materia, ya que aparte del escueto marco jurídico que puede emanar de la ley 23 de 1981 (única disposición legal para la materia) no se encuentran normas legislativas que regulen este régimen; encontrando así muchas dificultades en su desarrollo ya que se ha dejado a la jurisprudencia, con su carácter dinámico y cambiante, como fuente primigenia de derecho en ésta materia.

SECCION 1. GENERALIDADES.

a. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

La responsabilidad civil médica hace parte de aquellas responsabilidades civiles que devienen del ejercicio de una profesión, la cual detenta un carácter más especial que las demás, dado el alto nivel académico que se exige a sus practicantes, además, como ya lo hemos mencionado, tiende a la masificación progresiva de sus prestadores en las últimas décadas y al cada vez más generalizado ánimo de lucro en su ejercicio, desatando la nefasta consecuencia de un deterioro en los estándares de calidad exigidos para ejercer la profesión³⁷. La responsabilidad civil que deviene del ejercicio de una profesión sigue a grandes rasgos y *prima facie*, los principios generales de la responsabilidad civil, bien sea contractual, por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, o bien sea extracontractual, siguiendo el principio general del derecho según el cual, todo aquel que cause un daño a otra persona está obligado a repararlo. Dependiendo de la profesión, habrá normatividades específicas que varíen se rigurosidad y que regulen con normas especiales de primigenia aplicación el ejercicio de una profesión y las disposiciones a seguir en caso de que de ella devenga algún daño imputable al actor.

Dado el carácter eminentemente liberal, la alta sensibilidad e importancia de la profesión para la sociedad y el alto estándar de conocimiento que se requiere para su ejercicio, ciertas profesiones requieren de autorización estatal para su ejercicio, tal es el caso de la Abogacía o de la Medicina, mientras que las llamadas profesiones ordinarias o aquellas en las que su ejercicio no resulta en un riesgo para la sociedad, ni tampoco requieren de mayor nivel de pericia para su ejercicio, puede realizarse libremente. Asimismo, en aquellas profesiones más sensibles o que detenten una mayor responsabilidad, habrá una mayor necesidad de normatividades específicas que determinen los deberes, responsabilidades y estándares que de su ejercicio se produzcan.

La definición que de responsabilidad medica, da el ilustrado doctrinante Gisbert CALABUIG ha sido acogida por muchos académicos por que incluye la mayoría de elementos esenciales de este tipo de responsabilidad profesional, consagrando: “la responsabilidad medica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión. En otras palabras: el médico que, en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al paciente, debe reparar y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona”³⁸

Entre la doctrina nacional, destacamos el concepto que la responsabilidad civil medica le merece al doctor Manuel SARMIENTO GARCIA, para quien “El fundamento de la responsabilidad civil de los médicos se encuentra en la noción de riesgo profesional, en virtud de la cual los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad calificada como profesional, deben ser

indemnizados sin consideración alguna a la intervención o no de la culpa, de donde se concluye que en la tesis del riesgo profesional, la responsabilidad radica en la calidad misma de la actividad, que por su carácter especializado y altamente técnico, representa para quien la ejerce una capacidad e idoneidad especial, debiendo responder en razón de ese profesionalismo de los daños que resulten del ejercicio de la actividad calificada como profesional, sin que pueda admitirse la noción de culpa, ya que el profesionalismo de la actividad la excluye de plano”³⁹. Aceptamos y compartimos esta última definición del profesor SARMIENTO GARCIA, bajo el entendido de que la noción de culpa es rechazada por la profesionalidad de la actividad puesto que los actos sin intención de dañar, esto es sin dolo; no tienen su origen en la culpa de la persona sino en los riesgos o peligros inherentes que el ejercicio de ciertas profesiones, entre ellas ciertas operaciones y obligaciones médicas, conllevan para la persona sometida a tratamiento; si es que dicho riesgo existe en el caso concreto sometido a consideración.

a. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA:

Creemos fundamental delimitar, para facilidad académica y para que se tenga una concreta idea del estudio que haremos, el contexto a partir del cual pretendemos iniciar el estudio acerca de la naturaleza civil de esta responsabilidad, aclarando las prestaciones a las cuales vamos hacer explícita referencia, centrando sobre ella nuestro núcleo de estudio.

Prestación Médico-Paciente: La responsabilidad civil médica, *prima facie*, puede llegar a agrupar todo tipo de prestaciones que, si bien no hacen parte de la relación médico-paciente como tal, están siempre relacionadas con el servicio y la asistencia en salud que se dé a una persona; así pues encontramos prestaciones como las de alojamiento hospitalar o prestación de servicios hospitalarios (consistentes en brindar hospedaje, incluyéndose en esta la obligación de

alojamiento y alimentación; y los denominados servicios paramédicos como el uso de instalaciones medicas o el de brindar atención con personal de enfermería, etc.)⁴⁰, el contrato de transporte con una ambulancia, el suministro de medicamentos, los errores de laboratorio y otras prestaciones médico-asistenciales como las de elaboraciones de prótesis, la realización de exámenes de diagnostico sobre los cuales está sustentado el accionar del médico, entre otras.

Si bien en un primer momento el común de la opinión considera que todas las anteriores prestaciones relacionadas con la salud están enmarcadas siempre dentro de la responsabilidad médica, esta concepción es errónea, y todas las anteriores prestaciones van a enmarcarse en áreas distintas a la responsabilidad medica como tal. La responsabilidad medica en *stricto sensu*, solo agrupa la prestación de servicios médicos dados siempre dentro del contexto de la relación médico-paciente.

En estos casos es fundamental analizar en el caso concreto, que papel tuvo que ver el médico tratante en la prestación de estos otros servicios, para de esa manera determinar si surge una responsabilidad medica (en el entendido en que todas esas otras prestaciones hacen parte de la relación médico-paciente) o si el médico se encuentra una situación absolutamente independiente de estas prestaciones⁴¹.

De esta manera concluiremos que el presente estudio se va ubicar específicamente en el marco de la prestación de servicios de asistencia médica dentro de la relación médico-paciente, sin desviarnos en el estudio de otras prestaciones que si bien tienen relación con la asistencia en salud hacia el paciente, por regla general no hacen parte de la responsabilidad medica como tal⁴².

A propósito de la relación médico-paciente queremos poner de presente la definición dada por los doctrinantes argentinos YUNGANO, LOPEZ, POGGI Y BRUNO, la cual acogemos

íntegramente: “la relación médico-paciente constituye no solo el presupuesto de la semiología en cuanto ciencia que estudia los signos y los síntomas de las enfermedades sino elemento esencial para una adecuada asistencia y tratamiento del enfermo. Si por una parte, la semiología es el arte y la ciencia del diagnóstico, por otro es el medio para obtener una comunicación fiel con el paciente, ya que todos los niveles del cuerpo, de la mente y de las relaciones interpersonales se traducen en conductas, cuanto mejor sea la comunicación mejor será la eficacia del tratamiento”⁴³ Así pues, la relación médico-paciente conlleva además de una adecuada semiología, asistencia y tratamiento; una relación personal de confianza y buena fe; cuestiones básicas para garantizar el sanamiento en una persona.

Cumplimiento defectuoso de la prestación: Ahora bien, dentro de la prestación de servicios médicos en la relación médico-paciente pueden devenir varios incumplimientos, así pues, podemos estar frente a un incumplimiento puro y simple de la prestación por parte del médico⁴⁴, o frente a un cumplimiento tardío de la misma, o en otros casos podemos estar inmersos en la mora de aquella prestación; finalmente puede devenir también el cumplimiento defectuoso de la misma. Solo en este último evento es posible configurar la denominada responsabilidad civil médica, siempre en el marco de resarcir los perjuicios causados por una prestación o conducta dañina o perjudicial del galeno, en concordancia con la definición de responsabilidad médica dada en el principio de este capítulo. Frente a los demás incumplimientos operarán normas más generales del derecho civil, según el caso.

Así pues, TAMAYO JARAMILLO afirma en su obra que frente a aquellos daños o perjuicios causados **por el incumplimiento puro y simple** de la prestación médica, a la que el profesional estaba obligado; solo valdrá como eximente de responsabilidad, la demostración de una causa extraña que le haya impedido cumplir; la misma solución se aplica en el caso de la prestación

tardía o morosa de la obligación. La excepción a esta regla general viene dada por la demostración que debe hacer el médico, de que dicha omisión o ausencia de la prestación a tiempo, en el eventual caso de que llegara a presentarse, era parte íntegra del tratamiento que él creía adecuado para el paciente, en ese caso el incumplimiento puro y simple, o tardío, pasaría a convertirse en cumplimiento defectuoso, puesto que ya existía un tratamiento *in curso* para con el paciente. En el mismo sentido de NO considerar responsabilidad medica en *stricto sensu*, aquel incumplimiento puro y simple de la prestación, se ha manifestado la jurisprudencia nacional. La doctrinante colombiana FERNANDEZ MUÑOZ expone en su obra esta situación, manifestando que la responsabilidad médica no nace, generalmente, del incumplimiento de obligaciones, sino de su cumplimiento defectuoso⁴⁵

Es a la indemnización pretendida por la ejecución defectuosa del contrato a la que en *stricto sensu* denominamos responsabilidad civil medica; y es ella la que será objeto de estudio del presente trabajo de grado en los siguientes acápite, sin referirnos al incumplimiento puro y simple de la obligación medica ni al retardo en el cumplimiento de la misma.

CAPITULO 7. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLES A LA ACTIVIDAD MÉDICA

Queremos hacer hincapié en la importancia que deviene del estudio de los regímenes de responsabilidad civil aplicables a la actividad medica, puesto que la naturaleza de la misma, va más allá de una distinción meramente académica y doctrinal, y de ella dependerá, además del tipo de acción que se invoque ante la respectiva jurisdicción para hacer prosperar las pretensiones propias de una demanda de indemnización de perjuicios, cuestiones tan importantes como el plazo de prescripción para interponer la acción, los perjuicios por los que se tiene que responder y más importante todavía, quien tiene la carga del acervo probatorio en el caso concreto.

Al respecto ponemos de presente, la opinión de los tratadistas argentinos YUNGANO, LOPEZ, POGGI Y BRUNO, teniendo en cuenta que los mismos enmarcan su discurso dentro de la legislación argentina, tratan este asunto al siguiente tenor: “El encuadre de la responsabilidad medica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no solo importancia doctrinaria sino también, y esencialmente, fáctica, pues de acuerdo con la tesis que se sostenga muy dispares serán las consecuencias si se tienen en cuenta que el código civil, establece un doble sistema de responsabilidad (...) Según Acuña Anzorena no habría dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad, lo cual determinara diferencias sustanciales en cuanto a la entidad de resarcimiento y a la prescripción de las acciones”

CAPITULO 8. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MOVIMIENTO CONTRACTUALIZADOR.

Los antecedentes temporales más remotos en derecho nacional y comparado, nos muestran que en principio, toda actividad medica se enmarcaba siempre dentro de un régimen de responsabilidad delictual o extracontractual. Así pues, Francia, de donde proviene toda nuestra tradición civilista, consideró desde la entrada en vigor del Código Civil en 1806 hasta mediados de la década de 1930, que la responsabilidad médica siempre se encontraba inmersa en un marco netamente delictual. Después de esa fecha, la tendencia por contractualizar la responsabilidad médica se expandió por todas las legislaciones de tradición civil romana. En Argentina por ejemplo, hasta 1941, la actividad médica se enmarcó en la responsabilidad delictual y en nuestro país fue hasta 1940. El análisis de diversa doctrina comparada⁴⁶, nos llevan a concluir que esta tradición de enmarcar en un principio toda actividad médica dentro de un marco extracontractual se debía principalmente a estas razones:

- i. De acuerdo a lo visto en el primer capítulo de esta monografía, la cosmovisión de la medicina en el siglo XIX y bien entrado el siglo XX, aún la hacía una profesión altamente exclusiva y en parte, mística; el criterio de los médicos de ese entonces era claramente subjetivo y no era posible establecer estándares de calidad en la prestación del servicio, dada la escases de profesionales y la ausencia de un conocimiento generalizado de la medicina para la sociedad en general. Todo lo anterior hacía imposible que el contratar con un médico, se considerara una relación profesional como cualquier otra, aplicando siempre criterios excepcionales a los galenos de ese entonces, dándoles un manto de supremacía e invulnerabilidad. Una de esas excepciones viene dada por una responsabilidad delictual en la que las prestaciones, al no estar bien definidas, dificultaban el juzgamiento de la *mala praxis*, ya que además el acervo probatorio del caso recaía siempre en el paciente-demandante.
- ii. Como consecuencia de lo anterior, y dado el ya mencionado carácter intelectual, inmaterial y subjetivo que rodeaba la actividad medica, no era posible o era muy difícil enmarcar dentro del contenido del contrato, obligaciones de ese tipo.
- iii. El médico, dentro de la prestación de sus servicios; gozaba de absoluta independencia al momento de escoger y aplicar el tratamiento que considerará más adecuado, y en general en el ejercicio de su profesión. Este amplísimo margen del galeno para disponer de las actuaciones a seguir por su paciente bajo sus indicaciones; no se podía contener o enmarcar dentro de una simple responsabilidad contractual, sino que siempre debía trascender a una esfera delictual.
- iv. Al recaer la prestación medica sobre derechos de la personalidad, de la vida o de la salud humana en general, se hacía ilegal celebrar un contrato sobre esas materias ya que estaría viciado de nulidad por objeto ilícito.

La doctrinante colombiana FERNANDEZ MUÑOZ narra específicamente la situación de Francia respecto a la naturaleza de la responsabilidad medica: “Para el caso específico de Francia entre 1804 año en que entró en vigor el Código Civil Francés y el año 1835, la naturaleza y contenido de la responsabilidad medica fueron ampliamente discutidas. El fallo *Thouret-Noroy* del 18 de Junio de 1935 puso fin a estas discusiones diciendo que tal responsabilidad tenía un fundamento delictual; sin embargo, este fallo solo tiene un interés histórico ya que debido a las grandes criticas doctrinales que se alzaron contra esta decisión, sumado a la evolución científica de la medicina, la Corte a través del fallo *Mercier*, otorgó a esta responsabilidad un fundamento contractual”⁴⁷.

En efecto, el punto de inflexión de esta tendencia delictual o extracontractual de la actividad medica, llegó en Francia con el famoso fallo *Mercier* del 20 de Mayo de 1936. En este histórico fallo se abandono el fundamento extracontractual de la actividad medica y se dio paso a la naturaleza contractual de la misma. Como si de un efecto dominó se tratará, a partir de esa fecha la mayoría de países con tradición civil francesa cambian también su postura y pasan a ser parte del que denominamos “*movimiento contractualizador de la medicina*”, entre ellos se encuentra nuestro país, con el fallo del 05 de Marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia; y el de la Argentina con fallo de 17 de Abril de 1941 de la Segunda Cámara Civil de Buenos Aires.

El tan nombrado fallo *Mercier* se trata de un caso acaecido en 1925, en el cual un especialista radiólogo de la ciudad de Marsella realiza una serie de exámenes médicos a la Sra. Mercier, quien padecía afecciones nasales, y le causa una radiodermatitis en la cara por no haber usado las precauciones necesarias e indispensables para evitar esos riesgos. Al cabo de cuatro años, los esposos *Mercier* demandan al médico radiólogo de Marsella, quien reconoce su falta de

prudencia pero interpone la excepción de prescripción por considerar que dada la naturaleza delictual de la lesión, el término de prescripción era de tres años, y por tanto ya no había lugar a reclamar el pago de esa indemnización. El Juzgado en primera instancia le da la razón al Médico Radiólogo, pero el Tribunal, en segunda instancia, rechaza tal postura pues considera contractual la prestación de esos servicios, luego el término de la prescripción era de 30 años. Finalmente la Corte de Casación Francesa, da la razón a los altos tribunales y prescribe solemnemente: “Entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato (...) la violación aun involuntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual (...) escapando por ende, a la prescripción trienal”⁴⁸

¿Por qué la razón de este cambio? Doctrinantes franceses entre ellos J. BELLESSENT ⁴⁹, aducen que si bien la maniobra *Mercier* instaló la responsabilidad medica en la esfera contractual, ello era un mero y simple cambio de etiquetas pues en nada se modificaba el régimen inicial. Lo que acaeció, fue que en la sentencia si bien no se acoge expresamente el termino de “obligación de medios”, se dejan sentadas todas las bases para que de ahí y en adelante, se acogiera íntegramente la distinción a nivel contractual entre las denominadas “obligaciones de medio” y las “obligaciones de resultado”, distinción fabricada por René DEMOGUE (y ya estudiada en el acápite de responsabilidad civil general), así pues en el citado fallo *Mercier* la corte sostiene “Entre el médico y el cliente se forma un verdadero contrato que comporta, para el médico, el compromiso, si bien no de curar al enfermo, (...) al menos de procurarle todos los cuidados médicos (asistencia médica) (...) cuidados concienzudos y atentos”. Por esta razón se afirma que el citado fallo “se ha considerado, indiscutiblemente, como el punto de partida de la historia jurisprudencial e institucional de la distinción entre obligación de medio y obligación de resultado”⁵⁰. A la anterior situación se suma el hecho de que en sentido estricto la distinción entre

obligaciones de medio y obligaciones de resultado ya se había introducido en Alemania y en Italia, sin haber encontrado mayor receptividad⁵¹, por tal razón es extraño que en Francia se le haya dado la categoría de hito jurisprudencial y se halla popularizado tanto esa distinción al punto a que hoy en día, en nuestro país, dicha distinción aún se mantiene.

Un rápido estudio en la distinción de obligación de medios y de resultado, nos llevará a darnos cuenta de dos elementos básicos que conlleva esta distinción:

- i. La introducción del ya mencionado concepto del *Alea Medica*, termino básico que hace referencia a que no se puede garantizar el resultado de una prestación medica, por cuanto hay riesgos inherentes que siempre van a estar presentes en este tipo de asistencias. “las incertidumbres de la ciencia, las insuficiencias de los conocimientos médicos y los misterios del cuerpo humano, prohíben que se pueda exigir del médico una curación”⁵². De esta forma y de manera obligatoria, una intervención o prestación que conlleve alta *alea médica*, se verá obligatoriamente enmarcada en una obligación de medios, mientras que si la prestación no conlleva *alea médica* se podrá configurar la misma dentro de una obligación de resultado.
- ii. En segundo término, cabe recordar que en los siglos precedentes, la actividad medica gozaba de un carácter especial, éste carácter especial se demostraba como ya se ha estudiado, en muchos ámbitos como el social, académico, económico, etc. En lo que respecta al carácter jurídico de la medicina en los siglos XIX y principios del XX, su carácter especial venia dado por la naturaleza extracontractual de estas actividades; solo de esta forma se evitaba que la presunción de culpa ante el no cumplimiento de la obligación medica, fuese del profesional, quitándole al galeno la dificultosa carga de demostrar que el inesperado resultado en el cumplimiento de su deber tenía su origen en una casual eximente de responsabilidad (a saber caso fortuito, fuerza

mayor, causa extraña, culpa exclusiva de la víctima), dándole así, ésta difícil carga al paciente-demandante. De esa forma, con la inclusión de obligaciones de medio y de resultado en el ordenamiento jurídico, se cambia la naturaleza de la obligación médica a contractual, siendo este régimen más afín a una prestación de servicios profesionales respetuosos de la autonomía de la voluntad privada, y sin embargo se mantiene el carácter especial en el régimen probatorio, del que la medicina gozaba en la antigüedad.

Esta tesis acerca del carácter especial en el régimen probatorio de la responsabilidad médica, tenía presupuestos lógicos muy respetables, puesto que de haber hecho de la prestación médica una simple obligación contractual, sujeta al régimen probatorio común a las obligaciones de esa naturaleza (en la que la carga probatoria por cumplimiento defectuoso estuviere a cargo del profesional), hubiese sido muy difícil que los médicos de ese entonces, se atreviesen a responsabilizarse a como dé lugar al éxito rotundo en sus intervenciones, haciéndose cargo de toda la responsabilidad que de esos procesos pudiese generarse, acentuándose esta situación si se considera la subjetividad y calidad en el ejercicio de la profesión que rodeaba la ciencia médica a principios del siglo XX. Por esta razón, muy pocos médicos se hubiesen comprometido con el paciente, a llevar a cabo sus prestaciones. Y aún, en el excepcional caso de que se hubiesen pactado cláusulas exonerativas de responsabilidad dentro del contrato, para justificar estos yerros, habría sido imposible enumerar todos aquellos riesgos e imprevisiones que pueden devenir de la práctica médica. Como vemos, si se hubiera cambiado en forma absoluta la naturaleza de la obligación médica en ese entonces, se hubiera desnaturalizado el ejercicio de ésta profesión

Es por esta razón que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado tuvo tanta acogida en Francia y en los demás países de tradición civil francesa que en su mayoría, ampararon dicha distinción. Gracias a ésta, y al poder clasificar la prestación médica, por regla general, dentro de

las denominadas obligaciones de medio, la carga de la prueba se mantenía en el paciente, quien debía demostrar que el médico actuó con culpa, bien sea con imprudencia, negligencia o impericia. Es por esto que muchos doctrinantes afirman que en realidad nada cambió, al pasar las prestaciones medicas de la responsabilidad delictual a la responsabilidad contractual por obligación de medios, ya que era la carga de la prueba la diferencia más preponderante entre ambos regímenes de responsabilidad, y en este caso, tal carga se mantuvo igual.

De esa forma, el debate contractualizador parece haber sido resuelto en Francia, por cuanto la legislación gala ha dado importantísimos pasos respecto a unificar las demás diferencias que separan el régimen contractual o extracontractual de la medicina, factores separatistas como los límites respecto al monto de reparación, han sido desvirtuados al consagrar que el daño previsible no aplica en la responsabilidad medica⁵³, del mismo modo, la prescripción, que era el otro bastión irreconciliable entre ambos regímenes, ha sido unificado por la ley 303 del 04 de Marzo de 2002 que estableció el límite de 10 años como prescripción a los daños derivados de actividades medicas. La diferenciación entre regímenes en Francia, únicamente se mantiene para medir los efectos de la repartición de responsabilidades al interior del equipo médico, siendo el actor que firma el contrato quien responde por todos los perjuicios causados por su equipo médico. Del mismo modo, el derecho francés ha establecido taxativamente los casos en los que ciertos procedimientos médicos, por estar a salvo del *alea médica* tienen que ser obligaciones de resultados y no de medios, como la transfusión de sangre, ciertas cirugías estéticas, la obstetricia o ciertos exámenes bilógicos.

En lo tocante a la legislación argentina el fallo ya mencionado del 17 de Abril de 1941, acogió también la distinción de René DEMOGUE y consagró: “la responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina es de carácter contractual. Solo excepcionalmente es de carácter delictual

o cuasi delictual cuando el médico comete delitos del derecho criminal o viola disposiciones reglamentarias de su profesión” adicionalmente la doctrina argentina consagra de manera tajante refiriéndose a la dualidad entre la responsabilidad delictual y contractual: “la diferencia de criterios que animó el tema se encuentra superada, como bien sostiene Trigo Represas, con la misión de que existen obligaciones de “medios” de fuente contractual, comprometiéndose el médico a poner los recursos razonables para obtener un resultado, el que de ningún modo puede ser el objeto esencial de la relación (...) desde el fallo de 1941 la doctrina y la jurisprudencia nacionales han sostenido, de modo más o menos uniforme el criterio de la responsabilidad contractual”⁵⁴

Dentro de esta tendencia contractualizadora, presente en la mayoría de la legislación con tradición civilista francesa, nuestro ordenamiento nacional, no es la excepción. La jurisprudencia nacional ha acogido, según veremos más adelante, también la distinción propuesta por René Desmogue, sin embargo, en nuestro país el tema no parece superado tan fácilmente. En primer lugar, la poca uniformidad en esta línea jurisprudencial mantenida por nuestras altas cortes (variabilidad acentuada con más fuerza en el Consejo de Estado), y la impotencia para resolver adecuadamente el problema ya revisado acerca de la acumulación de acciones; han sido factores que han dado pie a que la naturaleza contractual de la responsabilidad medica no parezca tan definida, del mismo modo, las férreas y bien sustentadas críticas que ha mantenido la doctrina nacional frente a la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, hacen que en todo caso nuestro ordenamiento no parezca tan cómodo con esta distinción, y que se vea la necesidad de generar un cambio de raíz en el tratamiento de este problema.

CAPITULO 9. DESARROLLO DEL MOVIMIENTO CONTRACTUALIZADOR EN COLOMBIA

Para iniciar este acucioso estudio es menester, en primer lugar, aclarar que frente a la legislación Francesa y Argentina, el Artículo 2144 de nuestro Código Civil (que indicaba el régimen legal aplicable a los contratos advenidos de profesiones liberales), desde su creación, mantuvo cierta distancia, y casi previendo el problema que se avizoraba en la prestación de servicios de algunas profesiones “liberales” estatuyó:

“Art. 2144 Extensión del mandato: los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Al tenor de este artículo, que evidentemente hacía poco sustentable la tendencia ya estudiada en el siglo XIX y a mediados del siglo XX de considerar delictual la responsabilidad médica; se mantuvo un debate acerca de la naturaleza de la prestación médica. Al respecto en sentencia que data de 1915 la Corte Suprema de Justicia, manifestó que la prestación de servicios a un enfermo se enmarcaba dentro de las reglas que regían el contrato de mandato y de arrendamiento de servicios inmateriales⁵⁵.

El debate se mantuvo desde la creación de nuestro código civil en 1873 hasta 1940, alentado por la predominante ausencia de demandas de responsabilidad civil propiamente dichas, contra profesionales médicos de ese entonces. Toda esta situación culminó con la sentencia hito del 05 de Marzo de 1940, en donde, impulsados por el efecto dominó del fallo *Mercier*, la Corte en un caso de responsabilidad contra un médico por la pérdida del ojo izquierdo de un paciente debido a la *mala praxis* de un tratamiento oftalmológico; además de afirmar la naturaleza contractual de la prestación de servicios médicos, acogió de manera tajante la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, afirmando que el contrato entre médico y enfermo, existe y es siempre de servicios profesionales, del mismo modo hace referencia al cambio jurisprudencial realizado en

Francia a partir del fallo *Mercier* y estatuye que la obligación en estas prestaciones es, por regla general, de “medios” y no de “resultados”, obligándose el profesional a “desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los cuidados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este” sin importar los honorarios o la gratuidad, o si el susodicho contrato se acordó verbal o por escrito, según la costumbre local. Respecto al acervo probatorio, la sentencia exalta como elemento esencial en esta responsabilidad, la certeza acerca de la culpa del médico, culpa que además, de ser probada debe ser grave:⁵⁶

Como se ve en este punto de la discusión, se estableció exigir además de la prueba de la culpa del médico (régimen de culpa probada), que ésta sea, además, grave en aquellos casos que no sean científicamente discutibles (porque de aquellos discutibles no se puede decretar ni siquiera la culpa); aumentando aun más la dificultad para hacer que el profesional responda por los errores que el pudiese causar con su conducta.

Finalmente y para resolver lapidariamente la discusión acerca de la naturaleza civil de la prestación medica; agrega que ésta última nunca podrá enmarcarse dentro de la presunción propia del régimen extracontractual de actividades peligrosas (ya estudiada en el capítulo anterior), puesto que el señalamiento de la actividad médica como “*una empresa de riesgo*”, sería “*inadmisibile desde el punto de vista legal y científico*” y haría “*imposible el ejercicio de la profesión*”.

Sorpresivamente, y en sentencia del 14 de Octubre de 1959 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de un perjuicio originado por la obligación de cuidado inherente a un contrato hospitalar; no solo predica la responsabilidad extracontractual de la entidad y del médico a su

cargo, sino que además la catalogó dentro de los supuestos de la “*presunción por actividades peligrosas*” propias del Artículo 2356, en el cual la culpa es siempre PRESUNTA y el profesional debe desvirtuar dicha presunción. Este fallo que será estudiado a profundidad a su debido tiempo, significó un absorto retroceso en la línea jurisprudencial que se venía manteniendo y abrió de nuevo el debate a una cuestión que se creía ya superada.

El siguiente revés a la postura generalizada de considerar la prestación medica una prestación contractual con culpa probada (es decir, en la cual se debe probar la culpa del médico) viene dado por el fallo del 03 de Noviembre de 1977, en el que la Corte Suprema cita a manera de ejemplo el régimen aplicable a la responsabilidad medica y aduce, en primer lugar, el carácter contractual de la misma, considerando que por lo general las obligaciones que para los médicos surgen, son de medio, de ahí que éstos no se obliguen, según se dijo “*a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones*”. Mientras que en segundo lugar y respecto a la carga de la prueba, formuló, una innovadora inversión de la carga probatoria en el tema de la responsabilidad médica, un revés al régimen de culpa probada que se había establecido en el 1942, consagrando la culpa presunta siempre en las prestaciones medicas.⁵⁷

En la década de 1980 la Corte Suprema de Justicia estabilizó su postura y fundó los cimientos del régimen que aun hoy se aplica en esta materia, contractualizando por regla general, las prestaciones médicas, y clasificando la carga de la prueba dependiendo, si se está ante una obligación de medios, en la cual se aplica la teoría de la culpa probada (probar la culpa del médico) o si se está ante una obligación de resultados, en la cual se aplica la teoría de la culpa

presunta (se presume la culpa del médico y éste último tiene que desvirtuar con pruebas dicha presunción). Así pues, en los fallos de 12 de Septiembre de 1985 y 26 de Noviembre de 1986 se afirma respectivamente, y luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual, que si la obligación es de medios el galeno “se compromete a poner en actividad todos los medios a su alcance para curar al enfermo”, por lo que es este último quien debe probar la culpa del profesional, mientras que si se está ante una obligación de resultado es el galeno quien tiene la obligación de desvirtuar su propia y presunta culpa⁵⁸. Mientras que la ya citada del 26 de noviembre de 1986, hace énfasis en que la distinción de DEMOGUE entre obligación de medios y de resultados, solo se aplica para la responsabilidad contractual, si es que hay un contrato verbal, solemne o escrito que pruebe tal relación; y en tal caso, se debe establecer cual fue dentro del contrato la prestación convenida “Para deducir si el fracaso de la operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato, se 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 víctima”⁵⁹

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. En todas estas sentencias además de ratificarse la ya consagrada teoría de la culpa probada; se añade junto a la de los profesionales médicos, la similar responsabilidad que comparten las instituciones medicas encontrando que estas “las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas”.

De esa forma llegamos a la sentencia más importante en responsabilidad civil medica en el último medio siglo; la sentencia del 30 de enero de 2001, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez; cuya importancia reside, no solo

en el hecho de que hace un acucioso análisis jurisprudencial de todas las decisiones ya estudiadas anteriormente, escogiendo los principales elementos de cada uno de los fallos anteriores, sino que además sienta el núcleo a seguir para estructurar dicha responsabilidad a futuro. Las principales conclusiones a las que se llega en este histórico fallo son:

- i. Caracteriza la prestación médica por regla general dentro de la responsabilidad contractual, asegurando que desde 1940 se acogió la distinción entre obligaciones de medios y de resultados. Siendo la regla general que los actos médicos sean obligaciones de medios pero con casos excepcionales en los que la obligación es de resultados.⁶⁰
- ii. La culpa que el paciente debe probar del médico, además de estar acompañada del nexo causal con el daño; NO puede condicionarse en ningún momento a que la misma sea “grave”, ya que si bien la culpa en una actividad profesional conlleva cierta distancia de la culpa común; el médico deberá responder cuando cometa un error objetivamente injustificable para un profesional⁶¹
- iii. A pesar de haber acogido la distinción entre obligación de medios y de resultados, la Corte establece que lo fundamental al momento de tratar un caso de responsabilidad civil medica, es identificar el contenido y alcance de la relación medica en cada caso concreto, por esta razón no es posible establecer criterios probatorios generales aplicables a todo tipo de casos, ya que las disposiciones probatorias vendrán dadas por las circunstancias especiales que revisten cada caso concreto.⁶²
- iv. En esta sentencia se introduce por primera vez la tesis de la “carga dinámica” de la prueba aplicada a la responsabilidad civil medica, la cual, como ya lo veremos más adelante, se configura en una solución viable al problema de la carga de la prueba puesto que su fin último es aminorar la actividad probatoria del paciente-victima. Así pues, de debe entender esta teoría, como aquel principio según el cual, la parte que tenga más accesible, cómodo y oportuno

aportar ciertos elementos probatorios, debe hacerlo, sin importar cuál es el actor que tiene a su cargo el acervo probatorio del caso. Esta regla general va referida a la prueba de la culpa medica, por tal razón no se aplica ni para la prueba del contrato, ni para la prueba del daño padecido, ni para la prueba del resarcimiento que se pretende reclamar en un caso de responsabilidad civil medica.⁶³

Lamentablemente, la expedita solución final al problema de la carga de la prueba consagrada en la insigne sentencia del 30 de enero de 2001 encuentra aun grandes obstáculos, en primer lugar un sector de la doctrina⁶⁴ considera que en la actualidad el criterio de la carga dinámica de la prueba vulnera expresas disposiciones legales⁶⁵, por lo cual hasta que no se introduzca una reforma legislativa en nuestro ordenamiento procesal dicho criterio NO puede ser acogido y aplicado. Por otro lado, en sentencias posteriores como la del 13 de Septiembre de 2002, y cuando nuestro alto tribunal tenía propicia oportunidad para aplicar dicho criterio, la puesta en práctica de tales lineamientos se queda a medio camino, acogiendo aquel principio según el cual hay que analizar concretamente para cada situación cual es el tipo, alcance y limite de la prestación medica contratada; negando algún criterio definitivo y contundente para tratar este tipo de casos⁶⁶, pero haciendo alusión a que la culpa de la prueba “en nuestra legislación patria está regida por el criterio de la culpa probada” por lo cual se debe acoger éste criterio “en línea de principio” a seguir, “si es que se pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente”⁶⁷. Así las cosas y en concordancia con un sector de la doctrina⁶⁸, consideramos que ha faltado tesón y firmeza en los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobrevinientes al del 30 de enero de 2001, para aplicar el criterio de la carga dinámica de la prueba al que tanto se hizo mención en el loable fallo. No obstante ésta situación, y a partir del 2005, la Corte Suprema de Justicia ha comenzado a morigerar el criterio de la NO aplicación de la carga dinámica de la

prueba, al considerar que “el proceso es una institución viviente y no pétrea, luego, su fase probatoria debe ser entendida en una realidad dinámica que ésta llamada a ser garantizada so pena de incurrirse en el vicio de nulidad”⁶⁹. Por tal razón y en profundización en de ese principio, la sentencia del 22 de Julio de 2010⁷⁰ proferida por la alta corporación, y en razón a un caso de responsabilidad galénica, ha definido (sin aludir expresamente a la llamada “carga dinámica de la prueba”), que en todo caso, hay que realizar un análisis de las particularidades del caso concreto para atenuar o “dulcificar” la rigurosa aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, (que es el que no permite la aplicación de la carga dinámica de la prueba) si es que la aplicación del mismo, conlleva al fracaso de la finalidad reparadora del régimen de responsabilidad civil por las dificultades probatorias que pueda encontrar la víctima . De esa manera, podemos decir que en estos últimos años la Corte Suprema de Justicia ha dado importantes pasos, insinuantes caminos, sugerentes vías, en aras de la efectiva aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que sin embargo, aun hoy sigue siendo letra muerta en nuestro ordenamiento.

Después de este histórico repaso jurisprudencial acerca del movimiento contractualizador de la responsabilidad medica, concluimos:

- i. En la actualidad, la naturaleza contractual es por regla general, el régimen aplicable a la responsabilidad medica. Ni siquiera los más avezados contradictores se atreven a negar esta palpable realidad. La distinción de obligación de medios y de resultado introducida por René Demogue, aun se mantiene vigente, y caracteriza las relaciones medicas por regla general dentro de las obligaciones de medio, aunque en casos excepcionales y sobre todo si en la relación contractual entre ambos actores, se ha pactado la consecución de un resultado especifico, o si el *alea medica* no existe o tiene una baja participación, se aplicará la teoría de

las obligaciones de resultado. Examinando siempre y *prima facie*, la tipología del caso concreto en el que se desenvuelve tal relación.

- ii. Las críticas al actual sistema de responsabilidad son recias y generalizadas, la aplicación del sistema contractual de obligación de medios y de resultado, ha traído como consecuencia la manutención del principio de culpa probada, según el cual el paciente es quien tiene que probar la culpa del médico y los demás elementos configuradores de responsabilidad, siendo esta situación y como lo estudiaremos en el siguiente capítulo, un absurdo, al punto que se ha denominado coloquialmente tal prueba de la culpa, como la “culpa diabólica”⁷¹ y es el punto más vulnerable de aquella tradición extrapolada del derecho civil francés. Los atenuantes a ésta culpa diabólica (como la culpa virtual y la *lex artis ad hoc*) dados por el ordenamiento para tratar un caso específico, no parecen suficientes para contrarrestar la contundente dificultad que le asiste a la persona del común, para probar un hecho científico especializado que condene la mala praxis del profesional, mientras que posibles soluciones como la carga dinámica de la prueba no están del todo instauradas en el ordenamiento.
- iii. La mayoría de dificultades que ha experimentado a lo largo de este último siglo la naturaleza de la responsabilidad civil médica, ha sido consecuencia de la poca uniformidad en los fallos y en los criterios aplicados a este tipo de prestaciones. Aun hoy, el régimen de la carga dinámica de la prueba sigue siendo letra muerta, a pesar de que en los últimos años, la Corte Suprema de Justicia ha construido caminos conducentes a aceptar en un futuro, que esperamos no muy lejano, la acérrima aplicación del criterio dinamizador en materia probatoria para casos de responsabilidad galénica. Siendo muchos los doctrinantes, con los que concordamos, en que la aplicación de dicho criterio es la solución viable a la crisis que presenta el actual sistema

iv. La naturaleza jurídica de la actividad medica, desde siempre ha estado netamente vinculada a los problemas en el régimen probatorio que uno u otro régimen entraña. Antes de que la distinción de René DEMOGUE llegara, la responsabilidad medica era delictual, aquiliana o extracontractual porque era la única forma jurídica de mantener la prueba de la culpa del médico, en cabeza del paciente. Con la asunción del criterio generalizado según el cual la actividad medica es por regla general, una obligación de medios; la cuestión probatoria entre ambos regímenes se ha unificado, perdiendo sentido el debate acerca de la naturaleza que enmarca dicha actividad medica. A este respecto, es fundamental citar a la doctrinante FERNANDEZ MUÑOZ quien aduce lapidariamente: “Como puede observarse, con el recurso a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, la caracterización que sufrió la responsabilidad medica como una responsabilidad de naturaleza contractual, “HA QUEDADO AMAINADA” (mayúsculas fuera del texto), en tanto que desde el punto de vista probatorio, no existe diferencia alguna entre la responsabilidad medica contractual y delictual. En verdad, manteniendo la carga de la prueba en el paciente, se anula el poder indiciario del incumplimiento contractual. La aplicación generalizada de la teoría de la culpa probada en la época actual ha permitido descubrir las innumerables dificultades que conlleva para el paciente-victima tener que aportar dicha prueba, motivando de este modo una preocupación constante en medio doctrinal, en orden a decidir si en verdad es posible acoger en nuestro país, esta clasificación de las obligaciones .

v. A pesar de esta situación, aun hay más problemas, además del probatorio, que separan la responsabilidad medica contractual de la delictual (prescripción, jurisdicción competente, etc.); haciendo de este estudio y de esta distinción, algo más que una curiosidad o una clasificación meramente teórica, y como lo veremos en su momento, todavía hay supuestos médicos

netamente extracontractuales; aunque es innegable la tendencia contractualizadora que ya ha rodeado a la actividad medica.

CAPITULO 10. NATURALEZA DEL CONTRATO MÉDICO.

Creemos pertinente estudiar a cabalidad, y a propósito del predominio de la responsabilidad contractual en las actividades medicas; la naturaleza de este contrato, puesto que, como ya lo hemos dicho con anterioridad, nuestro Código Civil solamente consagra una aplicación extensiva del mandato para todas aquellas “profesiones que suponen largos estudios”, sin embargo hasta la actualidad no hay una normativa a la que dicho contrato se deba sujetar.

Si aplicamos íntegramente el contenido del artículo de extensión del mandato a la responsabilidad medica, encontraremos que se debe presumir la diligencia con el contratado, bien sea con el mandatario o con el médico, así pues la carga de la prueba tendrá que desvirtuar dicha presunción de diligencia⁷². No obstante esa situación, y concordando con opiniones como la del profesor SUESCUN MELO⁷³, damos pleno valor a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que data del 25 de Febrero de 1952, en la que aclara que el sentido de dicho artículo que concede la aplicación extensiva de las normas del mandato a algunas profesiones liberales “no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de la concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta”, así pues “resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de que llegue a estructurarlo (el contrato de mandato) el simple servicio del médico que ejecuta una operación quirúrgica (...) no obstante suponer tales servicios los dilatados estudios profesionales que supone el texto” (paréntesis fuera del texto)⁷⁴. La opinión de la Corte deja muy poco margen de error respecto a cómo llevar a cabo la aplicación extensiva de las reglas del mandato, por tal razón una simple actividad de prestación de servicios médicos

NO se tiene la denominada aplicación extensiva de las reglas de mandato, al menos que concurra con este contrato, uno de representación, desde el paciente hacia el médico.

De esta forma, mucha incertidumbre ha rodeado el establecimiento de la verdadera naturaleza del contrato médico, y más aun, sobre cuales normas se harían aplicables a ese tipo de contrato, pasando por teorías que propenden por la aplicación extensiva al contrato de servicios médicos de las normas del arrendamiento de servicios inmateriales, o las del contrato de obra intelectual. Afortunadamente, la sentencia hito de Enero de 2001 abordó este problema, adoptando la teoría del “contrato multiforme” y aseverando, después de realizar un sesudo análisis del problema, que el contrato médico es un contrato “multiforme, proteiforme o variable” es decir, “un contrato que en abstracto no se puede clasificar” y sobre el cual “no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía” para cada situación de hecho.⁷⁵

Con este pronunciamiento, se restó importancia a la clasificación jurídica que pueda tener el contrato de servicios médicos; y en ese sentido, lo han entendido doctrinantes como Javier TAMAYO JARAMILLO⁷⁶, Mónica FERNANDEZ MUÑOZ y Mauricio PARRA⁷⁷; quienes concuerdan al afirmar que no es tan importante o significativo establecer la forma jurídica que tome el contrato médico, lo fundamental, es establecer con claridad el alcance de sus prestaciones, dado éste, por la aleatoriedad de la obtención del resultado.

En todo caso, es un hecho que la obligación de prestar asistencia médica es compleja, pues está compuesta por una pluralidad de deberes de conducta inherentes a dicha prestación, que sin estar estipulados, siempre deben operar, como los cuidados médicos, el deber de información, la guarda del secreto profesional, el diagnóstico intuitivo en buena fe, o el adecuado tratamiento

acorde a la ciencia médica, etc. En ese sentido se han pronunciado doctrinantes como Carlos JARAMILLO JARAMILLO⁷⁸, y la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁹.

Del mismo modo, es claro que la naturaleza de dichos cuidados médicos no puede ser cualquiera; sino que deben ser cuidados “concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia” como ya se recalcó en la jurisprudencia. Así pues, se exige una formación continua del médico en la que siempre esté al tanto de los tratamientos novedosos, actualizándose, de acuerdo al nivel de desarrollo de la ciencia médica en el medio local.

CAPITULO 11. SUPUESTOS CONTRACTUALES DE LA PRESTACION MÉDICA.

A continuación, nos dedicaremos en este acápite a definir cuáles supuestos facticos de la medicina se enmarcan dentro de la naturaleza contractual, siendo por regla general el encuadramiento dentro de este régimen y excepcionales los supuestos de naturaleza extracontractual.

De esta forma, nos inmiscuiremos en el estudio de la única ley referente a la responsabilidad civil medica, la ley 23 de 1981, que regula temas tan álgidos como la ética médica y la normativa que regula la relación médico-paciente. La citada norma establece en su artículo tres, el deber general de todos los profesionales médicos de “dispensar los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley”. Acto seguido consagra taxativamente los supuestos facticos que se configuran en la relación médico-paciente; a saber: *“La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos: 1. – Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes. 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia. 3. – Por solicitud de terceras personas. 4. – Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública”*.

El primero de estos cuatro supuestos, el de originar la relación médico-paciente por decisión voluntaria, tiene una naturaleza plenamente contractual; y es que es claro, que si el contrato es una manifestación de voluntades encaminada a producir obligaciones, el acuerdo voluntario entre médico y paciente⁸⁰ de configurar una relación jurídica, debe enmarcarse siempre dentro de la naturaleza contractual del mismo, es el simple y más común caso en el cual se pacta con un médico particular la prestación de un servicio médico a cambio de una contraprestación o remuneración. Finalmente, y aun en el supuesto en que médico y paciente sienten una relación voluntaria pero no estipulada en ningún contrato o por escrito, se está configurando un contrato de prestación de servicios médicos puesto que en derecho, la realidad prima sobre las formas, éste es el mismo principio que se establece cuando por ejemplo, en la calle una persona aborda un vehículo de servicio público y sin haberse establecido el contrato de transporte, este comienza a operar. En estos casos, se accionan los principios generales e inherentes acerca del contrato médico ya establecidos, como el deber de cuidado, etc.

El segundo supuesto, nos llevará a analizar más profundamente la relación de un médico que atiende unilateralmente al paciente, en caso de emergencia; sobra decir que este supuesto es de lejos, el de encuadramiento más dificultoso al momento de determinar su naturaleza contractual o extracontractual, a pesar de que gran sector de la opinión pública se inclina por considerar éste supuesto como extracontractual, concordamos con el doctor SANTOS BALLESTEROS en concluir que en dicho caso se debe dar prelación a la ley 23 de 1981 y proclamar su naturaleza contractual, de la siguiente forma: el decreto 3380 de 1981 que regula la citada ley 23 de 1981, postula: *“Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”* en este caso, es claro que

a pesar de ser unilateral la acción del médico, es por mandato de la ley que dicha relación jurídica se origina; el surgimiento de esta relación es INEXCUSABLE (Artículo 7 Ley 23 de 1981) , y se debe configurar aún y sin deber de información por parte del médico⁸¹ si el caso así lo requiere; del mismo modo el artículo veintitrés postula la irrelevancia de los honorarios anticipados si se trata de un caso de emergencia. Por tanto, al configurarse una situación calificada como de “urgencia”; entran en acción todas las normativas citadas anteriormente, resultando imposible una relación extracontractual de este supuesto, ya que ésta, parte de la ausencia de un vínculo jurídico previo entre las partes, y en el supuesto factico en estudio, POR VIRTUD DE LA LEY, el vínculo jurídico previo si existe; y existe en la obligación del médico de prestar todos aquellos cuidados y atenciones necesarias para salvar la vida en peligro, o la integridad del afectado. Así pues, éste supuesto se deberá enmarcar también dentro de la naturaleza contractual.

El tercer supuesto, viene dado por el surgimiento de la relación médico-paciente “por solicitud de terceras personas” en este caso la doctrina encuentra la “estructuración de una arquetípica estipulación para otro o a favor de un tercero”⁸², figura jurídica consagrada en artículo 1506 de nuestro Código Civil y en la cual, terceros ajenos a un contrato pueden quedar vinculados a él, siendo ésta una excepción al principio contractual según la cual solo los otorgantes quedan afectados por un contrato, así pues y como lo cita el profesor SANTOS BALLESTEROS , la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha proscrito que estas estipulaciones “son en esencia verdaderos contratos”⁸³, de ese modo la actividad medica en virtud de la autorización o solicitud de un tercero, crea un derecho directo a favor de la vida del paciente o del afectado. Creemos que esta posición está sustentada adecuadamente, más aún si se considera que el derecho a favor de un tercero que se crea a través de dicha estipulación, es un derecho en

beneficio de la salud y de la vida de la persona. Configurándose una responsabilidad netamente contractual.

Finalmente , la cuarta hipótesis, es aquella que estaremos estudiando a profundidad en la segunda parte de esta monografía, siendo aquella relación médico-paciente, que surge por el compromiso de atender a personas que están afiliadas, o a cargo de una entidad pública o privada; para una mayor claridad acerca del tema nos remitimos a las consideraciones realizadas en tal acápite, concluyendo que en cualquier caso estas relaciones siempre van a surgir de una relación contractual de acuerdo con el tipo de vinculo que el paciente y la institución; y que la institución y el profesional, sostengan.

Como vemos, todas las hipótesis que originan legalmente la relación médico-paciente se enmarcan dentro de la responsabilidad contractual. Confirmando así la llamada contractualización de la responsabilidad medica, sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se puede desarrollar la responsabilidad medica extracontractual.

CAPITULO 12. PROBLEMAS EN EL SISTEMA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Si bien hemos precisado el principio general que parece haber decidido definitivamente la controversia acerca de la naturaleza de la responsabilidad medica. Ese hecho no quiere significar que actualmente haya conformidad con el trato que dentro del régimen contractual se le está dando a la susodicha responsabilidad.

Así pues, y como ya lo habíamos enunciado anteriormente, en la actualidad el régimen contractual de obligación de medios que recibe a titulo general, la responsabilidad civil medica, tiene muchísimos detractores; al punto de que la naturaleza misma de esta distinción es puesta en

tela de juicio, ya que muchos se preguntan acerca del verdadero sentido que tiene contratar una obligación de medios sin esperar ningún resultado concreto a cambio. Del mismo modo, la crítica reacia al denominado régimen de la “*prueba diabólica*”, hace que otra parte de la doctrina, si bien no se atreva a proponer el cambio de la naturaleza de la responsabilidad civil médica, si se indague acerca de las posibilidades de cambiar el régimen probatorio que actualmente regula el tema.

Respecto a la utilidad y naturaleza de tal distinción; la obra de FERNANDEZ MUÑOZ, BELLISENT, VALENCIA ZEA e incluso TAMAYO JARAMILLO nos dejan entrever que en las doctrinas alemana e italiana en donde se trató de introducir tal distinción, el rechazo a la misma, no se ha hecho esperar, estando la misma inútil y sin vigencia alguna⁸⁴ e incluso la doctrina francesa se “ha mostrado escéptica respecto a la utilidad de dicha clasificación”⁸⁵ aduciendo que la misma “es inútil y disfraza los verdaderos pormenores y resultados del debate relativo a la carga de la prueba”⁸⁶ ya que solo a partir de las circunstancias concretas de un caso se puede establecer dicha carga.

Este sector de la doctrina en Colombia, afirma que es un absurdo considerar una obligación de medios; en la que la exoneración del deudor por la defectuosa ejecución del contrato, venga dada por la demostración simplemente de prudencia, diligencia y acuciosidad en su actuar; puesto que tales adjetivos y cualidades son inherentes a cualquier obligación, siendo los mismos un modo de obrar, y no la medida del contenido de una obligación. “el grado de diligencia y cuidado que debe emplear el deudor, jamás sirve para determinar el contenido de su obligación”⁸⁷.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia de 24 de Octubre de 1990, ha expuesto el pensamiento de Gustavo de Greiff, cuyo texto señala: “desde un principio la distinción entre

obligaciones de medios y de resultados; mereció reparos porque, por una parte, el deudor siempre está obligado a ser diligente y cuidadoso, sin importar cuál sea la clase de obligación y de otra, porque en toda obligación, cualquiera que sea su objeto el acreedor espera un resultado”.

A esta crítica, habría que sumar el hecho de que la distinción entre obligación de medios y de resultados, aplicada a la responsabilidad civil medica no ha conducido a establecer claros supuestos para enmarcar una actividad dentro de una u otra clase de obligación. Si bien en un principio se había aceptado que la cirugía estética siempre era una obligación de resultados⁸⁸, recientes providencias de la corte⁸⁹; han desvirtuado tal presunción⁹⁰. Ateniéndose a que la valoración del *alea* se tiene que hacer siempre ad-hoc, en el caso concreto, para de allí establecer si el médico debía garantizar o no, un resultado. Dentro de actividades que tienden a orientarse hacia una obligación de resultado, FERNANDEZ MUÑOZ pone de presente algunas intervenciones quirúrgicas con fines estéticos, la obstetricia aplicada a un parto⁹¹, la utilización de instrumentos complejos durante el acto médico⁹², e incluso la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización⁹³. Aunque esta última no haga parte de la llamada relación médico-paciente. Asimismo, se debe tener en cuenta que finalmente y al estar inmersos en un régimen contractual, primará lo acordado *interpartes*, siendo esta una cualidad de la autonomía de la voluntad privada.

De otro lado, el origen jurisprudencial de esta teoría, es también criticado fehacientemente por considerar que dicha distinción tuvo origen en la doctrina francesa, usando como cimientos ciertas normas especiales⁹⁴, que nuestro Código Civil no tiene; por tal razón, es errado tratar de extrapolar literalmente dicha teoría, y sobre todo, es errado darle la virtud a ésta para que modifique las reglas atinentes a la carga de la prueba. “La obligación de medios vista a través de

su efecto de colocar sobre el paciente la carga de probar la culpa del médico, no encierra buena lógica Equivale a colocar la carreta delante de los bueyes”⁹⁵

Finalmente, en la ya citada sentencia hito de Enero de 2001, el tribunal de segunda instancia que revisó el caso antes de remitirlo a la Corte Suprema, abordó el problema y puso en conocimiento el sentimiento generalizado de crítica que rodeaba esta distinción, arguyendo como principales razones de desacuerdo, el origen netamente jurisprudencial de esa distinción en Colombia, la no contemplación del sistema tripartito de la culpa en dicha distinción y el régimen probatorio que lo enmarca, por esas razones el tribunal desestima tal distinción e instaura la carga probatoria del mismo modo que en el régimen contractual general. Como es de público conocimiento, la Corte Suprema no acoge algunos de estos razonamientos e instaura la carga dinámica y el análisis específico de las prestaciones en el caso concreto⁹⁶.

Finalmente y respecto al acervo probatorio que rodea la responsabilidad civil médica; ya defendimos atrás, la idea de que la naturaleza misma del contrato médico siempre estuvo ligada íntimamente a esta materia, existiendo siempre la intención de consagrar un régimen proteccionista hacia el profesional. Dicho régimen es entendible, puesto que de consagrar una teoría de culpa presunta como régimen general (siendo esta posición exigida por un sector de la doctrina⁹⁷) el ejercicio de la medicina se desnaturalizaría, ya que las demandas por responsabilidad se avocarían exageradamente y no precisamente porque la *mala praxis* aumente en esa proporción; sino porque con una presunción de culpa contra el médico, exonerarse de dicha responsabilidad será mucho más difícil, siendo mal aprovechada esta situación para buscar resarcimiento injustificadamente; dificultando la labor médica, en donde, correr riesgos y

apostarle a la imprevisión de un procedimiento confiando en la pericia del profesional, es el único vehículo mediante el cual se pueden salvar vidas.

Sin embargo, las garantías de protección al ejercicio profesional no pueden llegar al punto en que se acolite la irresponsabilidad del médico, situación, que a nuestro modo de ver, se está propiciando en la actualidad con la teoría de la culpa probada, (culpa diabólica) puesto que no es posible, que una distinción tan controvertida como la de medios y resultados, de creación jurisprudencial, y valga la pena decirlo, mal extrapolada del derecho francés; pueda invertir absolutamente el régimen común de la responsabilidad en lo tocante a la prueba y a los medios de defensa del deudor, que se predicen a lo largo de todo el Código Civil. Del mismo modo es absurdo que se pretenda que el acreedor, a saber el perjudicado, la persona del común del cual se predica la ignorancia de la medicina, víctima de un defectuoso procedimiento médico; tenga que probar la culpa del profesional médico en un procedimiento específico; siendo esta la principal razón para que, en palabras de la doctora FERNANDEZ MUÑOZ, “sea difícil ver demandas que prosperen en el caso de la responsabilidad medica en ámbito privado, porque no es fácil llegar a la demostración inequívoca de todos sus elementos constitutivos. Este rigorismo probatorio ni siquiera motivaba a las víctimas a demandar, hasta el punto que la responsabilidad medica era un tema jurídico ignorado en Colombia y de ello es prueba la escasa producción jurisprudencial y doctrinal al respecto⁹⁸” Este factor ha sido motivante de la escasa y monolítica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo a la luz del nuevo sistema de seguridad social y a propósito del fenómeno de institucionalización de la medicina, que estaremos abordando en la segunda parte de esta monografía.

Frente a la problemática referida, consideramos firmemente que llevar a la practica el régimen de la carga DINAMICA de la prueba, ya enunciada en la sentencia del 30 de Enero de 2001,

alivianaría las tensiones producidas en el ejercicio de esta responsabilidad y estabilizaría el debate que actualmente se desarrolla .

La carga dinámica, permitiría el fin de la denominada “culpa diabólica” y asentiría en un régimen íntimamente colaborador y solidario en la obtención de pruebas. Por supuesto que comprendemos que esta solidaridad es difícil de ejecutar en el marco de un proceso civil en el que ambas partes están enfrentadas, por tal razón creemos que el juez debería determinar en qué casos se obligue a una parte a aportar una prueba referida, cuya práctica se facilite a una parte más que a la otra; de esta forma todos los actores y el proceso en general gozarían de un acervo probatorio equilibrado y acorde con principios de justicia y equidad. En el mismo sentido se manifiestan férreamente doctrinantes como M. FERNANDEZ MUÑOZ⁹⁹, J. SUESCUN¹⁰⁰, e incluso J. TAMAYO¹⁰¹ para quien la culpa probada es necesaria dada la actual situación económica de nuestro sistema de salud, más no porque ese régimen sea el ideal.

Ahora bien, somos conscientes de que este sistema aplicado en nuestro país incentivaría al paciente a demandar injustificadamente, entorpeciendo el desarrollo de la profesión; por tal razón, en cuanto a la forma de aplicar este régimen de carga dinámica de la prueba nos adherimos al doctrinante TAMAYO JARAMILLO quien opta en un primer momento por una “*culpa virtual*”¹⁰² régimen acogido en el derecho comparado, y más recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de Febrero de 2009; en el que al paciente-demandante se le da la carga de probar ciertos hechos, ciertos indicios que efectivamente revelen que se está ante un posible caso legítimo de responsabilidad civil medica, caso en el cual y aplicando la carga dinámica de la prueba, se juzgaría el caso. Así pues, proponemos un primer filtro antes de aplicar la carga dinámica de la prueba, constituido por la verificación o no de la culpa virtual, en la apreciación de pruebas. Esto con el propósito de no desnaturalizar el ejercicio de la medicina y de

no atiborrar de demandas los ya hacinados juzgados de nuestro sistema judicial, de esa forma se libraría al sistema de demandas que muchas veces no tienen un supuesto factico valido y legal. Los indicios que se deben probar en la solución propuesta, deberán estar acordes a la capacidad del demandante y tienen que, al mismo tiempo, dar cierta certeza o indicio acerca del posible yerro médico¹⁰³, una vez acreditada la culpa virtual, ambas partes aplicando la carga dinámica de la prueba, podrán pedir al juez que le exija a la contraparte el aporte de alguna, siguiendo los lineamientos explicados. Por supuesto, debemos recordar que esta propuesta es solo una sugerencia, ocurrida por los problemas que en nuestra investigación detectamos en el actual régimen contractual de la medicina.

CAPITULO 13. ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA.

Para referirnos al estudio de la responsabilidad extracontractual en Colombia; debemos referirnos en primer lugar, al ya citado estudio histórico, según el cual hasta antes de que nuestra jurisprudencia introdujera la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados; la responsabilidad medica era netamente extracontractual en Colombia, al respecto doctrinantes como FERNANDEZ MUÑOZ¹⁰⁴ mencionan las dificultades que en ese entonces se tenía para delimitar en un contrato las prestaciones medicas ; para JARAMILLO JARAMILLO¹⁰⁵ se hablaba en ese entonces de una “ilicitud de la negociación que recayera, de una u otra forma, en el cuerpo humano”. La jurisprudencia más antigua de la Corte Suprema de Justicia, ratifica esta situación¹⁰⁶.

Desde esa fecha cabe resaltar, el fallo del 14 de Octubre de 1959 en el que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de un caso ocasionado por el incumplimiento en la obligación de cuidado inherente a un contrato hospitalar¹⁰⁷, consideró negar la responsabilidad contractual y predicar la extracontractual ya que, en palabras del alto tribunal “el contrato de hospitalización no presupone expresamente la acción referida” (de cuidado) por tanto, la misma “también ocasiona una culpa aquiliana” al desarrollar esas prestaciones sin las debidas precauciones; más adelante, la sentencia confirma esta tesis y presume que en éste razonamiento “es ineludible la aplicación del artículo 2356 del Código Civil (presunción por actividades peligrosas)¹⁰⁸. Consideramos que, en este caso, la sentencia erra al presumir que todas las obligaciones para con el paciente debe estar taxativamente incorporadas en el contrato de prestación de servicios médicos, ya hemos dicho que de este contrato se presumen obligaciones inherentes como las de cuidado, seguridad o la misma confidencialidad, luego la responsabilidad debería ser contractual.

Otro estudio, merece el hecho de considerar la prestación de servicios médicos como una actividad peligrosa y por tanto adjudicarle a la misma, la presunción extracontractual del artículo 2356 del Código Civil, cabe recordar que esta presunción trae consigo un examen objetivo de la causalidad¹⁰⁹) y sería el médico quien se presumiría responsable, debiendo demostrar la ausencia de culpa. Así las cosas, nos sumamos a doctrinantes como Javier TAMAYO, René SAVATIER y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁰ y del Consejo de Estado¹¹¹ que ha establecido frente a esta situación, que es imposible enmarcar las prestaciones medicas dentro de las actividades peligrosas por diversas razones, la primera viene dada por el hecho de que el riesgo que toda actividad medica implica, es previamente informado, aceptado y asumido por el paciente; por tanto “quien se expone a un riesgo en forma voluntaria, debe correr con las

consecuencias del mismo” ¹¹² Más aún si los beneficios de dicho riesgo serán siempre para la salud e integridad del paciente, nunca para el Médico ya que su contraprestación es independiente de esta situación. De otro lado, se considera que el riesgo no deviene del médico, sino que es inherente a la naturaleza de la prestación que se está cumpliendo.

Estas cualidades son únicas de la prestación medica y no las tienen otras actividades que si se enmarcan dentro de la presunción de actividades peligrosas, como el porte de armas o la conducción de una automóvil; en las que, en primer lugar, el riesgo es atribuible a quienes manipulan o ejercen dicha actividad¹¹³, en segundo lugar, el beneficio por el ejercicio de dichas actividades es para el actor, y finalmente, las víctimas o perjudicados en el ejercicio de la misma NUNCA aceptaron ni asumieron el riesgo en el que se vieron sometidos por el ejercicio de tales actividades.

Como vemos, es imposible aplicar los presupuestos extracontractuales del artículo 2356 del Código Civil a la actividad médica, los razonamientos de la sentencia en estudio, nunca fueron acogidos en fallos posteriores. Con la emisión de la sentencia hito del 30 de Enero de 2001, se negó rotundamente la posibilidad de que la actividad médica se configure bajo estos presupuestos¹¹⁴.

Finalmente, cabe aclarar que el régimen probatorio que gobierna la responsabilidad extracontractual; es similar al del régimen contractual; basado en el principio de la culpa probada, en el cual el paciente, ciudadano del común, debe probar ante el juez la falla del médico; ese fue el régimen establecido por la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia de 30 de Enero de 2001¹¹⁵.

CAPITULO 14. SUPUESTOS EXTRA CONTRACTUALES DE RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA.

Este acápite que nos llevara a estudiar los supuestos facticos en los que se puede enmarcar las actividades médicas dentro del régimen extracontractual, demostrará que aquellos a nuestro parecer son escasísimos, puesto que los mismos vienen constituidos en solo dos casos:

1. El llamado perjuicio moral o daño por contragolpe, en los que ante el eventual fallecimiento del paciente, los perjuicios se extienden a los herederos, alimentarios, o en todo caso, a aquellas personas cercanas al difunto, quienes detentan una relación de interés y que se ven afectadas en su vida por la ausencia del mismo; el tipo de acción que gobierna estos perjuicios fue explicado anteriormente²⁵ cuando tratamos las diferencias entre la llamada acción personal y la acción hereditaria. Su carácter extracontractual viene dado lógicamente, en el entendido en que con aquellos terceros afectados por la eventual muerte del paciente, nunca se fraguó vínculo alguno con el médico. Por tanto la responsabilidad que gobernará esta acción será eminentemente extracontractual. En la misma línea de pensamiento se enmarca SANTOS BALLESTEROS¹¹⁶ quien solo acepta este supuesto en la responsabilidad medica extracontractual.

2. Finalmente, existe otro supuesto que si bien no está enmarcado dentro de la responsabilidad extracontractual tampoco se encuentra inmerso en el régimen contractual. El mismo viene dado por la denominada inejecución contractual penalmente incriminada, tema que ya fue tratado con anterioridad³² y que se refiere al hecho de que en algunas ocasiones un incumplimiento contractual o una ejecución defectuosa derivada de la prestación de servicios médicos, puede afectar, además de la relación contractual médico-paciente, a un bien jurídico tutelado por la ley penal, ya sea porque lo vulnera o porque lo pone en peligro, así pues si de la ejecución de una prestación medica deviene algún delito (acceso carnal, injuria, calumnia, homicidio, lesiones personales, abuso de confianza etc.) su reclamación vendrá dada por la

constitución en parte civil dentro del proceso que la fiscalía adelante penalmente contra el responsable, por supuesto, además de esta acción, se podrá demandar por la vía contractual si es que hubiese lugar.

Pues bien, no encontramos más supuestos que se enmarquen en la actualidad dentro del régimen delictual o aquiliana de la responsabilidad civil, ya que todos los demás supuestos que configuran la relación médico-paciente y que están especificados en la ley 23 de 1981, se enmarcan contractualmente según lo explicamos a su debido tiempo¹¹⁷.

Un análisis de la responsabilidad médica extracontractual en otras legislaciones, a saber, en Francia¹¹⁸ y en Argentina¹¹⁹; nos llevará a concluir que los supuestos que enmarcamos anteriormente como extracontractuales, están presentes en ambas legislaciones, siendo nuestra situación similar a la legislación argentina; mientras que en la legislación gala aun hay más supuestos que se enmarcan extracontractualmente¹¹⁶.

Para concluir, debemos anotar que si bien la contractualización en la medicina, es un fenómeno veraz y contundente, en la actualidad nacional se vive una etapa de transición o de expansión del fenómeno, caracterizada porque muchos supuestos que hemos calificado en este trabajo de grado como contractuales, aun están en proceso de reconocimiento, luego no hay un absoluto consenso en torno a la consideración de la naturaleza contractual de los mismos. Cabe recordar al respecto que doctrinantes de la talla de JARAMILLO JARAMILLO y Louis JOSSERAND han determinado que “la responsabilidad médica contractual, parafraseando al maestro JOSSERAND, tiende a expandirse como “una mancha de aceite”, pues es una constante su “contractualización”. Al fin y al cabo, la regla general en esta materia, a diferencia de otras responsabilidades, es la que tiene como manantial un contrato, o, si se prefiere, un vínculo jurídico preexistente”.

PARTE III. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDICINA.

Con la consagración constitucional del servicio de salud y de la mano con la masificación de la misma, fundamento del fenómeno de la Institucionalización, que analizaremos más adelante, dio paso a la creación sistemas normativos que garantizan la correcta prestación de dichos servicios y que estos a su vez llegaran a la mayor cantidad posible de población. En lo que atañe a la masificación de la salud, la cual tiene su sustento en la creación de empresas médicas y de instituciones, cuyo objeto es el de organizar y prestar los servicios de salud, de una manera generalizada y con estándares de calidad, dejando de lado el concepto tradicional pero aun aplicable de la relación médico-paciente, encuentra su desarrollo en la determinación de objetivos y principios claros, que regirían la asistencia médica en las naciones y particularmente en Colombia¹²⁰, se organizó todo un sistema de seguridad social, sustentado en un marco jurídico, acompañado de la creación de entidades e instituciones cuyo objetivo era y es el de organizar y prestar los servicios de salud, apoyado por toda una infraestructura física y humana capacitada para aquel fin. Con la incorporación de las Entidades Promotoras de Salud o EPS, que organizan y administran los aportes que se hacen al sistema y garantizan la prestación de los servicios de salud mediante la contratación de las Instituciones Prestadoras de Salud o IPS (ya sean hospitales, clínicas o laboratorios), se logro ampliar la cobertura de los servicios y llegar a los sectores más vulnerables de la población. Sin embargo, dicha transformación en la organización y prestación de los servicios de salud también ha conllevado y originado múltiples tipos de críticas e interrogantes sobre su efectividad y eficiencia, circunstancia que le conciernen a la responsabilidad civil médica, como por ejemplo el lamentable fenómeno del “paseo de la muerte”, circunstancia que lleva a la aplicabilidad de la responsabilidad civil y por ende de la instauración de un juicio de responsabilidad civil médica en cabeza, ya no del médico tratante o

de la clínica, sino de la EPS, por la creación de barreras que limitan el acceso de pacientes y que son injustificadas e intrascendentes en comparación con la prestación urgente de servicios médicos¹²¹.

Ésta figura de la masificación de la salud ha transformado las esferas de la responsabilidad civil médica y particularmente en el aspecto del sujeto pasivo del juicio, que ya no es, como normalmente lo era, el médico tratante o la clínica que incumplía su obligación secundaria de seguridad, vigilancia y cuidado de las personas que se encuentran en sus instalaciones o por problemas de sanidad, sino ahora también, las entidades encargadas de temas meramente administrativos, como lo son las EPS o ARP. Asimismo, la evolución y modernización de los procedimientos médicos han traído un sin número de relaciones profesionales que se tejen al interior de un procedimiento médico, intervenciones que anteriormente, hace ya varios años, solo era practicada por el médico de cabecera, hoy en día son llevadas a cabo por equipos médicos¹²² que funcionan de manera conjunta y sincronizada, y que cuentan con una organización interior, basada en una elemental pero siempre efectiva y eficiente división de trabajo, en la que cada parte tiene una tarea asignada según su especialidad y por lo cual la desempeña de manera más detallada y cuidadosa. En las salas de cirugías ahora participan instrumentadoras, anestesiólogos, cardiólogos y en fin, un gran número de profesionales y especialistas que participan según las circunstancias o patologías del paciente, lo cual también transforma los juicios de responsabilidad civil, haciendo que el juez deba detenerse y analizar a profundidad las circunstancias de hecho que rodearon la generación o producción de algún perjuicio o muerte en un paciente. Analizar y determinar que rol cumplía cada miembro del equipo, ver el grado de autonomía que tenía cada profesional en la intervención o el grado de jerarquía e injerencia que pudiera tener un miembro del equipo sobre otro y demás circunstancias de alta complejidad que se puedan dar en una sala

de cirugía. Lo anterior ha llevado a la aplicación de la solidaridad en el cumplimiento de las cargas, si dos o más miembros del equipo incurrieras en la actuación culposa, salvo las excepciones trazadas por la relación jerárquica o el menor grado de autonomía; misma situación acontece en las actuaciones realizadas por médicos residentes¹²³.

CAPITULO 16. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA *EMPRESA MÉDICA*.

La asunción del término “empresa” ha provisto de herramientas conceptuales y organizacionales que han servido de cimientos para afrontar los cambios que ha vivido la sociedad con los continuos avances en la tecnología y ciencia, los cuales impulsan la economía y el comercio, y por lo tanto incrementan la productividad y por ende la sana competencia. Las entidades y conglomerados públicos se han sometido a las reglas de organización empresarial, eminentemente privadas, al constatar su productividad, eficiencia y simple conformación. Al organizarse e instituirse como una entidad dedicada a actividades económicas, industriales, comerciales o de servicios, constituyen un fuente de empleo, un motor para la economía de las naciones y un medio para satisfacer todo tipo de necesidades. La empresa, además de ser un sujeto económico, capaz de ejercer derechos y adquirir obligaciones, es una masa social conformada por personas que prestan sus conocimientos y su trabajo en beneficio de la empresa, de la sociedad y el propio, la cual se instaura en la sociedad surgiendo una relación de interdependencia inevitable y protegida por el ordenamiento Constitucional. Lo anterior dado a que la empresa, al ser una respuesta al continuo devenir y evolución del comercio, concebida como anotamos anteriormente¹²⁴, que encuentra su asidero en la productividad y el trabajo, ha pasado a ser un elemento indispensable y especial para el Estado. Es por esta razón que el Estado no ha sido indiferente a su evolución y conformación, dándole especial protección debido a su papel preponderante en el desarrollo de la nación, otorgándole prerrogativas, deberes y

obligaciones. Es por ésta razón y para referirnos al ordenamiento jurídico colombiano, que la Constitución de 1991 consagró el artículo 333¹²⁵, señalando que “... La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial...” valorando el servicio que prestan a la nación, pero al mismo tiempo las impulsa y las obliga a trabajar en pro de la sociedad y en la satisfacción de sus necesidades.

Siguiendo con la consagración que hace el ordenamiento jurídico colombiano al concepto de empresa, la normatividad comercial contempla en el artículo 25 del Código de Comercio el concepto de empresa, entendida como “...toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios...”¹²⁶. El profesor Ramón MADRIÑAN DE LA TORRE, en su libro “Principios de Derecho Comercial”, sostiene que el concepto de empresa es eminentemente económico, pero surgió de la existencia de fenómenos sociales y políticos¹²⁷, lo cual hace que el concepto de empresa con todo lo que ello significa, pueda ser acuñado por cualquier conglomerado social que tenga como objetivo y fin prestar servicios de cualquier índole, inclusive los concernientes a los servicios de salud. Por tal razón se puede hablar de empresa médica, como aquella organización de factores encaminados a la prestación de servicios médicos, asistenciales o de cualquier clase siempre que se pueda inferir su relación con la asistencia médica, por ejemplo el servicio de hospedaje, del cual más adelante se hará referencia. Cabe aclarar que el concepto de empresa no es unívoco y que admite ser llamada como organización, sociedad, clínica o centro hospitalario, por lo cual, al referirnos con alguno de los anteriores términos, se está haciendo referencia al concepto de empresa.

Por lo tanto, es apropiado utilizar el término de empresa para referirnos a la actualidad de la profesión médica, dada la conjunción de elementos y factores que permiten organizar y prestar los servicios médicos de una manera óptima y eficiente. La inclusión de conceptos eminentemente privados a la prestación de un servicio público e inherente a toda persona como lo es el de la salud, hacen que su prestación sea más organizada y estructurada. La organización de centros hospitalarios y clínicas como sociedades empresariales, la introducción de compañías aseguradoras con capacidad para promover los servicios de salud a sus afiliados o la creación de empresas de medicina prepagada habilitadas para prestar servicios de salud directamente mediante centros médicos prioritarios o indirectamente por medio de hospitales o clínicas previamente contratadas, entre otros ejemplos demuestran que las organizaciones empresariales y comerciales de carácter privado han tomado la prestación de servicios de salud como su objeto comercial, desarrollándose y procurando la eficiencia en la prestación de los servicios.

Como consecuencia de lo anterior, las relaciones médico pacientes que antiguamente nacían de la individual intención del solicitante o paciente, que acudía al consultorio de su médico para que lo atienda y diagnostique sus posibles dolencias, se han debido transformar por la aparición organizaciones empresariales. De este modo, se deja de lado aquella sencilla relación entre el médico y paciente, para pasar a vínculos mucho más complejos en las que participan estructuras empresariales y entidades intermediarias. Ente las relaciones que más se destacan se encuentra la entablada entre el *Médico-Clínica-Paciente*; en la que existe una relación preexistente regida por un contrato de prestación de servicios que unifica en una sola persona a la prestadora de los servicios; también se destaca la relación *Médico-Organización No Gubernamental – Paciente*; en la que se contrata previamente con una organización que reúne y unifica determinados consumidores de servicios específicos de salud para constituir un núcleo unificado con poder

negocial suficiente para redituar beneficios a sus afiliados (Ejemplo asociación o ligas de enfermos). Otra manera en la que surge la relación asistencial es la concerniente a la relación *Médico-empresa de servicios prepagada –paciente* que no es más que una especie de las relaciones *Medico - empresa - intermediarios – paciente*, que son las más comunes en la actualidad dado el marco legal que rige en la actualidad nuestro sistema de salud¹²⁸.

Todos estos entramados sociales, son propios de la actualidad médica y conllevan al fenómeno de la empresa médica y consecuentemente a su institucionalización, las cuales son clasificadas *a grosso modo* por el Doctor Lorenzetti en su obra “La Empresa Médica”¹²⁹ como:

- **Relaciones con prestadores indirectos:** Son aquellas empresas que recaudan el dinero que aportan los afiliados y luego contratan con la clínica que prestan directamente el servicio; si bien muchas de ellas son dueñas de clínicas que prestan servicios médicos, lo propio y característico de estas formas organizativas es el financiamiento y no la prestación asistencial de salud. Ejemplos de ellas pueden ser la medicina prepagada o el seguro de salud.
- **Relaciones con prestadores directos,** en estos casos, el objeto de la empresa es una obligación de hacer, consistente en la prestación de servicios médicos a terceros; Ejemplos de ellos son los sanatorios, instituciones prestadoras de salud y las clínicas que prestan servicios a través de médicos que contratan sea de manera particular, publica, o través de convenios administrativos.
- **Relaciones con profesionales individuales asociados:** En este caso, se trata de prestadores directos, ya que dan servicios a los paciente. Sin embargo, normalmente actúan dentro de la empresa médica; por ejemplo: médicos dependientes, equipos médicos, auxiliares de los médicos.

- **Relaciones con empresas medicas especializadas:** algunas empresas médicas son subtipos, en tanto prestan algunas particularidades que no exhiben las demás, tal es el caso de las que se dedican a la internación psiquiátrica, geriátricos, las que proveen medicamentos o realizan cirugías estéticas, siendo estos tratos auxiliares o accesorios de la medicina general como tal.

Cabe anotar, que la anterior clasificación tiene particular relevancia dado que facilita la delimitación de las responsabilidades que se puedan derivar de un eventual incumplimiento entre la empresa médica y el paciente, el cual será analizado posteriormente, enfocándose en las dos primeras clasificaciones. A nivel nacional, el cual será tema a tratar en los siguientes capítulos, la ley 100 es la piedra angular y fuente primigenia del tema en cuestión, consolidando dos regímenes (Contributivo y Subsidiado) destinados a la asistencia de servicios de salud y creando un plan de servicios de salud al cual tiene derecho todo afiliado, todo lo anterior manejado por empresas encargadas de promover la salud y de instituciones que se encargan de prestar los servicios, las cuales son subcontratadas por las primeras para tales fines. Dada la nueva organización del sistema de salud, se dio un paso hacia la institucionalización, mediante la regulación de las operaciones que pueden realizar las EPS e IPS, la exigibilidad de dos elementos esenciales como son la afiliación y el pago de aportes, y su sujeción a principios taxativos que determinan su función. Sin olvidar, claro está a las E.S.E o Empresas Sociales del Estado constituidas como entidades públicas, descentralizadas por servicios y creadas por la ya mencionada Ley 100 de 1993 con el fin de atender a la población más necesitada y mejorar la prestación de los servicios de salud cuando el Estado los presta directamente en cualquiera de sus niveles.

Sin embargo, la aparición de la empresa médica, más allá de favorecer la eficiencia en la prestación y de proveer de una infraestructura organizacional física y humana, ha ocasionado el desuso paulatino de figuras que antiguamente hacían parte de la profesión médica y han generado la aparición de nuevos perfiles que modifican la actualidad de la profesión médica. En lo que atañe a la práctica médica, ésta sufrió un ostensible cambio con la aparición de la empresa como entidad prestadora de los servicios de salud de manera directa, mediante su propia planta de personal o indirecta, mediante la subcontratación con otras entidades, fracturando la relación médico- paciente que otrora regia la asistencia médica y delimitaba la responsabilidad del profesional, pero no cambio lo referente a su conformación, la cual es modificada evidentemente y casi en su totalidad por el ejercicio de la organización médica o por las directrices del Sistema de Seguridad Social en Salud, sino en la forma como actualmente se da el proceder del profesional de la salud. Con lo anterior hacemos referencia a la sobredemanda de pacientes urgidos de recibir asistencia profesional para mitigar sus dolencias, lo cual sitúa al médico ya no ante una cantidad mesurada de pacientes, si no ante una aglomeración de ellos. En años pasados el médico se tomaba su tiempo para atender a cada paciente, se esmeraba en la realización del examen médico y tomaba mas previsiones al momento de hacer sus diagnósticos, pero ahora, debido a la cantidad de pacientes que debe atender en beneficio de la eficiencia y la productividad en la generación de ingresos para la organización, su tiempo para atender adecuadamente a cada paciente se reduce considerablemente, diluyéndose la imagen del paciente pasando a ser un ítem más de las estadísticas de la empresa. Como consecuencia de ello los diagnósticos y posteriores tratamientos podrían quedar inconclusos en razón a la concepción actual de la medicina como un mercado y a la atención médica en masa y mecanizada, dejando de lado la práctica médica de antaño, en donde el doctor trabajaba de la mano del paciente con el fin

de encontrar y curar sus dolencia, pasando ahora a trabajar con estadísticas, cuadros de evolución y análisis que no siempre pueden establecer a ciencia cierta las dolencias que aquejan al enfermo.

Otro fenómeno que trajo el término de empresa médica fue el de la masificación de la medicina o macromedicina, fenómeno que ataca a la individualidad de la práctica médica, que anteriormente se llevaba a cabo, siendo ahora ejercida de manera colectiva, mediante hospitales, clínicas o agrupaciones de médicos. Pero lo anterior no se debe ver como un efecto perjudicial tal y como lo describe el Doctor Ricardo Lorenzetti en su libro la “Responsabilidad Civil de los Médicos”¹³⁰, sino como un resultado beneficioso para el paciente en el sentido que mediante este tipo de organizaciones se pueden alcanzar niveles de perfeccionamiento de conocimientos técnicos, la creación de nuevos tipos de procedimiento apoyados por una red tecnológica y de infraestructura en continuo avance y desarrollo. Pero el ejercicio de la medicina mediante grandes centros hospitalarios o clínicas conformadas como empresas comerciales pueden degenerar el fin último que persigue la medicina, siendo esencialmente el de procurar por la recuperación y conservación de la salud de sus pacientes, por el de producir réditos, hacer sostenible y viable la empresa médica o el de propender por su crecimiento como empresa. Esto lleva a que el paciente sea considerado como un cliente y no como una persona urgida por atención médica, siendo lo más importante para la empresa el lograr el pago por parte del paciente que la recuperación del mismo, por lo cual, una vez atendido el paciente, la empresa puede llegarse a preocupar más por la obtención de garantías reales o personales que aseguren el pago de los costos por los servicios prestados (si hay ausencia de compañías de seguros que respalden al paciente, como sucede con las personas que no tiene un trabajo fijo y se dedican a oficios informales) que por la recuperación post-atención médica.

Éste fenómeno ha ocasionado que cada vez sea más escaso el ejercicio individual de la medicina, que aunque no es la regla general, debido a que aún existen profesionales que ejercen en consultorios de su propiedad y que cuentan con una experiencia y prestigio ganado por años, por lo que hace que sean buscados y solicitados por personas que son aquejadas por ciertas enfermedades y recurren a ellos por ser especialistas en determinada ciencia médica. No obstante lo anterior solo es posible en pacientes que tiene suficiencia económica y pueden escoger libremente a su médico tratante mediante criterios objetivos y según su experiencia, especialidad y prestigio, pero los pacientes que no cuentan con tal respaldo económico (que son la mayoría de la población) deben acudir por conducto del sistema de salud, por lo tanto dichos centros hospitalarios o empresa médicas son cada vez más visitadas por pacientes, disminuyendo la demanda de servicios médicos individuales, lo cual genera una migración de dichos profesionales hacia los conglomerados empresariales, teniendo que trabajar como dependientes de aquellas. Asimismo genera un aumento considerable en la producción de riesgos derivados de asistencias médicas. La participación de dependientes que engrosan la planta de personal, la falta de equipamiento idóneo para la ejecución de un procedimiento médico, han modificado el régimen de responsabilidad aplicable en los juicios civiles, situación que nos ocupara en capítulos siguientes.

De igual forma, se venía dando la aparición de la especialización en materias de la ciencia médica, siendo éste un signo distintivo de la actualidad de la profesión. Con el avance de la ciencia y en particular de la medicina y de su multiplicidad de disciplinas, se hace inevitable la necesidad del profesional de afianzar sus conocimientos hacia una rama específica de la medicina, sea por ejemplo en la cardiología, neurología, pediatría, obstetricia, etc. Se puede llegar a criticar la especialidad del médico si el nivel de concentración en una materia específica limita

y hace olvidar los aspectos generales que dan sustento a todas las especialidades, lo que puede llevar al médico especialista a sesgar sus apreciaciones al campo de su especialidad, dejando de lado otros aspectos que alimentan un diagnóstico adecuado¹³¹. Pero lo anterior quedaría sin fundamento en nuestro criterio, debido a la interdisciplinariedad inherente a ésta ciencia, lo cual exige del profesional de la salud la evaluación de todas las aristas y causas que pueden originar una enfermedad para así dar un atinado diagnóstico, teniendo en cuenta todas aquellas especialidades de la medicina que puedan tener relación con ella y de esta forma ordenar un tratamiento posterior que dará solución al padecimiento. De igual forma, la inclinación que hace cualquier profesional sea de la medicina, del derecho o de cualquier otra carrera hacia un campo específico de su profesión, es motivado, en primera grado por su vocación y gusto por ella, y en segundo grado por cuestiones económicas, debido a su falta de explotación o nivel de experticia, lo que genera una complejidad que resta interés a la mayoría de profesionales. Es primordial resaltar que acompañado del fenómeno de la colectivización y de la especialización de la medicina, ha originado que las intervenciones quirúrgicas se han practicado en presencia de un conjunto de especialistas y auxiliares, los cuales se agrupan en torno al paciente tomando decisiones o realizando actos médicos tendientes a recuperar la salud del enfermo. Cada uno de ellos aporta según su especialidad, actuando de manera coordinada y colaborándose mutuamente, constituyéndose una relación de jerarquía al interior del equipo en donde una persona es quien asume el carácter de jefe con todas las responsabilidades y deberes que ello acarrea. De éste fenómeno ha surgido un interesante problema, que será materia de análisis más adelante y es el de determinar quien o quienes sujetos integrantes del equipo médico deben ser llamados a responder ante un eventual perjuicio ocasionado en la práctica médica.

Con todo lo anterior, la empresa médica constituida institucionalmente como una organización comercial tendiente a la prestación de servicios de salud de manera directa o indirecta, protegida y regulada constitucional y legalmente (Ley 100 de 1993), se ha transformado en una entidad indispensable para garantizar y hacer efectivos los postulados del Estado Social de Derecho, consagrados en la Constitución de 1991 y que dan sentido y dirección al ejercicio gubernamental y privado, promoviendo la garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre ellos el de la salud. Con lo cual se podría decir que se ha avanzado en la calidad de la prestación, en su eficiencia y ampliación de cobertura, pero situaciones como la solicitud excesiva de formas y requisitos para acceder a los servicios, mala calidad de sus instalaciones, largas filas y demoras en la asistencia, solo por nombrar algunos casos que son material de los noticieros y de cantidades de demandas que atascan el sistema judicial colombiano y dejan en entredicho las mejoras de éste nuevo sistema de seguridad social. Pero más allá de lo anterior, el sistema ha demostrado aspectos funcionales y útiles para la sociedad, como por ejemplo la ampliación de la cobertura que según estudios de la CEPAL¹³² alcanzó entre el 80% y el 85% de la población para el año 2007 y se estableció un plan definido de servicios y beneficios para los afiliados, que aunque se prestó o presta para confusiones por ser en algunos casos impreciso, continuas evaluaciones realizadas por los jueces de tutela y la reforma a la salud del año 2011 han intentado sosegar las inconformidades.

Por esta razón es primordial analizar las formas mediante las cuales se genera el vínculo entre los pacientes y los centros hospitalarios, y de éstos con los médicos, sea de manera pública o privada, para así determinar quien o quienes son los eventuales responsables por los daños causados.

CAPITULO 17. CONSTITUCIÓN DEL VÍNCULO ENTRE LOS SUJETOS PARTICIPES EN LAS RELACIONES MÉDICAS.

Como hemos venido mencionando la relación médico-paciente que antiguamente regía y establecía las obligaciones concernientes a la prestación de servicios de salud se ha visto modificada mas no extinguida por la incursión de la empresa médica. Por lo tanto, el estudio de la responsabilidad desde el aspecto de su ejercicio colectivo, no puede ser efectuado omitiendo la visión tradicional e individual que le daba sustento a la relación. Es preciso identificar los medios con los cuales se genera el vinculo entre el médico, paciente y centro clínico u hospitalario, por lo tanto y en virtud por establecer un orden lógico y tomando como base el escrito de la Doctora Amelia Sánchez Gómez titulado el “*Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios*”, en primer lugar se debe determinar con quien ha contratado el paciente, si es con el médico o con el centro clínico directamente, con lo cual se podrá saber contra quien puede ir judicialmente el paciente victima de los perjuicios, si demanda a la clínica, al médico o a ambos.

La situación en la que el paciente solicita los servicios de un médico de manera directa, se conformará la relación tradicional y básica, la cual ha sido objeto de múltiples análisis. Pero hay actos médicos de los que se deriva la inevitable necesidad por parte del médico de celebrar acuerdos o contratos con terceras personas, con el fin de realizar su intervención de una manera adecuada. Esto sucede cuando el médico ejerce su profesión de manera privada en un consultorio de su propiedad y no cuenta con la infraestructura, los recursos físicos y humanos necesarios e indispensables para atender las necesidades de su paciente, por lo tanto se ve obligado a contratar con especialistas que lo asistan en su intervención, como sucede por ejemplo con los anesthesiólogos. De igual forma, deben contratar con clínicas con el fin de que éstas presten sus instalaciones y equipos para poder ejecutar el acto, siendo ésta ultima la que más nos llama la

atención. Con base a lo anterior, se puede hablar de un contrato posterior con la clínica¹³³, originado en virtud del acuerdo primigenio entre el paciente y el médico.

Del citado escrito de la Doctora Sánchez Gómez se toman dos figuras contractuales que intentan darle nombre al nascente vínculo entre el paciente y la clínica, entre los cuales se encuentra el contrato *tácito*, que surge con el mero registro del ingreso del paciente a las instalaciones y donde éste acepte las condiciones de su estadía y costos; y el *subcontrato*, en donde el paciente ha celebrado un contrato posterior al principal con la clínica, para que ésta cumpla con obligaciones que se derivan del principal. Recalcando que el médico no cede las obligaciones propias del contrato principal a la clínica, como por ejemplo la concerniente a la intervención, sino todo aquello que se limita a las prestaciones hospitalarias, entre las que se puede señalar como alimentación y alojamiento. Sobre la primera figura contractual es pertinente citar para dar mayor precisión al punto las sentencias del 11 de noviembre de 1991 emitidas por el Tribunal Supremo Español de Casación y la de 18 de octubre de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su sala de Casación civil con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena. Sobre la primera providencia, la cual se funda en los perjuicios causados a una mujer que posteriormente de dar a luz y de ser atendida por su obstetra de confianza antes, durante y después del parto, el cual se lleva a cabo sin ninguna clase de complicación, es dejada en observación en una de las habitaciones del hospital quedando al cuidado de éste, en donde horas después sufre una hemorragia que obliga a la actuación de los médicos del centro hospitalario quienes no logran detener la hemorragia prontamente obligando a su ginecólogo a extraerle el útero. La paciente demanda a su médico y al centro asistencial, pero el tribunal supremo exime de responsabilidad al médico por estar éste en imposibilidad de acudir inmediatamente al auxilio de su paciente por haber abandonado el centro y porqué se logro probar que la intervención había sido exitosa,

estableciendo toda la responsabilidad en el centro asistencial debido a su falta de de vigilancia y cuidado, sumado a su tardanza para atender la hemorragia, catalogándola como una actuación negligente. Sobre la segunda providencia emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, fundándose en los perjuicios y posterior muerte de un paciente por la negligencia del centro hospitalario, el cual debía, posteriormente a la realización de un examen TAC ordenado por su médico particular, asegurar el reposo del paciente y el control de los síntomas que surgen después de la realización de dicho examen, tales como mareos o desmayos, el dependiente de la clínica omite dichas obligaciones, descuidando a la víctima, quien producto de un mareo pierde el equilibrio y cae de una camilla, quebrándose las vertebrales cervicales C6 Y C7 quedando cuadripléjico irreversible. Con lo cual se condenó al centro clínico por no haber tomado las medidas necesarias tendientes a la prevención de daños por intermedio de sus dependientes.

Las anteriores providencias demuestran que sin existir un vínculo contractual definido entre el paciente y la clínica, este sí surge válidamente en virtud de un contrato principal, generando derechos y obligaciones en cabeza de ambos sujetos y el cual sirve para determinar el grado de responsabilidad de cada uno de los participes.

Con sustento en lo anteriormente señalado, es predicable el nombre de “*contrato de servicios hospitalarios*”, también llamado contrato “*hospitalar*”, como una subclase del contrato de hospedaje, para denominar el contrato que surge ente el paciente y la clínica. Dicho contrato es usual en las relaciones con clínicas privadas, coexistiendo con el contrato de servicios médicos celebrado con médico. Por lo tanto, una vez realizada la intervención, la clínica está en la obligación de realizar ciertas conductas tendientes a garantizar un alojamiento tranquilo para el paciente, como por ejemplo la de hospedaje, calefacción, iluminación, alimentación y las más

importantes, las cuales radican en protocolos de higiene, esterilización, la aplicación de inyecciones, el suministro de medicamentos y alimentos y el de vigilar y procurar la seguridad del paciente. De estas últimas se derivan un gran número de complicaciones que posteriormente son materia de juicios de responsabilidad, tales como infecciones producidas por el mal manejo de residuos tóxicos u orgánicos, la indebida esterilización de los implementos o descuidos en la seguridad del paciente, como sucedió en el caso evaluado y citado por la Corte Suprema.

Por otro lado también es posible que se configure la situación en la que el paciente contrate directamente con la clínica, como por ejemplo los celebrados con las clínicas del dolor, clínicas oftalmológicas o dermatológicas, por nombrar algunas clases. En estos supuestos la clínica se obliga por intermedio de sus dependientes a la prestación efectiva de los servicios de salud y a todas aquellas prestaciones que se puedan derivar de ella¹³⁴. De lo anterior se puede desprender la naturaleza de la relación del médico con la clínica, pero no desde el ámbito contractual o extracontractual, porque es claro que entre ambos siempre va a mediar un acuerdo mutuo de voluntades, sino desde el aspecto referente a la independencia o dependencia del médico. Sobre la independencia se puede señalar que si el médico trabaja por su cuenta y con sus medios, no existirá ningún tipo de relación con la clínica, salvo, claro está en los supuestos explicado anteriormente con base en el contrato tácito y subcontrato, por lo cual su independencia es absoluta. Pero puede darse el supuesto en el cual el médico, aunque trabaje de manera independiente sea contratado por la clínica mediante un arrendamiento de servicios inmateriales, para la prestación de cualquier tipo de servicios o que el médico haga parte de la planta de personal de la clínica determinándose una especie relación de dependencia. Lo anterior no debe ser entendido como una limitación a la práctica médica, en la cual se restrinja la técnica y la adopción de decisiones por parte del profesional, lo que estaría directamente en contra a la

naturaleza liberal de la profesión. Al hablarse de dependencia del médico hacia la clínica, debe entenderse en estricto sentido a todo aquello inherente a una relación laboral, como por ejemplo lo relativo al cumplimiento de horarios, sueldos, normas de conducta, etc.

CAPITULO 18. CONFORMACION DE LOS VÍNCULOS ENTRE PACIENTES, MÉDICOS Y CLÍNICAS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

En este orden de ideas es preciso señalar los aspectos y elementos aplicables en Colombia, identificando de qué manera se constituyen los vínculos entre los pacientes, médicos y clínicas, al interior del Sistema de seguridad Social en Salud. Como se menciona en páginas anteriores la entrada en vigor de la Constitución Política de Colombia y la posterior promulgación de la Ley 100 de 1993 trajeron grandes cambios a la visión y forma de prestación de los servicios de salud. Con el reconocimiento que hace el Estado a los particulares al permitirle a éstos prestar los servicios públicos, (sin que ello signifique que el Estado dejará de prestarlos), abrió las puertas a escenarios de libre competencia económica en condiciones de igualdad. Asimismo y como resultado de dicha facultad, se estableció un nuevo régimen de libertad económica, llevada a cabo mediante dos herramientas fundamentales como lo son la libertad de asociación y la libertad de empresa, teniendo como límites para su ejercicio el bien común y el orden público, siendo reguladas, vigiladas y controladas por los organismos competentes del Estado.

Posteriormente con la expedición de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se implementó el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, salud y riesgos profesionales, con el que, y en palabras de la Doctora Mónica Lucía Fernández Muñoz, se dio un paso firme hacia “la descentralización del servicio de salud en cabeza de los departamentos y municipios y en la autorización para que el sector privado participe en la prestación de un servicio hasta ese entonces reservado al Estado, a través del Instituto de Seguro Social y las Cajas de Previsión”¹³⁵,

así pues se pasó a una estructura *institucional*, sujeta a unos principios rectores que determinaban su accionar, tales como: cobertura universal, equidad, protección integral, libre escogencia, descentralización administrativa, participación social, calidad y cobertura familiar¹³⁶, teniendo como metas la productividad empresarial, reorganización administrativa y mercado de servicios.¹³⁷

Sin detenernos detalladamente en el sistema de seguridad social en salud, podemos encontrar la existencia de dos regímenes excluyentes entre sí, el régimen contributivo y el subsidiado, los cuales están compuestos por varias entidades de carácter público o privado sujetos al control y vigilancia del Estado, teniendo como elemento esencial y garantista, la obligatoria afiliación por parte de los ciudadanos a uno de esos regímenes¹³⁸. Ésta conformado por organismos encargados de administrar y financiar el sistema con los aportes de sus afiliados, tarea que reposa en las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y en las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP). Por otro lado, se encuentran las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o las Empresas Sociales del Estado (ESE) encargadas de prestar los servicios médicos, las cuales son contratadas previamente por las EPS o ARP cuando ellas no prestan el servicio de manera directa. La afiliación a éste sistema y por ende la constitución de los vínculos entre pacientes, instituciones médicas y profesionales, se puede dar de manera individual o colectiva a través de las empresas o agremiaciones, por lo cual las personas vinculadas laboralmente por contratos de trabajo con empresas públicas o privadas, los pensionados y jubilados, y los trabajadores independientes con capacidad de pago, harán parte del régimen contributivo, cotizando un porcentaje de sus ingresos. Por otro lado, las personas que no cuentan con suficientes ingresos o capacidad de pago harán parte del régimen subsidiado. Una vez se encuentren en un régimen, cotizarán a la EPS de su agrado, con lo cual tendrán derecho a ser atendidos en las IPS con las cuales contrató

previamente la entidad promotora, o a ser atendido por ésta de manera directa si cuenta con el permiso otorgado por el ente regulador para hacerlo. Con ello se generan los vínculos con las empresas médicas y con sus médicos, siendo éste el nuevo panorama que ha modificado la responsabilidad médica, desapareciendo en gran medida la práctica tradicional médico-paciente.

Dado lo anterior, cabe resaltar la apreciación que realiza la Doctora Fernández Muñoz en su tesis doctoral "*La Responsabilidad Médica Problemas Actuales*", señalando que "hoy en día, nos encontramos más que frente a una responsabilidad individual-personal, ante una responsabilidad institucional, que persigue la entidad en si misma considerada, la entidad que a través de una gran organización técnica y de recursos humanos presta el servicio de salud a quienes lo solicitan"¹³⁹, con lo cual se llega al fenómeno institucionalización como elemento necesario de la responsabilidad médica.

CAPITULO 19. DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL A LA INSTITUCIONAL O DE LA EMPRESA.

La aparición de éste enfoque, resultante de la absorción del médico como agente individual prestador de servicios médicos por parte de la empresa médica, la cual llevo a la colectivización de la prestación médica y al surgimiento de relaciones masivas entre pacientes, médicos e instituciones, han modificado la responsabilidad civil, dejando de lado aquella responsabilidad eminentemente individual, para pasar ahora a una responsabilidad empresarial o institucional, caracterizada por su masividad. En el aspecto profesional ahora intervienen un sin número de especialistas y auxiliares, todos persiguiendo el mismo fin, concerniente en procurar la recuperación del paciente. Todos ellos atienden dentro de un marco empresarial, constituido por clínicas, las cuales se dedican a especialidades de la profesión o a prestar servicios generales en áreas médicas. La obligación que asume la empresa como sujeto capaz de entablar relaciones

jurídicas, consiste en proveer y garantizar la prestación de los servicios asistenciales médicos, sea de manera directa o indirecta, teniendo en cuenta condiciones de eficiencia y calidad, bajo criterios de coordinación y colaboración, para así lograr la satisfacción de su paciente o “cliente”.

Cuando la clínica incumpla una de sus obligaciones contractuales, dará origen a su responsabilidad, la cual puede ser generada por un hecho ajeno, en caso que sea producida por un médico o una auxiliar dependiente vinculado a ella, o derivada de un hecho propio cuando la clínica omite sus deberes tendientes a una adecuada prestación, sea por defectos en la organización, falta de servicios adecuados o por que los instrumentos que utilizó no eran los más idóneos. En estos casos la clínica responderá por incumplir sus obligaciones como proveedor de servicios, sin embargo la responsabilidad se derivará, no de la naturaleza del acto médico, sino de la organización empresarial.

Sobre el primer supuesto que genera responsabilidad en cabeza de la clínica, es decir aquel derivado del hecho de un médico o auxiliar de ella, puede ocurrir que este se genere sin la existencia previa de un contrato, lo que daría lugar a una responsabilidad extracontractual. Es el caso por ejemplo del paciente que es llevado a la clínica de urgencias por la ocurrencia de un accidente de tránsito, una riña o a causa de un acto delictivo y en razón de ello la atención debe ser inmediata y espontánea. La visión extracontractual de este tipo de responsabilidad es desvirtuable si tomamos como referencia el artículo 7 de la Ley 23 de 1981¹⁴⁰ que obliga a los médicos a atender cualquier caso de urgencias sin que haya lugar a ninguna clase de excusa. Asimismo existe el deber de la clínica de brindarles atención a todos los pacientes que hayan contratado con ella o aquellos que se remitan de urgencia según lo establecido por el artículo 168 de la Ley 100 de 1993¹⁴¹. Por lo tanto se puede entender que los casos de urgencia son de

carácter contractual por existir una disposición legal que genera obligaciones. Teniendo como base los supuestos legales anteriores la clínica sería responsable de los daños causados por sus dependientes, así no medie un contrato previo que los obligue con el paciente, debido a que el dependiente es un ejecutor de las prestaciones a las cuales se obliga la clínica, por lo tanto es un garante de las culpas que él ocasione.

Por otro lado, puede suceder (como es en la mayoría de los casos), que entre el paciente y la clínica existe un contrato previo, y éste es incumplido por un acto culposo de su médico o auxiliar dependiente. Sobre éste punto es indispensable señalar la posición que ha tomado la doctrina Argentina en cabeza del Doctor Lorenzetti, quien advierte mediante una tesis bipartita que se estructura sobre la existencia de un vínculo obligatorio. Se fundamenta en la doctrina italiana¹⁴², en donde se toma la idea de la existencia de un vínculo obligatorio, para dar respuesta a la responsabilidad a la que se ve expuesta la empresa médica por los hechos de sus dependientes. Para darle sentido a esta tesis en primer lugar se tiene en cuenta el interés fundamental del acreedor, que en este caso sería el paciente, a quien no le interesa que persona cumple la obligación, es decir, si la prestación es llevada a cabo por la clínica como deudor principal o por el médico, que para efectos de esta teoría sería una especie de deudor sustituto o accesorio, simplemente le importa que la prestación efectivamente se vea cumplida. En segundo lugar, se da preponderancia a la equivalencia de las obligaciones del médico y de la clínica, las cuales son consideradas iguales por unidad de objeto, debido a que la clínica da satisfacción a ellas por intermedio del médico. Por lo tanto, al verse unidos por la misma obligación, es irrefutable que la principal deba responder por los hechos de su dependiente. Otro argumento expuesto por la doctrina italiana que da peso a esta teoría es el relativo a la institucionalización de la medicina, puesto que, y debido a su organización empresarial y masiva, es complejo para el

paciente victima diferenciar de quien es la culpa, si es de la clínica o de un dependiente, de igual forma, es mucho mas garantista para la victima del perjuicio demandar a la empresa que al médico, debido a las diferencias marcadas de índole patrimonial y de solvencia. Por lo tanto se evidencia el carácter contractual de la responsabilidad de la empresa en los supuestos de incumplimiento por culpa de uno de sus médicos o auxiliares dependientes por considerarse un cumplimiento fallido de las obligaciones a cargo.

En lo referente a la responsabilidad del médico o auxiliar dependiente, a éste se le considera como un “invitado” a la relación entablada entre la clínica y el paciente, conclusión a la que se llevo en las Primeras Jornadas de Derecho Civil¹⁴³ celebradas en la ciudad de Santa Fe Argentina, citadas por el Doctor Lorenzetti, quien adopta la enunciada palabra, al considerarla acorde con la realidad suscitada entre ambos entes, y por lo que no se tendría al auxiliar o médico dependiente como sujeto pasivo de la relación, si no enteramente a la clínica o entidad hospitalaria. Sin embargo no deja de ser responsable por su actuación y pasa a ser un responsable accesorio ante el incumplimiento y sobre el cual recaen acciones judiciales. En conclusión y para ilustrar el tratamiento jurídico que en materia de responsabilidad civil médica aplica en la Republica de Argentina, el paciente victima podrá demandar la responsabilidad contractual de la clínica por los hechos culposos de sus dependientes o por los hechos propios causados por ésta (los cuales se analizaran más adelante) o por el contrario podrá demandar al médico dependiente por su accionar culposo pero basándose en una responsabilidad extracontractual, debido a que el paciente que contrata con la clínica no conoce quien va a ser su médico tratante. Sobre el carácter de dependencia del médico hacia la clínica, el Doctor Lorenzetti considera como suficiente que “el tercero (facultativo)¹⁴⁴ haya sido asociado al cumplimiento de la prestación, ya sea un dependiente o sustituto. Es la doctrina adoptada por Corte bonaerense¹⁴⁵ que no es necesario que

medie relación de dependencia o subordinación por parte del médico para que exista responsabilidad de la clínica.”¹⁴⁶

Mismo proceder y concepción sobre la responsabilidad contractual de la empresa por los hechos culposos de sus dependientes es aplicado por la jurisdicción civil española. Para ellos, situarse en el ámbito contractual resulta más ventajoso y garantista desde el punto de vista probatorio para el paciente víctima. Por lo cual ellos adoptan un régimen de responsabilidad contractual indirecto centrándose en la vinculación que genera el contrato de prestación de servicios asistenciales en salud celebrado entre el paciente y la clínica, del que se derivan obligaciones que son prestadas por intermedio de sus médicos y auxiliares dependientes, quienes no entablan relación contractual alguna con los pacientes. Como consecuencia de lo anterior se tiene como única deudora y responsable indirecta a la clínica en virtud del artículo 1101¹⁴⁷ del código civil, sin perjuicio de la acción que puede entablar la víctima en contra del médico por responsabilidad civil extracontractual según el artículo 1903.¹⁴⁸¹⁴⁹

En lo que atañe a Colombia el tratamiento es similar al considerar que del contrato celebrado entre el paciente y la clínica, ésta se hará responsable del cumplimiento de las obligaciones y de todo aquello que se cauce por culpa de un medico asalariado, contra quién posteriormente podrá ir en su contra por el valor de la indemnización en virtud de la subrogación. Pero por vía jurisprudencial se ha introducido un cambio en la apreciación de la responsabilidad, el cual se aparta de las posturas adoptadas por la jurisprudencia y doctrina española y argentina. La jurisprudencia civil ha declarado la existencia de una responsabilidad contractual solidaria¹⁵⁰ entre la clínica y el médico dependiente. La providencia toma como base el artículo 2344 del Código Civil en el que se establece la responsabilidad solidaria¹⁵¹, la cual es aplicable a las figuras

contractuales, en razón y según las palabras de la Doctora Mónica Fernández “a la estructura obligacional que se genera cuando el paciente celebra un contrato con la entidad hospitalaria, cuya prestación viene a ser ejecutada por un médico (agente de la institución) con la aquiescencia del paciente (acreedor).”¹⁵² Esto debido a la unidad de objeto de la obligación, mismo criterio adoptado por la doctrina argentina y a la identidad del daño causado, el cual es imputable a ambos sujetos, por lo que deben recibir el mismo tratamiento en cumplimiento de la lógica.

En este orden de ideas el médico que actuó con falta de diligencia será sometido a una responsabilidad contractual transmitida por la clínica, la cual será evaluada de manera idéntica para ambos, “pues es tan contractual el origen como la ejecución de la obligación”.¹⁵³ Del mismo modo la Corte Suprema en la sentencia referida anteriormente señala que la institución adquiere la obligación de atender a los pacientes con los que haya contratado, descartándose toda posibilidad de exclusión de su responsabilidad alegando falta de dependencia laboral entre ambos, debido que aun existiendo independencia en el vínculo, la atención que se presta al paciente es dispuesta por la clínica, por lo que aplica el artículo 1738 del Código Civil. De esta forma se da protección a la víctima y se establece un régimen equitativo para ambos sujetos, en éste caso pasivos de la relación médica.

En el Sistema de Seguridad Social colombiano y haciendo alusión particular al régimen contributivo, los pacientes pueden recibir el servicio asistencial de salud de manera directa por parte de la EPS contratada o de manera indirecta por la IPS que fue contratada por la entidad promotora de salud de manera previa. Ésta ejecutará la prestación encargada por intermedio de sus médicos y auxiliares dependientes y si dado el caso se genera un perjuicio al paciente, tanto la IPS como la EPS serán responsables por la ocurrencia de dicho daño. La responsabilidad de la

EPS se origina en virtud del contrato que celebraron con su afiliado, en donde ésta se obliga a prestar los servicios de salud que están contemplados en el plan obligatorio de salud, de manera eficiente, oportuna y de calidad, sea de manera directa o indirecta, a cambio de una cotización mensual que hace el afiliado por intermedio de su empleador, quien paga los aportes según un porcentaje establecido por el gobierno o el pago independiente que hacen los contratistas que ostentan tal calidad. De esto se puede concluir que las entidades promotoras de salud deben responder contractualmente ante los perjuicios causados a sus pacientes afiliados o beneficiarios.

En lo que respecta a las instituciones prestadoras de salud, quienes evidentemente tienen obligaciones a su cargo a favor de los pacientes afiliados a las EPS, se les ha llegado a considerar responsables civilmente por los perjuicios que causen sus dependientes a título extracontractual, debido a que entre ellas y el paciente no existe ningún tipo de vínculo contractual. Sin embargo, doctrinantes como Javier Tamayo Jaramillo estiman que tanto las EPS como las IPS deben responder solidariamente a título contractual, criterio acogido por la jurisprudencia nacional en las sentencias de la última década, al sostener que en el artículo 178 numeral 6 de la Ley 100 de 1993¹⁵⁴ se establece implícitamente una solidaridad pasiva entre ambos sujetos.¹⁵⁵ Este análisis de las funciones de las entidades promotoras de salud, particularmente del numeral 6, llevado a cabo por el Tribunal Superior de Medellín y el cual señala que es función de las EPS “Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”¹⁵⁶, es un deber con fin garantista que multiplica el sujeto pasivo de la obligación, otorgando una ventaja al acreedor, en este caso paciente víctima¹⁵⁷. Pero antes de llegar a esta postura, el paciente debía escoger si demandaba a la EPS por responsabilidad contractual o a la IPS por responsabilidad extracontractual, debido a que no se puede acumular ambos tipos de responsabilidades, como fue

enunciado y explicado en el capítulo de contractualización. Aunque cabía la posibilidad procesal de llamar en garantía a la parte no demandada, sea EPS, IPS o el médico que causo el caño.

CAPITULO 20. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE ACTOS MÉDICOS.

En el ámbito público y en el cual se ve comprometida la responsabilidad del Estado colombiano, aplica la teoría de la *falla del servicio* para dar solución a los problemas que en materia de responsabilidad civil derivada de actos médicos al interior de entidades oficiales en salud se presenten. Con la adopción de esta teoría se objetiviza la responsabilidad del Estado, fundado en el deber de éste, concerniente en la prestación de servicios públicos y el de responder por los daños causados en la prestación del mismo, en donde el factor culpa es relegado por criterios objetivos como la falla orgánica o funcional de la entidad. La responsabilidad que se genere en estos casos según la Doctora Fernández Muñoz, será de índole extracontractual, tanto para los establecimientos públicos de salud, como para los médicos que presten sus servicios al interior de ellos¹⁵⁸, precisión que no compartimos, pues como hemos señalado existe una relación contractual constituida por la ley y la Constitución, por lo cual se puede hablar de una responsabilidad contractual. Asimismo, asiste un derecho al paciente a reclamar el correcto funcionamiento del servicio y a recibir una indemnización en caso de ser víctima de algún perjuicio.

Con el paso de los años y al ser evidente la desprotección que tenía la víctima al interior del proceso de responsabilidad, debido a la inmensa labor probatoria que debía desempeñar para dar por cierto los hechos dañosos y la culpa de la entidad, tanto el Consejo de Estado como órgano superior de la rama contenciosa y la Corte Suprema de Justicia como máxima instancia en lo que respecta a la jurisdicción ordinaria civil, tomaron cartas en el asunto y dieron cabal aplicación a

atenuantes de la carga probatoria, aligerando el peso de la parte activa y traspasándolo a la parte pasiva, quien se encuentra en una situación más cómoda para probar ciertos hechos. En el ámbito contencioso se dio uso a la figura de la falla presunta del servicio, la cual aminora el deber probatorio del demandante reduciéndose a probar el daño y el nexo causal, dejando a la entidad demandada la carga de probar su diligencia, es decir alegando que la actuación fue oportuna y prudente, o bien atacando el nexo causal mediante la causa extraña (caso fortuito o fuerza mayor), la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Esta teoría se aplica en los casos de daños producidos por los médicos que prestan sus servicios al interior de la entidad, a quienes resulta más sencillo probar que actuaron según los protocolos técnico-científicos establecidos por las autoridades médico científicas, como por ejemplo en los hechos ocurridos en una intervención quirúrgica. Caso contrario, vale decir, sucede si el hecho dañoso y que generó perjuicios al paciente resultó de una mala prestación del servicio por parte de la entidad, en materia organizacional o administrativa, como en los casos de mala atención, manipulación de los pacientes, el suministro de drogas o procedimientos no médicos, los cuales se siguen ventilando por la falla del servicio, teniendo el paciente demandante el deber de probar los elementos de la responsabilidad.¹⁵⁹Dicha teoría fue propuesta por la Sala Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 30 de julio de 1992, fundada en la insuficiencia probatoria en la que se puede ver envuelto el demandante por carecer de los conocimientos técnicos y científicos de lo que quiere alegar, por lo cual suscita en cabeza del juez el deber de presumir la falla y por ende distribuir la carga probatoria, para así evitar una sentencia inhibitoria¹⁶⁰. Providencias posteriores agregaron matices a este dinamismo probatorio en torno a la presunción de falla, como por ejemplo las sentencias del 3 de mayo de 1999 y la del 7 de octubre del mismo año, emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado y quienes facultaron al juez a dar por acreditado ciertos

hechos que en razón a su complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos o por la carencia de elementos materiales probatorios, cuando su probabilidad de existencia es verosímil o predominante.

Con posterioridad, en sentencia proferida por la Sala en comento del Consejo de Estado el 31 de agosto del año 2006, se retoma el criterio de la falla probada del servicio, deshaciendo el desarrollo jurisprudencial emitido en torno a la falla presunta y la carga dinámica de la prueba. Se argumentó que “de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran... El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general no debe llamar al desaliento y considerarse un actitud retrograda.”¹⁶¹

Igualmente y tal como lo enuncia el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo en su libro *“La culpa y la carga de la prueba en el campo de la Responsabilidad Civil”*, en la sentencia del 23 de abril de 2008, la misma corporación ahondo en el tema, “desestimando la teoría de la carga dinámica de la prueba como presunción de la falla del servicio, considerando que ella no tiene asidero en el ordenamiento jurídico patrio.”¹⁶² La providencia agrega que “en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”¹⁶³

No obstante lo anterior y al evidente giro jurisprudencial que ambas sentencias dieron en el

campo de la responsabilidad del Estado, conceptos como el de “*res ipsa loquitur*” o la “*culpa virtual*” intentan mermar la rigidez de la carga probatoria de los sujetos procesales, acompañadas con la atención a las máximas de la experiencia.¹⁶⁴ De lo anterior y con la aplicación de los citados conceptos, el Consejo de Estado en su Sección Tercera ha otorgado gran importancia a los indicios como instrumento probatorio en lo que atañe a la comprobación del nexo causal y a la indebida prestación del servicio médico¹⁶⁵. Es preciso concluir que aunque el Consejo de Estado ya no aplique la teoría de la carga dinámica de la prueba, volviendo a la falla probada del servicio, es indicado y justo advertir que excepcionalmente aplica un dinamismo probatorio cuando “dadas las circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho”,¹⁶⁶ aceptando, como concluye el Doctor Jaramillo, que existen “efectos y secuelas negativas de la dificultad probatoria y de la correlativa necesidad de conjurar este estado indeseado de cosas, cuando ella aflora”¹⁶⁷

A su tiempo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en un intento por mermar la rigurosidad del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que consagra el principio de la carga de la prueba el cual concierne al demandante, por considerarlo contrario al principio de equidad, profirió la sentencia del 30 de enero de 2001, (ya estudiada anteriormente) con ponencia del Doctor José Fernando Ramírez Gómez haciendo mención a la teoría de la carga dinámica de la prueba, con el fin de aminorar la obligación procesal del demandante, traspasándolo al demandado que estaría en mejores condiciones de acreditar la ocurrencia o no de ciertos hechos, otorgando así protección a la víctima. Sin embargo y como tuvimos oportunidad de hacer alusión en el primer capítulo de este trabajo de grado a la sentencia de 13 de septiembre de 2002 proferida por la misma corporación, y en la cual se vuelve al régimen de culpa probada,

omitiendo la aplicación del dinamismo probatorio, minando el camino que intento construir la sentencia de 30 de enero de 2001. No obstante este retroceso jurisprudencial, que como vimos párrafos anteriores también sucedió en el máximo tribunal de lo contencioso, cabe anotar, el último criterio acogido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en su más reciente sentencia del 22 de julio de 2010, que particularmente analiza el dinamismo probatorio, la cual ya fue objeto de análisis en el primer capítulo de esta monografía, pero en razón y con el fin de dar mayor claridad a nuestra idea volvemos a señalar, concertó en la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba. En la citada sentencia, aunque no se hace alusión expresa al concepto “Cargas probatorias dinámicas” o “carga dinámica de la prueba”, si resuelve la problemática que en materia probatoria se evidencia en los juicios civiles, particularmente en los de responsabilidad médica, concluyendo e inclinándose, como resalta el Doctor Jaramillo en su ya citada obra¹⁶⁸, hacia una tendencia flexibilizadora en el escenario probatorio, facultándose al juez y dependiendo de su criterio, y del caso en concreto, “acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” el rigor probatorio”¹⁶⁹. Por lo tanto y como se advirtió anteriormente cuando hicimos referencia a la postura adoptada por el Consejo de Estado, es preciso concluir que tanto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, como el máximo tribunal Contencioso en su Sección Tercera, es preciso resaltar que ambas corporaciones son conscientes de la complejidad existente en materia probatoria que se origina en los juicios de responsabilidad civil médica, por lo cual se denota una inclinación, no expresa, hacia un dinamismo probatorio, enmarcado y condicionada su aplicación a las circunstancias del caso particular, atendiendo al criterio del juez, siendo así su aplicación de naturaleza excepcional.

Aunque para muchos profesionales de la salud y entidades clínicas u hospitalarias, tal figura genera un proteccionismo extremo y por ende aumenta la desconfianza de éstos a realizar

procedimientos médicos innovadores por temor a sufrir fuertes represalias, es importante resaltar que tal figura ataca es aquellos malos profesionales que “no saben operar o que operan mal, que dice que va a operar el estomago y termina operando el hígado, el que opera la pierna derecha en vez de la izquierda, el que deja las pinzas en el estomago, el que acude a la cirugía embriagado o drogado, el que deja al paciente en espera de cirugía muchas horas no obstante tratarse de emergencia, etc.,”¹⁷⁰ estos profesionales son los que han llevado a que la jurisprudencia administrativa y ordinaria a aplicar figuras represivas que generen consecuencias por su mal actuar y no aquellos profesionales acuciosos y diligentes en su oficio, los cuales son por fortuna la gran mayoría.

CAPITULO 21. EL HECHO DE LA EMPRESA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS MÉDICOS.

Hacemos referencia al hecho de la empresa como aquellos actos que debe realizar ésta, tendientes a proporcionar un servicio de calidad independientemente de los servicios asistenciales en salud propiamente dichos. Es posible hablar del hecho de la empresa debido a la masividad y a la organización institucional que se creó en torno a los servicios de salud, las cuales y en razón a la multiplicidad de personas que hacen parte de ella, hace compleja la singularización de cada una de sus obligaciones y deberes, por lo tanto se habla de hechos imputables a la persona jurídica como tal. Cuando un paciente contrata la prestación de servicios médicos con una clínica, surge la obligación principal de prestar dichos servicios por intermedio de sus dependientes y los cuales tiene como fin procurar la recuperación del paciente. Asimismo surgen una serie de obligaciones, que sin ser las principales o las que en principio dan razón al contrato celebrado, son tan importantes como éstas porque del cumplimiento de ellas depende una correcta o exitosa recuperación del paciente. Entre ellas podemos enunciar:

- a) **OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD:** Entre ellas se encuentra la obligación de seguridad, la cual es inherente al contrato de hospitalización u hospitalar, y abarca tanto las obligaciones de atender al paciente, alimentarlo, alojarlo y suministrarle los medicamentos recetados y necesarios por el médico, sino también todo aquello que involucre y vaya destinado a procurar la seguridad de sus pacientes al interior del centro médico. Esto se conoce como *seguridad hospitalaria*¹⁷¹ y son todas aquellas medidas que tiene como fin el evitar y prever accidentes, proporcionando un ambiente sano y seguro al interior de las instalaciones, obligaciones que son inherentes a este tipo de contratos.¹⁷² De igual forma se deben contar con áreas iluminadas, ventiladas y que no presenten un peligro para sus pacientes o visitantes (caso de instalaciones en proceso de remodelación o en estado de ruina).
- b) **CONTROL DE INFECCIONES:** En lo que respecta al tema de control de infecciones, éste ha suscitado una serie de discusiones que han intentado ser solucionadas por medio de análisis de derecho comparado sin encontrar respuesta unánime sobre la materia. La discusión se centra en la imposibilidad de ejercer un efectivo control sobre las infecciones que se pueden generar al interior del centro hospitalario. Algunos doctrinantes como LORENZETTI¹⁷³ y BUERES consideran que tal obligación tiene como limite el estado actual de la ciencia, en el entendido que la institución médica no será responsable si utilizó todos los medios científicos actuales para contrarrestar la infección, pero otros alegan que la manipulación de residuos orgánicos, tóxicos o de enfermos con alguna especie de epidemia, crean un riesgo considerable a los demás pacientes, por lo que la entidad no podría exonerarse aun alegando la oportuna actuación de sus miembros con apoyo de todos los medios científicos, pero como casos del virus AH1N1, virus que se propago ampliamente en los hospitales o clínicas debido a la

imposibilidad de tratar y atender a todos los pacientes al tiempo, dan la razón a los que alegan esta tesis restrictiva de la obligación.

c) **ADECUADO SERVICIO ASISTENCIAL:** Otro tipo de obligación que reside en cabeza de la institución en virtud del contrato celebrado son todas las que involucran la prestación de un adecuado servicio asistencial, sea desde la parte médica o desde el punto hospitalario o de alojamiento. Cuando se da el incumplimiento de uno de dichos deberes se origina una falla en el servicio, pero sin ser esto una apropiación del concepto de falla del servicio aplicado en la jurisdicción contenciosa, sino visto desde la esfera de “desorganización empresarial”. Los deberes que hacen parte del servicio se pueden resumir en una correcta e impecable higiene de las instalaciones y habitaciones, la desinfección del instrumental, contar con los instrumentos necesarios, adecuados y que se encuentren en buen estado, que se cumpla de manera oportuna con el suministro de medicamentos, inyecciones o curaciones de heridas, así como de los alimentos, los cuales deben ser servidos de acuerdo a la dieta prescrita por el médico tratante, en condiciones dignas e higiénicas. Todas las enunciadas obligaciones hacen parte, como mencionamos en páginas anteriores, al contrato de servicios hospitalarios, el cual se podría denominar como una subclase de contrato de hospedaje.

Sobra decir, que en virtud del contrato de servicios hospitalarios celebrado entre el paciente y la clínica, el incumplimiento de sus obligaciones genera una responsabilidad contractual en cabeza de la parte incumplida, en este caso, no por el hecho ajeno como en los supuestos de errores médicos dependientes, lo que originaba una responsabilidad contractual indirecta, sino una responsabilidad contractual directa por el hecho propio, debido a que dichas obligaciones son exclusivas de la entidad hospitalaria. Si se generan perjuicios sin que medie un contrato entre paciente y clínica, y éste sea causado por el incumplimiento de una de las citadas obligaciones, en

nuestra opinión, y tomando como base la postura argentina, quienes consideran que así no medie un contrato, existe la Ley de consumo 24.240¹⁷⁴, la cual trae implícita en cualquier relación de dicha índole (la que incluye la prestación de servicios médico), el deber de seguridad y calidad del servicio adquirido. De lo anterior podemos concluir que en Colombia y tomando como propuesta el caso Argentino, se podría adoptar ésta postura. Si nos remitimos en primer lugar al deber que le asiste tanto a la institución médica como al médico de atender a todos los pacientes en caso de urgencias, de lo cual, como mencionamos en los capítulos anteriores, originará un contrato en virtud de la ley; y en segundo lugar, a las leyes que rigen las relaciones de consumo, que encuentran su desarrollo y fundamento en el artículo 78 de la Constitución Política¹⁷⁵, la cual consagra el deber que tiene la ley de regular y controlar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados al público, declarando la responsabilidad de quienes en la ejecución de dicho ejercicio atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores. De igual forma se encuentra lo dispuesto en el decreto 3466 de 1982, que establece que en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios se entiende pactada a cargo del productor del bien o prestador del servicio, la obligación de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad del producto o servicio de acuerdo a las exigencias ordinarias y habituales del mercado. En consecuencia, todos los bienes y servicios están amparados por una garantía mínima de calidad e idoneidad. Asimismo la Ley 100 de 1993 en el artículo 153 prevé como principio del sistema de seguridad social en salud el de calidad, por lo que toda entidad e institución debe contar con mecanismos de control de los servicios, para que de esta forma de garantice a los usuarios la calidad en la atención, que ésta sea oportuna y de acuerdo con los estándares internacionales. Por lo cual se puede concluir que hay una relación contractual.

Por último y para concluir el tema que nos ha ocupado en esta segunda parte de la tesis, la valoración que se debe hacer sobre el incumplimiento de alguna de las ya enunciadas obligaciones, debe ser totalmente objetiva debido a que aquí no se juzga la culpa del médico dependiente, sino la estructura organizacional de la empresa, por lo cual se juzga el hecho de contar o no, por ejemplo con las instalaciones adecuadas o si cuenta con el instrumental correcto o desinfectado, omitiéndose cualquier análisis ajeno a éste, incluso la falta de culpa de la institución. Solo de éste modo se pueden tomar criterios que apoyen el examen objetivo, como por ejemplo el de la expectativa que tiene el paciente de recibir un buen servicio, según los estándares que existan y los cuales determinen el nivel de calidad en que deben ser prestados dichos servicios.¹⁷⁶

Así pues, después de un análisis al fenómeno de la institucionalización de la medicina, como elemento transformador e innovador de la visión tradicional de la responsabilidad civil médica, podemos concluir que a pesar de contar con distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en ordenamientos jurídicos como el argentino, español y colombiano, es válido afirmar que la medicina es ahora ejercida de manera masiva, dejando de lado, aunque no totalmente, el ejercicio individual de esta profesión. Asimismo, se decanta un proteccionismo hacia el paciente víctima, parte más vulnerable de la relación asistencia médica, mediante herramientas jurisprudenciales como la falla presunta del servicio y la carga dinámica de la prueba, que aunque con sentencias de la última década se han desestimado y se ha vuelto al régimen de culpa probada, concienzudos exámenes recientes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, han evidenciado la dificultad probatoria existente y han acordado una aplicación excepcional de los enunciados conceptos, (según las circunstancias del caso y el criterio del juzgador), por considerarlos útiles en su intención de minimizar la carga probatoria de éste, en pro de la equidad y la igualdad de

cargas. De igual forma, al constituirse la medicina como un negocio viable y productor de réditos, hace que sus prestadores, en virtud de los principios de sana competencia, se esmeren más en la prestación de los servicios, aumentando la calidad y la eficiencia, factores que benefician ampliamente a los usuarios. Para finalizar estas apreciaciones, es necesario que la prestación de la salud en Colombia sea más humana, tanto en el aspecto prestacional del servicio, como en el aspecto administrativo del mismo, con esto queremos decir que el derecho a la salud y sobre todo a la asistencia oportuna y de calidad es un derecho inherente a toda persona, por lo cual el poner trabas y el solicitar requisitos exagerados, el no contar, por ejemplo con medios tecnológicos útiles que permitan reservar una cita con un especialista de manera práctica o el sometimiento al paciente (en muchos casos enfermo), a hacer largas filas para ser atendido, son lunares y circunstancias que desnaturalizan la esencia de este derecho. Por lo tanto y de la mano con la ya entrada en vigor de la nueva reforma a la salud, creemos que es indispensable eliminar barreras burocráticas que truncan la asistencia médica y el de aumentar la infraestructura hospitalaria del país, para así evitar que más pacientes mueran en las puertas de los hospitales.

CONCLUSIONES.

1. La institucionalización y Contractualización de la medicina, son fenómenos actuales con una gran tendencia a consolidarse más aún en el futuro; que atañen directamente a la responsabilidad civil derivada de esa actividad, y que son consecuencia directa de la sobreoferta de profesionales médicos, la masificación de la medicina entorno al número de usuarios, el auge de la seguridad social representado en nuestro país por el establecimiento de la ley 100 de 1993 y la aparición de conglomerados médicos en la sociedad. Todos los anteriores factores, permeados por el ánimo de lucro y el predominio de un sistema capitalista que determina el destino de los bienes y servicios en una sociedad.

2. La Contractualización de la Medicina, entendida como la integración de la responsabilidad civil medica al régimen contractual de la responsabilidad, guarda estrechísima relación con la aparición de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, solo a través de ésta distinción se garantiza la manutención de conceptos como el alea medica y la carga de la prueba en cabeza del demandante-victima, de esta forma, la integración de la responsabilidad medica a la esfera contractual solo implica un cambio meramente nominal, que no conlleva a diferencias sustanciales con la integración de la responsabilidad medica a la esfera extracontractual, que otrora predominaba a comienzos del siglo XIX; así las cosas la contractualización de la medicina mediante la distinción de obligación de medios garantiza el status-quo de esas esenciales características ,guardando consonancia éste especial trato dado a la medicina, con la cosmovisión social y política de esa profesión a comienzos de siglo.
3. En Colombia, el fenómeno contractualizador vio obstaculizados sus avances por la poca uniformidad jurisprudencial, y por la falta de aplicación de los criterios sostenidos en acendradas sentencias que han pretendido dotar de soluciones a esta problemática, de otro lado, la acérrima crítica que la doctrina nacional ha mantenido respecto a que se enmarque la responsabilidad medica dentro de un régimen contractual en el que la carga estática de la prueba en cabeza del paciente-demandante, sea su piedra angular; ha dificultado en buena hora el consenso general sobre este fenómeno. Desde el año 2005 la Corte Suprema de Justicia parece estar más dispuesta a proporcionar una salomónica solución al problema de la carga estática de la prueba en cabeza del paciente-demandante, mediante la instauración de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

4. En la actualidad, los únicos supuestos facticos que escapan a la tendencia contractualizadora de la responsabilidad civil médica son el daño por contragolpe o daño moral, y la inejecución contractual penalmente incriminada.
5. Es acertado afirmar que la medicina es ahora ejercida de manera masiva, sobreponiéndose al ejercicio individual de esta profesión. La inclusión del concepto de empresa a la prestación de servicios médicos, institucionaliza su prestación, generando una organización comercial con ánimo de lucro tendiente a generar ingresos, ésta situación es consolidada con un Sistema General de Salud creado a partir de la ley 100 de 1993 que sustenta, promueve y regula la existencia del movimiento institucionalizador.
6. La institucionalización de la medicina, tiene como principal consecuencia la absorción del médico como agente individual, y la generación de nuevas relaciones jurídicas y nuevos actores intervinientes en torno a la prestación de servicios médicos; lo cual modifica la responsabilidad civil médica, resaltando el predominio de una responsabilidad institucional, a cargo de la institución, sobre el otrora, predominio de la responsabilidad personal.
7. Es evidente la complejidad probatoria referente a los juicios de responsabilidad civil médica, dicha problemática es notoria para las altas Cortes, y aunque no se puede llegar hablar de una postura concreta a favor o en contra de un proteccionismo, es preciso concluir la existencia de posiciones “dulcificadoras” o “conciliadoras” aplicables de acuerdo al caso concreto y a los criterios de experiencia y sana critica del juzgador.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El juez, sus deberes y facultades: Los derechos procesales del abogado frente al juez. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

BELLISENT. Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat". Paris: LGDJ, 2001.

DIEPGEN, Paul. Historia de la Medicina: Edad Antigua y Edad Media. Barcelona: Labor, 1925.

FERNANDEZ MUÑOZ, Monica Lucia. "La Responsabilidad Medica -Problemas Actuales-". Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2008.

GISLBERT CALABUIG, Juan Antonio. "Medicina legal y toxicología". Valencia. 1979: Fundacion Garcia Muñoz., 1979.

GUZMÁN MORA, Fernando. La Ley 100 de 1993: ¿A quién beneficia realmente? Bogotá: Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1998.

GUZMAN MORA, Fernando. "Derecho médico colombiano elementos básicos. Responsabilidad ética médica disciplinaria" Tomo II. Bogotá: Universidad Libre, 2006.

ITURRASPE Jorge Mosset, PIEDECASAS Miguel. Responsabilidad Contractual. Rubinzal-Culzioni Editores, 2007.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos. Responsabilidad civil médica : la relación médico-paciente. Bogota D.C.: JAVEGRAF, 2002.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica. Bogotá D.C. Editorial Grupo Editorial Ibáñez. 2010.

JOSSERAND, Louis. "De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits". Vol 1. Paris: Ed. Dalloz, 1927.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La Empresa Médica. Buenos Aires: Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998
Ibídem.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Responsabilidad Civil de los Médicos. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998.

MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. Principios de Derecho Comercial. Novena Edición. Bogotá D.C: Editorial Temis. 2004.

NAMEN Vargas, William. "El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual" Publicado en: "Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI" . Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana : Biblioteca Jurídica Dike, 2009.

ORTIZ Monsalve, Álvaro. Manual de obligaciones civiles y mercantiles Cuarta Edicion. Bogotá: Temis, 2007.

RAMIREZ ARCILA, Carlos. La Pretensión Procesal. Bogotá: Temis, 1985.

ROSADO, Ruy. «Responsabilidad Civil del medico.» Carlos, GHERSI. Los Derechos del Hombre: Daño y Protección a la persona. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Cuyo, 1997. 90.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1998.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. “Estudios de Responsabilidad Civil”. Bogotá: Universidad Externado, 2002.

SIGERIST, Henry E. Historia y sociología de la medicina. Trad. Gustavo Molina G. Bogotá: Guadalupe, 1974.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Resposnabilidad Civil Tomo I. Bogotá.: Legis., 2010.

URIBE-HOLGUIN, Ricardo. «El pago de la obligación de medios.» Cincuenta Breves ensayos sobre obligaciones y contratos. Bogota: Temis, 1970.

VALENCIA ZEA, Antonio. Derecho Civil de las obligaciones. Bogota: Temis, 1978.

VELASQUEZ Posada, Obdulio. “Responsabilidad Extracontractual”. . Bogotá. : Universidad de la Sabana: Editorial Temis., 2009.

VINEY, Genevieve. Traité de Droit Civil, Introduction á la Responsabilité. Trad. Fernando Montoya Mateus. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia., 2007.

YUNGANO, Arturo Ricardo, y otros. Responsabilidad profesional de los médicos cuestiones civiles, penales, medico-legales, deontológicas. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1986.

¹ Henry SIGERIST; “Historia y sociología de la medicina” traducción por Gustavo Molina G. Editorial Guadalupe. Bogotá. 1974. Pág. 48

² SIGERIST Henry, Ob. Cit. Pág. 28

³ Para el citado historiador “Los doctores lucharon heroicamente contra la comercialización de la medicina; pero, en un mundo regido por duras necesidades económicas, tuvieron que vender sus servicios compitiendo entre sí, para poder subvenir a su manutención. No es por accidente que la profesión organizó sociedades medicas y estableció códigos de ética y de etiqueta

durante el siglo XIX. Fue la última tentativa desesperada para proteger a la práctica médica de alguno de los peores aspectos de la competencia comercial” SINGER Henry. Ob. Cit. Pág. 45

⁴ mientras más eficiente, más complicada y más cara se hacia la medicina; más difícil le resultaba al médico prestar atención gratuita y conservar los privilegios de antes, las reglas de ética médica y el juramento hipocrático se veían cada vez más amenazados; puesto que el médico, era ahora también un comerciante que debía vender sus servicios.

⁵ Concepto éste que enmarca la descentralización de la enseñanza médica desencadenando una sobreoferta de profesionales, y volviendo a la competencia más voraz aun.

⁶ recientes cifras recogidas por el Ministerio de Educación y publicadas en la página web de la sociedad de médicos generales colombianos demuestran que “En Colombia egresan en promedio 3000 Médico Generales cada año. De otra parte, el número de facultades de medicina se ha venido incrementado en forma dramática en los últimos 20 años al pasar de 21 facultades en los 80 a 54 facultades en la actualidad. (<http://www.medicosgeneralescolombianos.com/news.htm>) De otro lado según una investigación realizada por la Unidad de Epidemiología Clínica y Bioestadística de Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, y publicada por la Revista Panamericana de Salud Publica hacia el año 2001 existían 24.910 médicos especialistas, (sin contar aquellos médicos extranjeros especialistas que inmigran a Colombia) de los cuales más de la mitad ingresaron al mercado laboral durante la última década, esto es, en la década de los 90 (<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v9n6/5383.pdf>)

⁷ “La parte de incertidumbre inherente a toda intervención quirúrgica o a todo acto médico cualquiera que sea su naturaleza, debido a las reacciones imprevisibles del paciente o a circunstancias imparables al origen de un daño que no tiene relación ni con el estado inicial que ha justificado el procedimiento médico, ni con la técnica empleada, ni con la competencia de los profesionales que prestan la asistencia”. Mónica Fernández Muñoz “Ele alea terapéutica como limite a las obligaciones médico-hospitalarias” Universidad Militar Nueva Granada 2008. pág. 20.

⁸ El hecho que genera responsabilidad en cabeza del médico nace con su actuación, la cual puede darse por acción o por omisión y que comprende todas aquellas tareas que debe cumplir el galeno una vez conozca a su paciente, tendientes a brindarle una atención personalizada y plena. De esta forma el acto médico se puede dividir en tres etapas, **el diagnóstico, el tratamiento y el pos tratamiento**. El primero de ellos inicia con la entrevista inicial que realiza el médico a su paciente, indagando sobre sus dolencias y síntomas que padece, lo cual es complementado con un chequeo médico o auscultación y con la formulación de exámenes médicos, que usualmente son de laboratorio. Una vez realizado esto, el médico cuenta con las herramientas necesarias para forjarse una opinión respecto a la patología del paciente y puede establecer el cuadro clínico, con lo cual podrá establecer el tratamiento a seguir. Es frecuente que en esta etapa se presenten errores, debido a negligencias o a decisiones erradas tomadas por el médico, por lo cual es de vital importancia que el médico sea lo más diligentemente posible y practique u ordene todos los exámenes y pruebas necesarias tendientes a determinar el procedimiento clínico más adecuado según el estado de salud del paciente o si llegase a ser éste muy grave, remitirlo inmediatamente a un especialista.

La segunda etapa debe comenzar con el conocimiento pleno de la causa que ocasiona la enfermedad en el paciente, para que de esta forma el médico analice cual es el tratamiento más adecuado para el paciente y decidir por ejemplo si es más apropiado practicar una cirugía o tratar la enfermedad con la medicación de drogas farmacológicas, lo cual debe ser adoptado con la aquiescencia del paciente, quien avalará la decisión del médico de acuerdo con lo que éste le informe, es decir teniendo conocimiento pleno de su enfermedad, de los riesgos del tratamiento, de tratamientos alternativos y de su efectividad. La ultima y tercera etapa, la cual no siempre se da en las situaciones clínicas, es la que tiene que ver con todo aquello encaminado a la recuperación y reactivación social y personal del paciente, en lo referente a terapias físicas y seguimiento, cuyo fin último es alcanzar la total recuperación del paciente, lo cual necesita de un acompañamiento y controles periódicos por parte del médico. Cualquier tipo de error causado por negligencia o imprudencia por parte del médico pueden causar daños que en muchas ocasiones son irreversibles y que dejan enormes secuelas en los pacientes que llegan a limitar su vida física o psicológica, por lo tanto surge una obligación en cabeza del médico responsable concerniente en la indemnización de todos los perjuicios causados.

⁹ YEPES RESTREPO, SERGIO. “La Responsabilidad Civil Médica. Editorial Biblioteca jurídica Dike. Cuarta edición. Medellín 1996. pág. 52

¹⁰ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica”. Editorial Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. Págs. 60-61-156

¹¹ ORTIZ Monsalve, Álvaro. “Manual de obligaciones civiles y mercantiles” Cuarta Edición. Bogotá : Editorial Temis, 2007 Pág. 86

¹² TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010 Pág. 8.

¹³ Como repaso del régimen de RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL encontramos que TAMAYO JARAMILLO procede a clasificar la responsabilidad contractual de dos maneras: según el origen del daño y según la carga de la prueba. (TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010 Pág. 32.) Según el origen de daño, éste último nace en el incumplimiento puro y simple del contrato, en su cumplimiento moroso y en su cumplimiento defectuoso. Haciendo referencia en primer lugar, a aquel incumplimiento absoluto del contrato por una de las partes, en el plazo o condición estipulado, si la obligación se cumple posteriormente al transcurso de ese plazo o condición, estaremos al frente de un cumplimiento moroso. La importancia de esta división radica en que, tratándose de obligaciones de cuerpo cierto una vez

acaecido el plazo o condición estipulado para el cumplimiento, la responsabilidad sobre cualquier eventualidad que afecte al cuerpo cierto recae exclusivamente en la parte deudora, incluyendo la pérdida de la misma por fuerza mayor o caso fortuito. Mientras que en el cumplimiento defectuoso se hace referencia o bien al incumplimiento de alguna de las prestaciones contenidas en el contrato o al cumplimiento insatisfactorio o imperfecto de las prestaciones contenidas en él.

El segundo tipo de responsabilidad contractual, será crucial en el estudio de la responsabilidad civil médica. Esta clasificación, distingue entre las obligaciones de medio y obligaciones de resultado, puesto que dependiendo del tipo de obligación consagrada en el contrato; la carga de probar la culpa en el incumplimiento de la contraparte, radicará en el deudor o en el acreedor. TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010 Pág. 497. Establece de esta manera la concepción entre obligaciones de medio y de resultado: “dos rasgos fundamentales caracterizan la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Según el primero, en las obligaciones de medio el deudor se obliga a ejecutar, con toda la prudencia y diligencia que le sea posible, una conducta tendente a alcanzar el resultado pretendido por el acreedor, pero no a obtener específicamente ese resultado. Mientras que en las obligaciones de resultado, el deudor, por disposición expresa del legislador, por acuerdo de las partes o por la naturaleza de las cosas, según veremos más adelante, se obliga a lograr el resultado pretendido por el acreedor. Como consecuencia lógica de ese diferente contenido de las dos obligaciones, la carga de la prueba obra de distinta manera en una y otra¹³. En las obligaciones de medio, unas veces el acreedor debe demostrar la culpa del deudor y otras la culpa del deudor se presume, pero este puede desvirtuarla demostrando diligencia y cuidado, es decir, ausencia de culpa. En cambio, en las obligaciones de resultado, el deudor unas veces solo se exonera demostrando una causa extraña y otras ni siquiera la causa extraña lo libera de la responsabilidad que pesa en su contra¹³.

NAMEN VARGAS realiza un examen más concreto de esta distinción encontrando que “En las de medio el deudor debe diligencia, cuidado, prudencia y pericia, obligándose a la utilización de los medios e instrumentos confiables, razonables, normales e idóneos para procurar un resultado, aunque esperado de por sí aleatorio, probable más no seguro, ni asumido o garantizado; en cambio, en las obligaciones de resultado o determinadas, la prestación es un opus, el resultado mismo, el deudor se compromete a un determinado y concreto resultado constitutivo de su objeto el cual debe alcanzar y obtener en interés del acreedor.¹³ (NAMEN Vargas, William “El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual” Publicado en: “Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI” Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Biblioteca Jurídica Dike, 2009. Pág. 436)

A continuación, y basados en la obra de Namén Vargas¹³, Tamayo Jaramillo (TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010. Pág. 39.)¹³ y de Velasquez Posada (VELASQUEZ Posada, Obdulio. “Responsabilidad Extracontractual”. Bogotá. Universidad de la Sabana: Editorial Temis. 2009 Pág. 54) ¹³ hacemos una presentación de los principales caracteres de la responsabilidad contractual:

- a) La responsabilidad contractual SIEMPRE presupone un contrato, un acuerdo de voluntades genéticamente bilateral que esté orientado a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.
- b) El sustrato de la responsabilidad contractual es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.
- c) La responsabilidad contractual es configura interpartes, es decir que los únicos sujetos legitimados para exigir y controvertir la responsabilidad son las partes contratantes, encontrándose excepcionalmente legitimado un tercero. (estipulación para otro, acción subrogatoria o acción oblicua).
- d) El objeto de la responsabilidad contractual es el cumplimiento coactivo de la prestación original o a la indemnización pecuniaria de los daños causados en virtud del incumplimiento
- e) Dándose el incumplimiento del contrato, la carga probatoria dependerá del tipo de obligación del que trate el contrato, sea de medio o de resultado según lo explicado anteriormente.
- f) Por cuanto la prestación es determinada, regulada, y planificada según las directrices del contrato o de la ley, el resarcimiento pecuniario del mismo está limitado a los daños previsibles que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, y siendo doloso se extiende a todos los daños consecuentes, o directos sean previsibles e imprevisibles, de acuerdo al artículo 1616 del Código Civil Colombiano.
- g) La responsabilidad contractual puede estar sujeta a pactos, cláusulas o convenciones que por la autonomía de la voluntad privada y si están de acuerdo a la ley, al orden público o a las buenas costumbres deben respetarse y son totalmente validas, pudiéndose en ellas asumir todos o ciertos riesgos inherentes al contrato. (cláusula penal, arras, intereses, etc.)

¹⁴ NAMEN Vargas, William “El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual” Publicado en: “Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI” Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Biblioteca Jurídica Dike, 2009. Pág. 432

¹⁵ En este régimen de responsabilidad, también llamado responsabilidad delictual o aquiliana, que se origina de un hecho antijurídico, se pueden distinguir dos clasificaciones: La primera de ellas viene dada por el elemento subjetivo que dio origen a la actuación del agente, distinguiéndose la responsabilidad extracontractual culposa (si la conducta no tenía intención de dañar) y la responsabilidad extracontractual dolosa. Por otro lado se configura la responsabilidad extracontractual según el origen del

daño, en el cual y por disposición del Código Civil Colombiano se conserva la tradición de los tipos de responsabilidad civil del derecho romano, paralelo con un principio general de responsabilidad. Encontrándose la “Responsabilidad por el hecho propio” probando la culpa (Art 2341 C.C), la “Responsabilidad por el hecho ajeno” con culpa probada (Artículos 2347, 2348 y 2349 del C.C), la Responsabilidad por el hecho de las cosas y de los animales (Artículos 669,2353, 2354) y la “Responsabilidad por actividades peligrosas” reglamentada en el Artículo 2356 del C.C.

La obligación de reparar en la responsabilidad extracontractual está regulada en los artículos 2341 al 2360 del Código Civil Colombiano, VELASQUEZ POSADA señala en su obra (VELASQUEZ Posada, Obdulio. “Responsabilidad Extracontractual”. Bogotá. Universidad de la Sabana: Editorial Temis. 2009)¹⁵ como características fundamentales de esta responsabilidad, las siguientes:

a) Existencia de un principio general de responsabilidad con culpa: La responsabilidad extracontractual viene dada por un principio general en que cualquier hipótesis de conducta imaginable que cause daño a terceros, por dolo o por culpa, hace surgir la obligación de reparar. No se enuncian típicamente o taxativamente los casos contemplados que hacen surgir este tipo de responsabilidad como si ocurre en algunas legislaciones.

b) Hay un principio general de responsabilidad por el hecho ajeno: La responsabilidad extracontractual no solo regula los daños causados por una conducta propia, sino también aquellos que se causen por obra de terceros que estén bajo la guarda y el cuidado propio (como ocurre con los hijos o dependientes) en nuestro Código Civil se regula bajo el título de “responsabilidad por el hecho ajeno” Art. 2347

c) Existencia de una capacidad propia para la responsabilidad extracontractual: La capacidad de cometer delito o culpa es un presupuesto indispensable en materia de responsabilidad civil extracontractual. El Código Civil Colombiano establece los 10 años como punto de partida de la capacidad para cometer delito o culpa y por tanto para estar a cargo de su responsabilidad civil, del mismo modo en los casos de demencia se es incapaz de cometer delito o culpa, no obstante dicha responsabilidad quedara inmersa en los sujetos que tienen a su cargo al incapaz.

d) La responsabilidad civil es preponderantemente jurisprudencial: Históricamente la responsabilidad civil ha sido una de las áreas más desarrolladas por la jurisprudencia, nuestro ordenamiento jurídico no ha escapado a esta realidad y con escasos diecinueve artículos ha bastado para que jurisprudencialmente se haya desarrollado un extenso sistema de responsabilidad.

¹⁶ ORTIZ Monsalve, Álvaro. “Manual de obligaciones civiles y mercantiles” Cuarta Edición. Bogotá : Editorial Temis, 2007 Pág. 88

¹⁷ IBIDEM.

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO incluye en su obra (Ob. cit. Pág. 137) entre estos doctrinantes a Jacques Ghestin, Genevieve Viney, Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Mazeaud-Tunc-Chabas, Arturo Alessandri Rodríguez, entre otros

¹⁹ El hecho de poder escoger entre alguno de los regímenes de responsabilidad se denomina opción de acciones, se considera prohibido en razón a que, el régimen de responsabilidad se determina por los hechos y no por las intenciones de la parte demandante. Así pues además de la prohibición acerca de la acumulación de acciones generalmente aceptada por nuestra jurisprudencia y doctrina, también debemos hacer mención de la denominada opción de acciones, fenómeno jurídico que también se constituye en un yerro jurídico en responsabilidad civil. En efecto, si la acumulación de acciones hace referencia a la posibilidad de invocar en una demanda ambas responsabilidades (contractual y extracontractual) como regímenes ambos aplicables a un caso de Responsabilidad Civil. La opción de acciones, hace referencia a la posibilidad del actor o del juez de escoger o juzgar entre uno u otro régimen de responsabilidad civil y optar por el más favorable en el caso concreto. Al respecto ITURRASPE Y PIEDECASAS, afamados doctrinantes argentinos diferencian así el cumulo de la opción de acciones: “Queda por examinar si media o no posibilidad de “elegir” la normatividad aplicable al caso, por el actor-victima, según la conveniencia propia de cada circunstancia, o bien si es posible optar por un régimen mixto, conformado por normas de uno y otro ámbito. El primer sistema se denomina de la “opción” y el segundo el del “cumulo” o de la acumulación para una posterior elección. La opción toma a los sistemas en bloque: uno u otro; en cambio, el sistema del cúmulo o de la acumulación elige de aquí o de allá. Entremezcla las soluciones en busca de las más convenientes. Por lo común, lo contractual es buscado en razón de la amplitud del plazo de prescripción; lo aquiliano con base en la indemnización integral” (ITURRASPE Jorge Mosset, PIEDECASAS Miguel, “Responsabilidad Contractual” Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007 Pág. 47)

²⁰ A este respecto JOSSERAND, reconocido doctrinante francés afirma en su obra: “La responsabilidad contractual y delictual tiene campos de aplicación distintos, no se concibe que ellas puedan coincidir, concurrir o acumularse para una misma situación jurídica, y para una misma relación dadas porque no se sabría ser a la vez tercero y contratante” (JOSSERAND Louis. “De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits” Colección. Essais de teleología juridique V. 1 Ed. Dalloz. Paris: 1927. Pág. 105)

²¹ los principales yerros en los que se acaece cuando se pretende exponer el problema de la “acumulación u opción” de acciones son los siguientes, en ellos y según un exhaustivo análisis de TAMAYO JARAMILLO recae frecuentemente la jurisprudencia nacional, siendo estos los causantes de que ni haya una posición uniforme en todos los fallos promoviendo así cierto caos conceptual en el manejo de este tema. **ACCIÓN HEREDITARIA VS ACCIÓN PERSONAL:** (En efecto y según TAMAYO JARAMILLO. Ob. cit. Pág. 128. Nuestra jurisprudencia ha malentendido estos principios dando lugar a numerosos yerros y equivocaciones jurídicas.) De esta forma encontramos la denominada “acción hereditaria” que se configura cuando la víctima directa de un daño fallece, ante esa situación, sus herederos pueden demandar la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima

fallecida y reclamar dicha indemnización. Esta acción hereditaria puede ser contractual o extracontractual dependiendo de la calidad del daño que el finado sufrió, ya sea por la inejecución o perjuicio directo de una obligación contractual o por el acaecimiento de un hecho ilícito propio de la responsabilidad delictual o extracontractual. En contraposición a la anterior acción ejercida por herederos del fallecido en representación de este último; se configura la denominada “acción personal” que pertenece directamente a los herederos ya no en razón al fallecido, sino en razón a sí mismos, como víctimas directas de ese hecho ilícito que le causó la muerte al ser querido, ese daño a la esfera moral del ser es generalmente extracontractual y constituye una acción totalmente distinta que, aunque generalmente recae en los herederos como personas cercanas del fallecido, también pueden recaer sobre personas con un lazo íntimo y de dependencia con el ultimado, daño del cual se desprende un perjuicio y una reparación totalmente independiente a la que se solicita en representación del difunto.

Estas dos acciones pueden darse en forma individual o conjunta y NO constituyen bajo ninguna circunstancia el “cumulo de acciones” del que tratábamos anteriormente, puesto que ambas acciones tienen orígenes distintos, sujetos distintos y por tal razón son absolutamente independientes entre sí, aunque se pidan o se interpongan en forma individual o conjunta. (TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010. Pág.127-128) **PROHIBICION DE COBRAR DOS VECES EL MISMO DAÑO.** A pesar de tratarse de un tema aparentemente obvio en la responsabilidad civil; es importante resaltar aquel principio según el cual ninguna persona puede ser condenada a pagar reparación dos veces por un mismo daño, el mismo aplicado a responsabilidad civil, puede definirse como la prohibición a que alguna persona pueda ser condenada a pagar dos veces, una por vía contractual y otra por vía extracontractual, la indemnización de un mismo daño. Solo de esa forma se actuara con equidad y justicia ante el infractor, respetando el principio general del debido proceso del “*non bis in ídem*” (No dos veces por el mismo daño), equivalente al principio de *autrefois acquit* (“ya perdonado”) de el derecho francés; o el de *double jeopardy* en el derecho estadounidense. Y es que, una vez cumplida una pena impuesta por algún hecho ilícito, la deuda del infractor con el afectado y con la sociedad ya se ha saldado, y ya se ha procurado, también, poner a la víctima en el mismo sitio donde hubiese estado de no haberse configurado el hecho ilícito que lo afectó. Por tanto sería ilógico y absolutamente arbitrario, obligar al infractor, en ocasión a un mismo hecho, a doblar su condena, a doblar el resarcimiento para con el afectado, de un hecho que ya ha sido reparado. Del mismo modo, esta prohibición está acorde con el delito y principio general del derecho de “enriquecimiento sin causa”, el cual hace referencia al incremento de un patrimonio a expensas de la disminución de otro, sin causa legal válida que lo determine. De esta forma, y ante un eventual desconocimiento de la prohibición de cobrar dos veces el mismo daño, el principio de “enriquecimiento sin causa” podría configurarse en la figura jurídica llamada a restablecer esta prohibición, obligando a dotar de causa jurídica válida el incremento patrimonial de un individuo y el empobrecimiento del otro. **VARIACION EN LOS ELEMENTOS DE LA RELACION JURIDICA.** Finalmente es pertinente recalcar que la indebida acumulación de responsabilidades no se presenta cuando se varía uno de los elementos que configuran la relación jurídica de la responsabilidad civil, en otras palabras, hay ciertas hipótesis que NO se constituyen en una indebida acumulación de responsabilidades por cuanto de un mismo hecho ilícito pueden devenir diversas relaciones jurídicas entre infractor y afectados. De ese modo, si los sujetos y el daño ocasionado no son elementos homogéneos no se puede hablar de acumulación de acciones. Entre esas hipótesis encontramos: a. Si con las mismas partes se configuran daños diferentes B Si siendo un mismo daño son varios los responsables. C Cuando de un mismo daño y un mismo responsable, hay varias víctimas.

²² Estas sentencias son las del 14 de Octubre de 1959, del 25 de Febrero de 1942, del 07 de julio de 1987, del 20 de Abril de 1954, proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

²³ Respecto a estas sentencias TAMAYO JARAMILLO advierte: “Lo lamentable de los fallos comentados en que todos ellos insisten en la imposibilidad de acumular las dos responsabilidades, pero creen que el problema consiste en otra cosa bien diferente y, sin proponérselo, admiten lo que se trata de prohibir” TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010. Pág. 172

²⁴ Entre las que se encuentran las proferidas el 05 de Marzo de 1940, el 31 de Agosto de 1949, el 31 de Mayo de 1965, el 06 de Agosto de 1985, el 01 de Octubre de 1987, el 19 de abril 1993, y 14 de Diciembre de 1994. Y en una reciente sentencia de 1999 que parece clarificar y concluir el tema. De las anteriores decisiones, otorgan postulados claros referentes a la prohibición de acumular acciones, las siguientes providencias: 1. La proferida el 19 de Abril de 1993²⁴, se constituye en un importante precedente por la claridad en su fallo, a este respecto afirma: “. *Cumulo de Responsabilidades:* Sentadas las anteriores premisas es pertinente abordar el tema de la pluralidad de acciones que pueden concurrir en cabeza de quien padece el daño, cuando procura el resarcimiento de los perjuicios que se le han interrogado. (...) En esta materia la jurisprudencia tradicional de la Corte ha acogido la tesis clásica orientada por restringir o limitar la opción de responsabilidades, **y, ajustada a este criterio por regla general ha rechazado de manera invariable la yuxtaposición de las dos formas mencionadas de responsabilidad.** (...)” (Negrilla fuera del texto). 2. La proferida el 14 de Diciembre de 1944 que textualmente expresa: “Jurídicamente no se deben involucrar las acciones de responsabilidad contractual y delictual. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta 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 (civil)**” (Negrilla fuera del texto)

Finalmente la proferida el 14 de Octubre de 1959 parece concluir el tema: “La Corte ha elaborado una doctrina en relación con la concurrencia de las dos clases de responsabilidad aludida que se puede sintetizar así: 1. **No es admisible involucrar tales**

responsabilidades (contractual o extracontractual) pues ello conduciría a la llamada acción híbrida, que no es de recibo, desde el momento en 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 transgresiones de reglas de conducta** no previstas en una convención”.

²⁵ Solo hay dos casos reconocidos por la doctrina como excepcionales situaciones en las que pueden llegar a concurrir la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, lo que eventualmente daría lugar a la viabilidad de la opción de acciones, entendiendo ésta última como la libertad de escogencia que tiene el demandante-víctima para interponer la acción contractual o extracontractual en un proceso de responsabilidad civil; en todos los demás casos, solo habrá un régimen de responsabilidad civil aplicable, todo esto acorde con nuestros planteamientos anteriores. Para llegar a esta conclusión, nos hemos apoyado en los razonamientos de GENEVIEVE VINEY (“Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad; traductor Fernando Montoya Mateus. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 472 y ss.) y TAMAYO JARAMILLO (“Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010. Pág. 141) ilustres doctrinantes especializados en el estudio de este tema. **1. LA INEJECUCION CONTRACTUAL PENALMENTE INCRIMINADA.**: El primero de estos excepcionales casos viene dado por la concurrencia de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en un caso concreto. Más específicamente, con la concurrencia de un perjuicio eminentemente contractual y un delito penal bajo un solo sindicado a causa del mismo hecho, en tal caso, según TAMAYO “el acreedor contractual tiene la posibilidad de elegir, al demandar al deudor contractual, entre la responsabilidad contractual derivada de la inejecución del contrato y la responsabilidad extracontractual derivada de los daños patrimoniales ocasionados con un delito penal. En el primero de los casos demandará por vía ordinaria civil; en el segundo, se constituirá parte civil dentro del proceso penal.”

Al respecto, es menester realizar las siguientes precisiones: En la legislación Colombiana, como es de público conocimiento la culpa penal es diferente a la culpa civil, puesto que excepcionalmente hay conductas que el ordenamiento penal no reprocha mientras que la responsabilidad civil sí, por tanto hay situaciones en las que el ordenamiento penal impone estándares de reproche más altos que el orden civil, por tanto en un proceso penal, por ejemplo, jamás se entrará a estudiar la culpa contractual bajo sus tres graduaciones (grave, leve y levisima). Del mismo modo el dolo penal y el dolo en materia contractual, conservan amplias diferencias, existiendo en el primero intención dañina contra la víctima, mientras que en el segundo solo hay intención de incumplir el contrato. Al existir la graduación de culpas en la culpa civil contractual y darse la diferencia entre el dolo penal y el dolo civil. El análisis de ambas figuras es totalmente distinto porque en este caso ambas tutelan bienes jurídicos distintos; por lo cual no habría cosa juzgada al intentar una u otra acción. Respecto a la obligatoriedad de la sentencia penal en la acción civil, se sabe que es generalmente aceptada y que el juez civil se debe remitir a la sentencia y consideraciones hechas por el juez penal, pero como lo hemos expresado antes, puede darse la situación, en que el juicio y las consideraciones definidas por el juez penal no comprometan ni persigan el mismo fin, que el que potencialmente pudiera realizar el juez civil, haciendo posible esta excepción. Finalmente, se debe aclarar que la acción penal reside en el estado, y es dicho ente, encabezado en nuestro país por la Fiscalía, quien detenta esa potestad; pero la constitución en parte civil puede depender de la víctima. Así las cosas y dentro de ese proceso, el juicio penal puede asemejarse a fallar conforme a los principios extracontractuales, por tal razón SI se configuraría una “OPCION DE ACCIONES”. Eventualmente, las dos acciones se podrían interponer sucesivamente, siempre y cuando se respete la restricción de no pretender el doble cobro de un mismo perjuicio.

2. RECURSOS DEL PERJUDICADO CONTRA EL CONSTRUCTOR. Esta segunda excepción se configura a la luz de circunstancias normativas especiales en nuestro ordenamiento. Así pues, el artículo 2060 Núm. 3 de nuestro Código Civil establece la responsabilidad contractual que el constructor tiene frente al comprador por los daños que resulten en la construcción durante los diez años siguientes a la entrega. Al mismo tiempo, el Art 2351 del Código Civil consagra la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas; en la cual establece que durante diez años, el constructor responde por todos los daños que se deriven de una mala construcción a terceros. Como vemos, en el régimen del constructor se establece una doble protección contra los compradores, dando pie a que el destinatario final de la construcción ya sea el primer comprador o no, ante un perjuicio generado por un defecto en la construcción del inmueble tenga una “opción de acciones” para demandar contractual (en el caso en que no sea el primer comprador invocando las garantías contractuales transmitidas por el adquirente inicial) o extracontractualmente (en cualquier caso) al constructor por ese daño.

²⁶ Para estos efectos basta con revisar las decisiones del 24 de Junio de 1942 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y la del 05 de Marzo de 1940. La primera de ellas afirma: “Por eso ha sostenido la Corte, como lo sostienen los tratadistas, que esas dos culpas (contractual y extracontractual) no pueden, en general, acumularse en una misma demanda, **por cuanto son entidades de diversa naturaleza y hasta contradictorias muchas veces, pues no se ve cómo una culpa contractual pueda generar una acción delictual, ni como esta pueda tener como base un pacto jurídico**”²⁶ (CSJ, Sala de Casación Civil 24 de Junio de 1959 “Gaceta judicial T. XCI” Pág. 764) (negritas fuera del texto) y la segunda: “Los estudios hechos sobre el particular por expositores como el citado LALOU, los hermanos MAZEAUD y principalmente por SAVATIER, influyeron decididamente en la doctrina y por eso las últimas sentencias de los tribunales franceses hacen la distinción de que se ha hecho mérito y **derivan la responsabilidad, según el caso, ya de las reglas que dominan la materia** de incumplimiento o violación de la ley contractual, **ya de las normas que sancionan el hecho culposo o delictual. No es por tanto indiferente** ni desde el punto de

vista de la naturaleza de la acción ni de las consecuencias de esta en el debate, por lo que hace a la prueba, **invocar sin ningún distinguo las disposiciones citadas**²⁶ (CSJ, Sala de casación Civil 14 de Octubre de 1942)

²⁷ TAMAYO JARAMILLO se enmarca dentro de aquellos defensores de una facultad más inquisitiva del Juez, en la que él pueda corregir la causa petendi del demandante en caso de equivocarse este último en la acción jurídica invocada (posición que no compartimos como se verá posteriormente), así pues afirma de dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia²⁷ que tratan el tema: “Estas dos decisiones merecen nuestro aplauso porque con ellas no se está permitiendo la opción, como podría pensarse a primera vista. La Corte afirma que el juez, aunque no tiene la opción de aplicar indistintamente cualquiera de las dos responsabilidades debe, sin embargo, aplicar la que considere correcta, así ella no hubiese sido invocada en la demanda. **Lo que no puede es escogerse entre una y otra. Debe aplicar la que corresponda**” (TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010. Pág. 151) (negrilla fuera del texto) Y continuando con un acucioso estudio del tema que estamos abarcando afirma: “Si el interprete examina con cuidado la prestación contractual y su relación con el daño *necesariamente* llegará a la conclusión de que la acción o es contractual o es extracontractual, pero no las dos al mismo tiempo. Es esa la razón que justifica la prohibición de escoger entre una y otra responsabilidad. (...) es improcedente formular una acción extracontractual después de que la acción contractual, que era la procedente dada la existencia de un contrato entre demandante y demandado, ha sido agotada y ha fracasado como consecuencia de la prescripción, de la ausencia de daño o de responsabilidad en general. Si el daño reclamado surgía del contrato y la acción contractual ya no es procedente, *no es factible acudir a la responsabilidad extracontractual*. Es eso justamente lo que está prohibido” TAMAYO Jaramillo, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo I. Bogotá. Editorial Legis, 2010. Pág. 138-139.

²⁸ Esta perspectiva es defendida entre otros por doctrinantes de la talla de TAMAYO JARAMILLO, para quien sin importar el tipo de régimen de responsabilidad que el demandante escoja para fundar su petición (bien sea delictual o contractual) el juez puede variar el régimen escogido y fallar de acuerdo a su criterio.

²⁹ Como antecedentes a la última decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, en este aspecto, encontramos la Sentencia del 19 de Abril de 1993 (ya citada anteriormente) en ella, se niega y rechazan las pretensiones del demandante por haber equivocado la acción pertinente para el resarcimiento de los daños derivados de un caso de responsabilidad civil, en efecto la parte demandante para un daño derivado de la responsabilidad contractual, invoca la responsabilidad aquiliana o extracontractual, encontrando la Corte éste proceder, un vicio generador del rechazo de la misma.

³¹ El fallo más significativo y reciente en esa materia, se produjo con ocasión de un fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, quien en providencia del 19 de Febrero de 1999 afirma reiteradamente e invocando fallos precedentes en primer lugar que la acumulación y la opción de acciones es prohibida en nuestro régimen civil y en segundo lugar, que si las partes invocan un determinado régimen de responsabilidad, el juez no puede salirse de ese marco jurídico, aun y si el otro régimen de responsabilidad civil, se encontrase configurado y probado; de hacerlo, se incurriría en incongruencia por desatención de la causa petendi invocada. Así pues, En este fallo la Corte clarifica que la acción intentada y los términos en los que haya sido invocada identifican la controversia en la demanda, **y traza límites claros** a la interpretación jurisdiccional del pleito, poniendo de manifiesto la importancia de la causa petendi bien definida en el libelo; de paso se constituye este fallo en un importante precedente que **niega la posibilidad de escoger** o invocar a título principal cualesquiera de los dos regímenes de responsabilidad civil para que el juez escoja la que a su criterio más convenga, luego niega también el denominado “cumulo de acciones” en nuestro ordenamiento jurídico, esto con base en las bien delimitadas diferencias entre ambos regímenes, cuya importancia es, lejos de académica o doctrinal, factor determinante que condiciona procesalmente la interposición de las acciones respectivas. Así se expresa la corporación en la providencia señalada (negrillas fuera del texto): “Siendo la demanda pieza esencial en el común de los procesos de naturaleza civil y las declaraciones categóricas en ella contenidas pauta de forzosa observancia al momento de fallar (G. J, T. LXVI, pág. 76), **aquellos funcionarios no cuentan con autoridad ninguna para**, en correría ilimitada y arbitraria, llegar hasta desestimar las susodichas declaraciones, **seleccionando de oficio acciones y vías legales no utilizadas por las personas legitimadas para hacerlo**, luego salta a la vista la especial importancia que tiene la escogencia de la acción y la manera de enderezarla, habida cuenta que como lo señala la jurisprudencia, (...) de estas circunstancias depende muchas veces el resultado favorable o adverso de la demanda, ya que la sentencia con que termina el juicio no puede considerarse legalmente como verdadera decisión de la controversia sino en cuanto recaiga determinada y exclusivamente sobre la acción intentada y la manera en que lo haya sido, especialmente la forma en que hayan sido emplazadas las partes para sostener el debate....” (G. J, t. LIV, pág. 444). “Tribunales y jueces, en consecuencia, deben ajustar sus fallos a los hechos alegados por las partes en los actos de postulación (...) tampoco les es lícito alterar los términos fundamentales que en sustancia identifican la controversia, decidiendo acerca de súplicas no formuladas o sobre extremos extraños al debate planteado y que por ende los litigantes no sometieron a la jurisdicción, directrices conceptuales éstas con base en las cuales hay lugar a concluir, cual lo advierte certeramente el cargo en estudio, que adolece de incongruencia y por eso contra ella procede el recurso de casación por el

cauce previsto en el Núm. 2º del Art. 368 del c de P. C, la sentencia de instancia que en cuanto a las pretensiones del actor se refiere y porque el sentenciador se despreocupa del contenido integral de la demanda **hasta el extremo de significar, tal alejamiento, el cambio oficioso de la acción ejercitada**, situación que sin duda se presenta en el evento en que ignorando alegaciones inequívocas en punto de ubicar determinada pretensión indemnizatoria en el plano extracontractual, se decide el litigio acudiendo a normas jurídicas reguladoras de la responsabilidad contractual cuya aplicación se hace derivar de la existencia demostrada de uno o varios contratos de los que se predica por el juzgador, incurrió en incumplimiento la parte demandada". " Para los órganos sentenciadores **es en absoluto vinculante la clase de acción ejercitada por el demandante** y si no cuentan con autoridad para variarla desconociendo a su arbitrio los elementos subjetivos y objetivos que la identifican, preciso es inferir entonces que, ante un caso dado en el que se hagan valer pretensiones a las que el actor, mediante declaraciones categóricas de su libelo, les haya asignado una clara configuración extracontractual, aquellos órganos no pueden modificar esta faz originaria de la litis y resolver como si se tratara del incumplimiento de obligaciones emergentes de un contrato; (...) Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual **no presentan un simple interés teórico o académico** ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio..." (G. J. T LXI, pág. 770). Continuando con los límites que rigen la facultad jurisdiccional, así se refiere la providencia en estudio, señalada anteriormente "La controversia tendrá que ser ventilada entre determinadas partes con referencia a cierta "cosa" - bien de la vida o conducta ajena - y de acuerdo a un fundamento específico, lineamientos estos que desde luego, en guarda de principios rectores de indiscutible arraigo constitucional como son los llamados "dispositivo y de controversia", **no pueden menospreciar jueces y magistrados** en quienes valga anotarlos, con alguna frecuencia se observa la nociva tendencia, motivada unas veces por la dificultad que entraña hacer de lado cómodos estereotipos conceptuales y otras por el inexplicable temor de no estar a la altura de sus funciones, de sentirse autorizados para inventar litigios que no surgen de los autos o para desfigurar los que deben resolver, incurriendo en excesos y desviaciones"

Así se pronuncia la Corporación respecto a la causa petendi como limitante del pleito: "La facultad del juez queda reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser **la causa petendi uno de los límites que se establecen en la litis contestación....**" (G. J, T. XXVI, pág. 93). De ignorar estas disposiciones el juez estaría saliéndose de la esfera que en realidad le atañe, "Resulta muchas veces que el Tribunal falla la acción, reconoce o niega lo pedido, pero se equivoca al calificar la causa de pedir, y en tal caso puede invalidarse la sentencia porque si bien se ha fallado la acción, no se ha considerado el mismo fundamento alegado, la misma causa de pedir, y el juez **habría fallado extra petita....**" (Fernando Alessandri R. Curso de Derecho Procesal. Primer Año, Tomo II, Cap. IV).

³² . GENEVIEVE VINEY ("Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad" traductor Fernando Montoya Mateus. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2007). afirma refiriéndose a las obras de J. HUET, F.BERTRAND, B.TEYSSIE, J.NERET y A.TUNC: "Estas obras han mostrado en particular que la exageración de las diferencias entre los regímenes de responsabilidad junto con la imprecisión de las nociones que sirven para delimitar sus campos de aplicación respectivos (especialmente la dificultad de determinar si tal situación es o no "contractual", o si la obligación desconocida es o no "nacida del contrato) favorecen el litigio y conducen a soluciones muchas veces arbitrarias y aun a veces francamente ilógicas, inclusive inequitativas).

³³ TAMAYO JARAMILLO en su obra (Ob. Cit. Pág. 180) "Luego del examen de la jurisprudencia colombiana en relación con la distinción entre las dos responsabilidades, la prohibición de optar entre una y otra responsabilidad y la dificultad misma de comprender el problema, nos preguntamos si no sería posible, o por lo menos deseable, unificar los dos regímenes de responsabilidad, evitando así el problema de la opción."

NAMEN VARGAS por su parte, consagra refiriéndose a los problemas del sistema dualista : "En la praxis, se evidencia en múltiples situaciones la incierta ubicación de ciertas hipótesis, a más del tratamiento dispar cuando el mismo hecho genera daño a diversas personas (...) la extensión del régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual a eventos dudosos, y en especial, es cada vez mayor la tendencia a regímenes singulares en relación con los dos sistemas"

³⁴ GENEVIEVE VINEY, Ob. Cit. Pág. 493. Incluso en aquellos ordenamientos de Common Law.

³⁵ TUNC ANDRE, Citado por GENEVIEVE VINEY Pág. 493

³⁶ En Argentina, "desde hace veinte años es muy fuerte el movimiento unificador de los ámbitos de responsabilidad civil. Lo demuestran las recomendaciones de congreso y jornadas (...) Los proyectos de Reforma al Código Civil, y de Unificación Civil y Comercial, desde el de 1987, pasando por los proyectos de 1993, hasta el de 1998, se han inclinado por establecer una única regla de atribución de daños, con base en la idea de relación de causalidad adecuada y plazos comunes de prescripción. Se concretan así las ideas unificadoras" (ITURRASPE Jorge Mosset) Pág. 47.). Del mismo modo y a partir de los años 70's los países del Este de Europa (Particularmente las legislaciones de Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia) han optado por la unificación de ambos regímenes en sus legislaciones y más recientemente encontramos referentes unificadores en el Código Civil de Cuba de 1988 y de Holanda de 1992, en los que se resaltan importantes acercamientos entres los dos regímenes. No obstante es el Código Civil de Quebec, aprobado en 1991 y con vigencia desde 1994 el que integra mejor las dos ramas de responsabilidades, constituyéndose un único título dentro del Código, denominado "De la Responsabilidad Civil", en el que evitan hacer mención a expresiones como "responsabilidad contractual" o "responsabilidad extracontractual" (VINEY) (Ob. Cit. Pág. 495). Al respecto, la

doctrinante VINEY concluye: “Esta breve incursión en los derechos extranjeros pone de relieve entonces que en todos los países en los que la tradición jurídica se acerca a la nuestra, la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual existió y existe todavía, pero que en todas partes su alcance es muy discutido y que ella está afectada por transformaciones profundas que pueden aun aparecer como el preludio de su desaparición. Dicho de otra manera, se asiste actualmente a una verdadera crisis” (VINEY) Pág. 496. Núm. 232.

³⁷ Lejos de pretender con estos controles y normativas estancar el desarrollo de la ciencia médica, autores nacionales como Sarmiento García defienden en su obra “Estudios de la Responsabilidad Civil” (Bogotá. U. Externado. 2002. Pág. 246) el endurecimiento y rigidez de las normas por responsabilidad aplicables a los médicos para “contribuir a un mejoramiento en la prestación de los servicios (...) contribuir a la buena reputación de los médicos diligentes y castigar a los que obraron con negligencia”

³⁸ GISLBERT CALABUIG, Juan Antonio “Medicina legal y toxicología” Fundación García Muñoz. Valencia. 1979 Pág. 21. Definición acogida por los doctrinantes argentinos Yungano Arturo Ricardo; Bruno Antonio Horacio; Poggi Víctor Luis; López Bolano, Jorge Daniel en su obra “Responsabilidad profesional de los médicos cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas” (Universidad de Buenos Aires, 1986) Pág. 26

³⁹ SARMIENTO GARCIA Manuel Guillermo, “Estudios de Responsabilidad Civil” Bogotá. Universidad Externado. 2002. Pág. 24e6

⁴⁰ ROSADO Ruy “Responsabilidad Civil del médico” en GHERSI, Carlos “Los Derechos del Hombre: Daño y Protección a la persona” Ediciones jurídicas Cuyo. Buenos Aires. 1997. Pág. 90.

⁴¹ Al respecto, doctrinantes como TAMAYO JARAMILLO (TAMAYO JARAMILLO, Ob. cit. Pág. 1070-1071) afirman: “el médico puede causar daños al paciente no solo con su comportamiento al practicar el acto médico en sentido estricto. Hay una serie de circunstancias no relacionadas con el acto médico que pueden o no comprometer la responsabilidad del galeno (...) puede suceder que dentro del acto médico prestado oportunamente, el paciente sufra un daño derivado no del comportamiento mismo del médico” en todos aquellos casos TAMAYO JARAMILLO pasa a revisar individualmente el papel del médico en el caso concreto y su responsabilidad, si es que se encuentra inmerso en estas otras prestaciones.

GUZMAN MORA en su obra “Derecho médico colombiano elementos básicos. Responsabilidad ética médica disciplinaria” Universidad Libre. Bogotá. 2006. Tomo II Pág. 1045 “cita una sentencia del Consejo de Estado (Sentencia Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. No de rad: 12655-99.) que profundiza un poco más en esta situación: “Es por lo anterior que, habida consideración de la complejidad de la relación jurídica es indispensable, de una parte, el análisis en concreto frente al caso –atendida la naturaleza de la patología-, y, de otra, las varias etapas o fases en que se proyecta la adecuada realización del acto médico complejo, **con el propósito de individualizar**, que prestaciones pueden encuadrarse en el rubro de mera actividad y cuales otras exigen un resultado concreto dentro de otra prestación médico asistencial. Esta exigencia se hace necesaria para evitar la tendencia a situar la totalidad de las prestaciones medicas como actividad de medios; es, que hay veces que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, en buena medida, de la adecuada realización de cada una de las etapas diferenciada” (negritas fuera del texto).

⁴² Aunque excepcionalmente, se puedan catalogar dentro de la responsabilidad medica obedeciendo a dos factores esenciales, el primero es el nivel de involucramiento del médico en la prestación distinta a la inherente entre él y el paciente (caso dado por ejemplo si el médico receta y adicionalmente suministra medicamentos al paciente); y el segundo, es la existencia o no del *alea medica*, que a la postre determinará si una obligación es de medio o de resultado (esta clasificación la abordaremos más adelante) factor crucial para decidir si se configura una responsabilidad medica o no. El *alea medica* o terapéutica es aquel riesgo, contingencia, o aleatoriedad, inherente la prestación de un servicio médico determinado, dada la alta sensibilidad que reviste la intervención para con la vida del paciente. La doctrina nacional afirma que el “alea” es un término que se usa para significar los aspectos adversos que puede presentar un paciente en su salud o integridad corporal a raíz de un acto médico Así pues existirá *alea medica* en una cirugía o en un proceso de anestesia general puesto que reviste riesgos para la vida del paciente mientras que por ejemplo, no existirá *alea medica* en una radiografía, en el suministro de un medicamento o en una muestra de laboratorio. En todos los casos, habrá que examinar en concreto que situaciones se pueden o no configurar dentro de la relación médico-paciente, objeto exclusivo de este estudio.

⁴³ YUNGANO, LOPEZ, POGGI Y BRUNO “Responsabilidad Profesional de los Médicos” Ob. Cit. Pág. 87

⁴⁴ Cuando la prestación medica a la que el galeno se haya obligado, sencillamente nunca se ejecuta.

⁴⁵ FERNANDEZ MUÑOZ Mónica Lucia. “La Responsabilidad Medica -Problemas Actuales-” Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2008. Pág. 65 Pie de Pág. 54. La citada autora consagra: “Dado que la responsabilidad medica generalmente no nace del incumplimiento de las obligaciones medicas, sino del cumplimiento defectuoso, vale la pena recordar la precisión que hizo la Corte Suprema de Justicia al determinar que si se trata de cumplimiento defectuoso o imperfecto (en el caso, el médico había practicado la cirugía contratada pero había ocasionado daños a la paciente) es decir, cuando el demandado ya ha atendido el contrato, aunque imperfectamente, la acción indicada no puede ser la resolución del contrato (que vuelve las cosas al estado precontractual) o la terminación del mismo (que suspende la ejecución del contrato en el estado en que se encuentre) efecto que opera por tal ocurrencia, sino la *acción de indemnización de perjuicios* causados por el dolo o la culpa con que el contrato se

ejecutó. En tal entendido, una vez el contrato ha sido ejecutado, es el resultado de su *cumplimiento imperfecto* el que da lugar a la indemnización de perjuicios;/(...) Así las cosas, la condena a pagar perjuicios de “todo orden” (en el caso de cumplimientos defectuosos) no implica ni el resarcimiento de las obligaciones principales que se dejaron de cumplir, ni la indemnización moratoria, pues esta última es materia ajena al debate, por cuanto no se trata de perjuicios ocasionados por la mora de lo debido, sino que es la *compensación* por la *ejecución defectuosa del contrato*”

⁴⁶ Principalmente la obra de Mónica Fernández Muñoz y de los argentinos Yungano, Lopez, Paggi y Bruno.

⁴⁷ FERNANDEZ MUÑOZ Mónica Lucia. Ob. Cit. Pág. 41

⁴⁸ Apartes tomados de FERNANDEZ MUÑOZ Mónica Lucia Ob. Cit. Pág. 42 ; en el mismo sentido YUNGANO, LOPEZ, POGGI, BRUNO Ob. cit., Pág. 34-35

⁴⁹ BELLISENT J. “Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat” LGJD. Paris. 2001 Pág. 414

⁵⁰ FERNANDEZ Mónica, Ob. Cit. Pág. 43

⁵¹ FERNANDEZ Mónica, Ob. Cit. Pág. 43. Al respecto la citada doctrinante consagra: “Muchos años antes, tal distinción (entre obligaciones de medio y de resultado) había sido formulada por la doctrina alemana (inicialmente BENHOFT, luego FISHER) y de ahí había pasado a la doctrina italiana (OSTI) donde fue acogida sin mucho vigor en contraste con el singular éxito que luego obtuvo en la doctrina francesa.

⁵² IBIDEM, Pág. 44

⁵³ IBIDEM, Pág. 45

⁵⁴ YUNGANO, LOPEZ, POGGI, BRUNO; Ob. Cit. Pág. 34-35 en el mismo sentido ITURRASPE Jorge “Responsabilidad por daños” Ed. Ediar. Buenos Aires. 1971. Pág. 346, SALVAT Y ACUÑA “Derecho Civil Argentino: Fuentes de la obligaciones” Ed. TEA. Buenos Aires. 1958. Pág. 311 y otros.

⁵⁵ Sala Casación Civil, 30 de Octubre de 1915, Gaceta jurisprudencial No 1282-1283. Pág. 204 la citada sentencia mantenía: “la asistencia de un facultativo a un enfermo constituye una prestación de servicios en arrendamiento; pero esta clase de servicios, esto es, los de profesionales de carreras que suponen largos estudios, sin dejar de estar comprendidas en la nomenclatura y en reglas legales establecidas en el capítulo 9, título 26 del Código Civil, están asimilados según disposición de los artículos 2069 y 2144 del mismo código, al mandato y se rigen tanto por reglas de este contrato como por las relativas a arrendamiento de servicios inmateriales en cuanto estas no se opongan a la primera”

⁵⁶ Algunos apartes cruciales de la sentencia tomados de SANTOS BALLESTEROS, Jorge “Instituciones de responsabilidad civil” Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2006. Pág. 256 afirman:

“entre el médico y el enfermo interviene, por regla general, un contrato sobre prestación de servicios profesionales de aquel a este, y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro. Después de haberse estimado por la jurisprudencia francesa que esa responsabilidad emanaba únicamente de la culpa aquiliana, se rectificó la doctrina y por eso hoy se sostiene la tesis exacta sobre el particular, que es la que acaba de enunciarse (...) la obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los cuidados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este” (...) “la responsabilidad del médico es contractual, no solo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero, el contrato es por lo general *verbis* y en muchos casos se rige por la costumbre medica general en la respectiva localidad y no es necesario que con el médico contrate directamente el enfermo puesto que pueden contrastar los parientes de éste, el patrón del obrero y en general quienes se interesan por el enfermo” (...) “más la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no solo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad en su conducta, 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 se dé al vocablo el sentido de cierta gravedad”

⁵⁷ Dijo la Corte en dicha providencia: “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 sí 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” Gaceta Judicial. No. 2398, pág. 332

⁵⁸ La susodicha sentencia anota que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, “variará según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad”, además sostuvo que “Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico 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”

⁵⁹ En sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el “contrato se hubiere asegurado un determinado resultado” pues “si no lo obtiene”, según dice la Corte, “el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a no ser que logre demostrar alguna causa de “exoneración”, agrega la providencia, como la “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”.

⁶⁰ La conclusión se desprende del siguiente aparte: “Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aunque admitió que “Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”

⁶¹ Esta tesis se basa en el siguiente aparte de la sentencia: “en la actualidad sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de “la culpa del médico”, agregando como condición “la gravedad”, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, “el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase”.

⁶² Así lo predica la Corte al afirmar 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 medios” y “de resultados”, 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 contener el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa. 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.

⁶³ Así lo expreso la Corte Suprema de Justicia en sus términos: “Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (...) 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, (...) 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).

⁶⁴J. SUESCUN “Derecho privado. Estudios de responsabilidad civil y comercial contemporáneo” Pág. 377 y TAMAYO JARAMILLO (Ob. Cit. Pág. 1104) consideran que el criterio de la carga dinámica de la prueba es inaplicable en nuestro sistema jurídico, haciendo énfasis el segundo, en que “tal teoría está montada en una falacia y que en última instancia, la responsabilidad terminará basándose en una culpa probada o en una culpa presunta”. Por su parte El profesor SUESCUN asevera que ésta tendencia evidentemente protectora para el paciente “si bien debería ser materia de política legislativa, con el fin de introducir este nuevo régimen en el ordenamiento positivo, es por el momento opuesto a las disposiciones legales vigentes sobre la materia”

⁶⁵ Las normas legales que presuntamente se vulneran con la aplicación de la carga dinámica de la prueba son el Art. 177 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 1757 del Código Civil, ambas normas estatuyen que la carga de probar ciertas obligaciones o su extinción, siempre corresponderá a la parte que las alega.

⁶⁶ TAMAYO JARAMILLO. Ob. Cit. Pág. 1105 afirma al respecto del citado fallo: “En un sintético y excelente fallo del 13 de septiembre de 2002, la corte, apoyándose en el fallo del 30 de enero de 2001 de la misma corporación, considera que la culpa del médico debe ser probada por el paciente y aunque habla tangencialmente del criterio dinamizador –se supone que para las pruebas, porque el fallo no lo dice- de todas formas **omite aplicar en el caso sub judice el principio de las cargas dinámicas de las pruebas y se limita a reiterar el principio general de la culpa probada**, la que entre otras cosas, se encuentra demostrada”

⁶⁷ En palabras del fallo: “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, aunque le causa un perjuicio específico, este debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar , en línea de principio el comportamiento culpable de aquel 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 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.”

⁶⁸ La doctrinante colombiana Mónica Lucía FERNANDEZ MUÑOZ. Ob. Cit. Pág. 70, hace hincapié en esta contradictoria situación al afirmar: “Sin embargo de manera lamentable, ésta mención de la carga dinámica por parte de la Corte Suprema de Justicia ha quedado solo en eso, **en una simple mención**, pues aun podemos encontrar fallos donde la jurisdicción civil mantiene *la concepción clásica de la carga de la prueba*, articulada a la necesidad que surge para el demandante de probar la negligencia del médico demandado, el daño causado y el nexo de causalidad entre aquella y éste, en razón a que la carga de la prueba le señala cuales son los hechos particulares que le conviene probar a fin de obtener una decisión favorable en sus pretensiones”

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de Junio de 2005. Exp. 7901

⁷⁰ Al respecto la citada sentencia consagra: “una rigurosa aplicación de la disposición contenida del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente por la dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima (...) no es insensible la corte ante esta situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso concreto, lo que repele cualquier intento de generalización de los principios y mandatos legales y en la medida de los posible puede el juez acudir ante diversos instrumentos que atenúan o dulcifican (como lo denomina la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto (...) es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; lo que haga a partir de indicios endo-procesales derivados de la conducta de las partes (Art. 249 del C. de P.C.); o que acuda a razonamientos lógicos como el principios *res ipso loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico, deduzca una “culpa virtual” o un resultado desproporcionado, todo lo anterior se reitera aun a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de ciertos criterios generales que sistemática e invariablemente quebrantan las reglas de distribución de la carga de la prueba previstas en el ordenamiento” Sentencia del 22 de Julio de 2010. Expediente. 41001 31003).

⁷¹ FERNANDEZ MUÑOZ, Mónica “Responsabilidad Medica -Problemas actuales- Pág. 69: “En razón a la dificultad que le asiste al demandante en demostrar la culpa del médico, la doctrina general conoce dicha prueba como una “prueba diabólica”” En el mismo sentido M PARRA. “Carga de la prueba en la responsabilidad medica. Pág. 17. Y VASQUEZ FERREYRA “Prueba de la culpa medica” Medellín. Ed. Dike. 1995. Pág. 103

⁷² Por regla general el mandante tiene que probar siempre la culpa del mandatario para hacerlo responsable de los negocios que él celebró a su nombre, ya que la diligencia de este último se presume. Al respecto TAMAYO JARAMILLO (Ob. Cit. Pág. 1082)sostiene: “Ahora, en la remisión que hace el artículo 2044 del Código Civil, cuando ordena que las normas del mandato se apliquen a los servicios prestados por quienes realicen largos estudios, se está incluyendo desde luego, los servicios médicos,

según lo tienen entendido la doctrina y la jurisprudencia. En ese orden de ideas, el paciente adquiere los derechos y obligaciones del mandante y el médico asume los derechos y obligaciones del mandatario. De donde se deduce que si la intervención del médico no es exitosa, el paciente no podrá alegar el incumplimiento del médico, a menos que le demuestre su culpa”.

⁷³ Opinión referida en la obra de TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit. Pág. 1083

⁷⁴ Sentencia de casación, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, 25 de Febrero de 1952. Referida en TAMAYO JARAMILLO Javier. Ob. Cit. Pág. 1083

⁷⁵ La Corte llega a esta conclusión después de afirmar: “Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las normas del mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pág. 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato “*multiforme*” o “*proteiforme*”, o “*variable*”, es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere “*sui generis*”, como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando en sentencia de 26 de noviembre de 1986, predicó, sin hacer calificación o clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables “*las normas del título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...*”, pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico”.

⁷⁶ El doctrinante antioqueño comenta acerca del pronunciamiento de la Corte: “En realidad, que sea uno u otro contrato no es lo significativo, pues dentro de cada contrato hay obligaciones con cargas probatorias diversas y, en consecuencia, cualquiera que sea el contrato celebrado, si en él hay obligaciones medicas, su tratamiento será el mismo independientemente del contrato del cual se desprendan dichas obligaciones. Inclusive, lo que importa es averiguar qué tan aleatoria era la obtención del resultado pretendido con el acto médico. Como la medicina avanza a pasos agigantados, pero aún queda mucho camino por recorrer, tradicionalmente se ha dicho que la obligación contractual de los médicos es de medio debido a la aleatoriedad de la prestación (...) **Por lo tanto, lo que el juez debe averiguar no es el tipo de contrato celebrado entre el paciente y el médico, sino qué tan aleatorio era el resultado buscado con el acto médico**” TAMAYO JARAMILLO, Ob. Cit. Pág. 1102

⁷⁷ La opinión de Mónica FERNANDEZ y Mauricio PARRA se encuentra consagrada en ese sentido en: FERNANDEZ MUÑOZ Mónica Lucia, Ob. Cit. Pág. 53

⁷⁸ JARAMILLI JARAMILLO Carlos “Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente” JAVEGRAF, Bogotá D.C. 2002. Págs. 143 y ss.

⁷⁹ Para quien la obligación de prestar asistencia médica es una relación jurídica compleja y comporta deberes generales “los de ejecución de diligencia en la ejecución, de información y guarda del secreto médico” deberes secundarios: “la elaboración del diagnóstico, información y facción de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su voluntad en los procedimientos, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta” SECCION TERCERA CONSEJO DE ESTADO, Providencia de 07 de Octubre de 1999 en el mismo sentido, el fallo de 15 de Junio de 2000

⁸⁰ Un importante concepto, propio de la responsabilidad civil médica es el que atañe al suministro de información completa y detallada por parte del médico al paciente, lo cual se conoce como el **consentimiento informado**, figura que también se enmarca dentro del acto médico y que por lo tanto también puede ser fuente de perjuicios y por ende de juicios de responsabilidad para el médico tratante, pero ya no por la acción imprudente o falta de diligencia, sino por la omisión de información vital y preponderante para el paciente, con la cual puede conocer su estado actual de salud y así estar consciente de los riesgos que asume y su eventual pronóstico de salud. Según lo anterior, el médico debe lograr la autorización de su paciente para poder realizar en él un procedimiento o tratamiento, por lo cual debe informar previamente al paciente sobre su enfermedad, sus síntomas, causas, pronóstico, tratamiento, riesgos y esperanza de curación. Todo lo anterior debe ser informado de manera completa, comprensible, detallada, previa y especialmente y de manera general personalmente al paciente, salvo casos de urgencia o en pacientes menores de edad y sin capacidad para decidir. Una vez surtido este trámite de carácter legal establecido por la Ley 23 de 1981 que en el subcapítulo siguiente analizaremos, el médico podrá contar con el consentimiento del paciente e iniciar consecuentemente lo pactado y decidido entre ambas partes.

⁸¹Ley 23 de 1981. Art 11 El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: a. Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan. b. Cuando exista urgencias o emergencias para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.

⁸² SANTOS BALLESTEROS, Ob. cit. Pág. 277

⁸³ Sala de casación Civil, Corte Suprema de Justicia 01 de febrero de 1993 Pág. 34, en donde se aduce también que en estos casos de estipulación a favor de terceros, no debe existir ningún tipo de contrato de mandato, ni representación, ni de vínculo legal; para que se configure el supuesto del artículo en su integridad

⁸⁴ VALENCIA ZEA Antonio. "Derecho Civil de las obligaciones" Temis. Bogotá. 1978. Pág. 405

⁸⁵ FERNANDEZ MUÑOZ Mónica, Ob. Cit. Pág.; en el mismo sentido VALENCIA ZEA Antonio, pág. 405

⁸⁶ FERNANDEZ MUÑOZ Mónica, Ob. Cit. Pág. 51; en el mismo sentido BELLISSENT J. Ob. Cit. Pág. 414

⁸⁷ URIBE-HOLGUIN Ricardo "El pago de la obligación de medios" en "Cincuenta Breves ensayos sobre obligaciones y contratos" Temis. Bogotá. 1970. Pág. 95

⁸⁸ Principio referido en el fallo ya estudiado del 05 de Marzo de 1940, la Corte Suprema de Justicia había sentado la presunción de que cualquier procedimiento de cirugía estética "comprobaba obligaciones de resultado"

⁸⁹ En Fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 26 de Noviembre de 1986 se señala que siempre debe establecerse *prima facie* cual fue la obligación que contrató el cirujano estético, de esta forma se sienta el principio de analizar específicamente el caso y, sobre todo, la obligación específica asumida por el cirujano

⁹⁰ Tras la posición de la Corte, queda establecida que si bien a primera vista todas las obligaciones médicas son de medios, si el paciente aporta pruebas que conlleven a diferir de esta posición y optar por la clasificación de la obligación de resultado. Ese será el tratamiento jurídico que debe recibir la prestación.

⁹¹ La jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de agosto de 2000, sección tercera afirmó que "en el campo de la obstetricia, (...) la responsabilidad tiende a ser objetiva (...) parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno infantil es que se produzca un parto normal" En todo caso, no se debe subvalorar nunca el principio del *alea medica*, habiendo que someter a examinación en todo caso, este principio frente a la actividad que se pretende realizar

⁹² Este tipo de responsabilidad se enmarca dentro de aquel supuesto extracontractual de la presunción de culpa por ejercer actividades peligrosas. Como vemos, esta responsabilidad no tiene su origen en la relación médico-paciente, sino en el principio objetivo según el cual toda persona por el solo hecho de o usar o ejercer ciertas actividades que ponen en peligro a la sociedad, debe reparar los daños causados por esta.

⁹³ La obligación de seguridad y cuidados se considera inherente en un contrato de hospitalización o de alojamiento hospitalar.

⁹⁴ Cabe recordar al respecto, que entre las dos legislaciones hay amplias disparidades al momento de determinar el contenido de la responsabilidad para el deudor contractual. Mientras que en nuestro ordenamiento el Art. 1604 del Código Civil, establece una responsabilidad del deudor basada en la utilidad del contrato para éste último y en la graduación tripartita de las culpas. En el Código Napoleónico **no existe tal graduación** y en cambio, se establece el contenido de la obligación del deudor contractual basándose en la existencia o no del pago, y en la manera como está distribuida la carga de la prueba para cada contrato. Es por esta razón que la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado sirve para determinar el contenido de la obligación, mas no tiene la virtud para modificar las reglas de la carga de la prueba, puesto que en el sistema francés tal carga ya estaba estatuida con anterioridad.

⁹⁵ VALLEJO Felipe. "La Responsabilidad Civil Médica" Academia Colombiana de Jurisprudencia Ms 300-301. Pág. 67

⁹⁶ Los apartes de la sentencia del tribunal, fueron acogidos de esta forma en la sentencia del 30 de Enero de 2001: *No obstante, algún sector de la doctrina afirma que la legislación civil colombiana no permite acudir a la diferencia anterior, de stirpe francesa, con el argumento de que esa ella (sic.) no contempla el sistema tripartito de la culpa, ni prevé que la inejecución de un contrato presume la culpa del deudor, como sí sucede en aquella. Perspectiva de la cual se concluye que en nuestro régimen, establecida la inejecución de las obligaciones nacidas de un contrato, el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es imputable por causa de fuerza mayor o, si se obligó a realizar una serie de actos, que obró con la diligencia y cuidado -ausencia de culpa- necesarios según la utilidad o beneficios buscados con la negociación, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, independientemente si su prestación era de medio o de resultado (Arts. 1604, 1730 y 1757 ejusdem).*

"De donde, en tratándose de responsabilidad contractual, el médico tiene a su cargo demostrar que actuó con el conocimiento suficiente y con el cuidado y diligencia sumo con el que otro en su lugar, versado en la misma ciencia, hubiese responsablemente actuado en igualdad de circunstancias. O, lo que es lo mismo, que el médico tiene que probar la idoneidad del tratamiento que prescribió al paciente o de la intervención que practicó" (La Responsabilidad Civil Médica, Felipe Vallejo García. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N°s 300-301).

"La Sala acoge la segunda de las tesis expuestas, ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

⁹⁷ El doctrinante SARMIENTO GARCIA hace una férrea crítica a este sistema y en su artículo "la responsabilidad civil del médico frente a la socialización de la medicina" Ob. Cit. Pág. 257 realiza una apasionada conclusión, en la que se destaca su absoluta

indignación por la manera como se trata el fenómeno de la “culpa diabólica” en Colombia y por cómo se exige en este sistema, a gente del común, que pruebe especializadas conclusiones científicas, y en todo caso hechos, que a todas luces, están fuera del alcance cognoscitivo del usuario de servicios de la salud.

⁹⁸ La doctrinante Colombiana continúa; “Destacándose por su ausencia y escasas las elaboraciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, lo cual no permite hacer un seguimiento de la evolución y además no ha hecho mayores aportes que permitan actualizar las soluciones jurídicas a la nueva dinámica que trae consigo los problemas en tema de responsabilidad médica bajo el nuevo sistema de seguridad social en salud”

⁹⁹ Para la doctrinante colombiana FERNANDEZ MUÑOZ Mónica Ob. Cit. Pág. 68: “La teoría de las cargas probatorias dinámicas o de colaboración o de solidaridad en la obtención de pruebas, permite que al interior del proceso se desarrolle una mecánica consistente en la colaboración de ambas partes en la aportación de pruebas; por lo tanto, no puede hacerse recaer toda la carga en una sola, sino que ambas partes ejercen una actividad probatoria equilibrada, y es en este caso el juez quien tendrá que establecer, de acuerdo con el caso, a quien le queda más fácil aportar la prueba o hacer el esfuerzo para obtenerla. En desarrollo de este principio, la actividad procesa se enriquece ya que las partes hacen un esfuerzo probatorio, sin descuidar que también el juez participa en el proceso de determinación de los hechos, en aplicación de las facultades que le otorga la ley y más concretamente el poder oficioso. El dinamismo en la carga de la prueba surge como una alternativa para que el demandante no se desgaste en el esfuerzo de probar hechos o situaciones que algunas veces son de difícil demostración, o que por el contrario, podría probar con mayor facilidad el demandado, aligerando así un poco la carga de la prueba. No obstante la posición de algunos autores, **otros consideran y a ellos nos adherimos, que la teoría de la carga dinámica de las pruebas, siempre y cuando sea bien concebida, podría resultar un instrumento positivo para la solución de este tipo de procesos**”

¹⁰⁰ El doctrinante en su obra “Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo” Pág. 377 apoya la introducción legislativa de esta teoría, pero advierte que por el momento esta teoría es contraria las disposiciones legales aplicables, entre ellas el Art 177 de Código de Procedimiento Civil y el Art 1757 del Código Civil, ambos artículos proclaman la carga de la prueba en quien demanda el incumplimiento del contrato. Citado en la obra de FERNANDEZ MUÑOZ Mónica Ob. Cit. Pág. 69

¹⁰¹ El tratadista colombiano TAMAYO JARAMILLO Javier Ob. Cit. Pág. 1163 propende por un adecuado uso de la carga dinámica, sin embargo y en aras del bienestar económico del sistema de salud del país apoya la actual teoría de la carga probada, así lo manifiesta en su obra: “habiendo recursos, seríamos los primeros en pregonar la introducción de un régimen que permita a las víctimas del acto médico ser siempre indemnizadas. Pero mientras continuemos con el estado de pobreza en materia de salud, preferimos que, salvo culpa del médico o del hospital, en cuyo caso la responsabilidad es indiscutible, los recursos se inviertan en aumentar en lo posible la cobertura mínima de salud, en lugar de dejar los hospitales tirados a la miseria, porque su escaso presupuesto se va pagando honorarios de abogados defensores y sentencias condenatorias basadas en culpas y causalidades presuntas que no pueden desvirtuarse” respecto a la carga dinámica en su obra “sobre la culpa médica” Pág. 90. “el proceso hay que entenderlo bien, pues no se trata de que *a priori* y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que tradicionalmente incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real”

¹⁰² TAMAYO JARAMILLO Javier. Ob. Cit. Pág. 1106-1107. El citado tratadista, aborda así la explicación del régimen de culpa virtual “Aunque en todos estos ordenamientos sigue aplicándose el principio de que corresponde al paciente demostrar la culpa del médico, de todas formas, y por vía excepcional, esa prueba se entiende establecida a partir de la demostración de ciertos indicios. Es decir, la forma cómo ocurrieron los hechos le permite inferir al juez que solo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño. El doctor ROBERTO VASQUEZ FERREYRA realiza un profundo análisis del derecho comprado y demuestra que en países como Italia, Argentina, Francia, España, Alemania e Inglaterra, se aplica el criterio de la culpa virtual, aunque acudiendo a diversas denominaciones. (...) Nosotros consideramos que en la culpa virtual no estamos ante una auténtica presunción sino ante una prueba por indicio. En efecto para que haya una presunción de culpa es necesario, pero suficiente, establecer que el demandado le causó un daño al demandante sin necesidad de establecer los hechos que rodearon la producción del daño. Producido este último, se presume que fue por culpa del demandado. En cambio, en la culpa virtual al demandante le toca establecer una serie de hechos y circunstancias que rodearon el daño para llevarle al juez la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente, así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento culposo. Se aplica el aforismo romano (las cosas hablan por sí solas).

¹⁰³ Entre estos indicios debería consagrarse la prueba del daño fehaciente y desproporcionado, la prueba de la existencia del supuesto hecho generador y cualquier acervo probatorio, al alcance del demandante que sirva para intuir un posible caso de *mala praxis*.

¹⁰⁴ FERNANDEZ MULÑOZ Mónica, Ob. Cit. Pág. 50. Consagra la citada doctora: “recordemos que por lustros se sostuvo que el médico respondía en virtud de una responsabilidad de naturaleza extracontractual, pues se consideraba que los actos derivados del ejercicio de una profesión liberal no podían formar parte de un contrato”

¹⁰⁵ JARAMILLO JARAMILLO Carlos “Responsabilidad Civil Médica: La relación médico paciente: análisis jurisprudencial y doctrinal” Pontificia universidad Javeriana. Bogotá. 2002. Pág. 96

¹⁰⁶ Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia Providencia del 05 de Marzo de 1940 “Entre el médico y el enfermo interviene, por regla general, un contrato sobre prestación de servicios profesionales de aquél a éste, y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro. Después de haberse estimado por la jurisprudencia francesa que esa responsabilidad emanaba únicamente de la culpa aquiliana, **se rectificó la doctrina y por eso hoy se sostiene la tesis exacta**, sobre el particular, que es la que acaba de enunciarse” (negritas fuera del texto)

¹⁰⁷ En el caso en cuestión, el paciente sufrió quemaduras en el pie izquierdo por la aplicación de bolsas de agua calientes colocados por las enfermeras, mientras el paciente se encontraba inconsciente.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de Octubre de 1959.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de Agosto de 2009. MP. William Namen Vargas

¹¹⁰ Sentencia de 05 de marzo de 1940 y de 30 de Enero de 2001

¹¹¹ Informativo Jurídico del Consejo de Estado “FASECOLDA N o 91” de 24 de agosto de 1992, Pág. 49

¹¹² TAMAYO JARAMILLO Javier, Ob. Cit., Pág. 1095

¹¹³ Al respecto René Savatier expresa: “El automóvil no está destinado a combatir el sufrimiento, la enfermedad y la muerte; el riesgo de la ruta es imputable al automovilista. Los riesgos de morbilidad son, al contrario, imputables a la naturaleza” SAVATIER René “la conception française actuelle de la responsabilité civile” Ed. Dalloz, Paris. Núm. 67 Tomado de TAMAYO JARAMILLO Javier Ob. Cit., Pág. 1097

¹¹⁴ Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que ésta 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 (G.J. No. 2217, pág. 759 y s.s.), **inmotivadamente se sostuvo como principio general** que a la responsabilidad extracontractual del médico era “aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”. (...). 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 signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado 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 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981.

¹¹⁵ Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. 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 deducirse 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 colegidas del artículo 2356 del C. 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**

¹¹⁶ SANTOS BALLESTEROS Jorge, Ob. Cit. Pág. 281

¹¹⁷ Algún sector de la doctrina discute si por ejemplo, en el caso en que no se configure un contrato civil de prestación de servicios médicos porque adolezca el mismo de nulidad absoluta (por un vicio del consentimiento, por ejemplo), pero se siga en curso el tratamiento y se causen perjuicios del mismo, la responsabilidad derivada

será extracontractual, tal y como en Francia (según FERNANDEZ MUÑOZ, Mónica Lucia. Ob. Cit. Pág. 42 Pie de Pág. 4..), al respecto afirmamos, que es imposible negar los principios generales del derecho civil que estipula los requisitos para que nazca a la vida jurídica con plenos efectos, un acto jurídico, por tanto la responsabilidad aplicable en ese caso será la aquiliana, pero creemos que dicho evento no tiene su origen jurídico en el régimen de responsabilidad medica extracontractual, sino que será netamente civil o penal, si es que se deriva un perjuicio hacia algún bien jurídicamente tutelado por ley penal.

¹¹⁸ La doctrinante FERNANDEZ MUÑOZ. Ob. Cit. Pág. 42. Cita al menos seis supuestos que en Francia se incluyen dentro de la denominada responsabilidad medica extracontractual; a saber, primero, el daño causado fuera del ámbito contractual, como aquel daño ocurrido luego del contrato médico, segundo, el caso ya mencionado de la nulidad sobreviniente del contrato, tercero, el caso en que exista ausencia de contrato, como cuando se prestan servicios médicos a un inconsciente o algún incapaz, cuarto, aquellos eventos en los que la relación médico-paciente sea impuesta por una reglamentación, como la medicina de trabajo o salud ocupacional, quinto, y tal vez más discutido, el evento en que el médico provenga de una entidad de servicio público, puesto que en estas relaciones no es posible aplicar un vinculo contractual a una relación que se rige mediante el derecho contencioso administrativo, sexto, el llamado daño por contragolpe o de perjuicios morales, que también se aplica en nuestro país.

¹¹⁹ El estudio de los tratadistas YUNGANO, LOPEZ, POGGI y BRUNO Ob. Cit. Pág. 36, 37,42, 43; sobre el tema, nos llevara a concluir en primer lugar la hegemonía de la responsabilidad contractual desde tiempo atrás gracias a la homogeneidad de la

jurisprudencia; al respecto afirman: “la relación contractual se extiende, asimismo, a otros supuestos que se han juzgado –no adecuadamente- como extracontractuales” y ejemplifica la situación con eventos que operan ex lege o en virtud de la ley como la atención a inconscientes o a incapaces, o los eventos de emergencia en la vía pública. Los citados tratadistas solo reconocen dos supuestos extracontractuales, cuando el incumplimiento contractual degenera en ilícito penal y los perjuicios por contragolpe o daños morales a los interesados. “De acuerdo con la tesis que sostenemos, o sea la aplicación extensiva de la relación y efectos contractuales a todos los supuestos de vinculación médico-paciente la responsabilidad extracontractual del profesional quedaría configurada a través de actos ilícitos y sin perjuicio de una posible acumulación de responsabilidades (...) ya que como decían los clásicos cuando la inexecución del contrato degenera en un delito de derecho criminal surge también la responsabilidad extracontractual pues el delito implica la violación de un deber independiente de la inexecución del contrato y sin perjuicio de la opción para la víctima de elegir la acción de reparación más adecuada.

¹²⁰ Ley 100 de 1993

¹²¹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Responsabilidad civil médica la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial *Tercera reimpresión.*” Editorial Javegraf. Bogotá 2008. pag 49

¹²² *Ibidem*

¹²³ Yepes RESTREPO SERGIO. “La Responsabilidad Civil Médica. Ed biblio judica dike. 4 ed 1996 pag 52

¹²⁴ como una fuente de empleo, un motor para la economía de las naciones y un medio para satisfacer todo tipo de necesidades.

¹²⁵ Constitución de 1991. Artículo 333: “ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

¹²⁶ Decreto 410 de 1971 por el cual se expidió el Código de Comercio.

¹²⁷ MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. “Principios de Derecho Comercial”. Editorial Temis S.A. Novena Edición. Bogotá Colombia 2004. Págs. 79-82.

¹²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. “La Empresa Médica”. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998 Buenos Aires Págs. 31 - 32

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. “Responsabilidad Civil de los Médicos”. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. 1998 Págs. 24-26

¹³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. “Responsabilidad Civil de los Médicos”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires 1997. Págs. 23-27

¹³² <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/37405/DocW39fin.pdf>

¹³³ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. “Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios”. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1998. Págs. 309-316.

¹³⁴ *Ibidem.*

¹³⁵ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “La Responsabilidad Médica Problemas Actuales” Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998. Pág. 212

¹³⁶ Cartilla de Seguridad Social y Pensiones. Editorial Legis. Bogotá 2010. Págs. 122-125

¹³⁷ GUZMÁN MORA, Fernando. “La Ley 100 de 1993: ¿A quién beneficia realmente?” Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá 1998. Págs.36 - 47.

¹³⁸ Cartilla de Seguridad Social y Pensiones. Editorial Legis. Bogotá 2010. Pág. 123 [0332].

¹³⁹ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “La Responsabilidad Médica Problemas Actuales” Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998. Pág. 215

¹⁴⁰ ARTICULO 7o. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

- a) Que el caso no corresponda a su especialidad;
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
- c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas.

¹⁴¹ ARTÍCULO 168. ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.

¹⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. “La Empresa Médica”. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998 Buenos Aires Págs. 336 – 338.

¹⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. “La Empresa Médica”. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998 Buenos Aires Pág. 337

¹⁴⁴ En este caso sería el médico tratante.

¹⁴⁵ Sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ac. 33.539 del 22 de julio de 1987, "Aranda de Ponti contra Clínica Santa Cecilia"; Ac. 43.594 del 18 de junio de 1991, "Nieves contra Centro Médico"

¹⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 340.

¹⁴⁷ Código Civil Español. Art. 1.101: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas

¹⁴⁸ Código Civil Español. Art 1903: Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

¹⁴⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. "Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios". Editorial Tecnos S.A. Madrid 1998. Págs. 326.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez.

¹⁵¹ ARTICULO 2344. <RESPONSABILIDAD SOLIDARIA>. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

¹⁵² FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "La Responsabilidad Médica Problemas Actuales" Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998. Pág. 220

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "La Responsabilidad Médica Problemas Actuales" Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998. Pág. 217

¹⁵⁶ Ley 100 de 1993

¹⁵⁷ Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil. Sentencia de abril 13 de 2005, M.P. Luis Alfonso Marín

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "La Responsabilidad Médica Problemas Actuales" Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998.

Pág. 217

¹⁵⁹ VELÁSQUEZ GIL, Catalina. "Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado: jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado 2005". Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Medellín 2005. Págs. 315-317

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000. M.P. Alíer Hernández Enríquez.

¹⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 15.772

¹⁶² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. "La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica". Editorial Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. Págs. 252-260.

¹⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008. Exp. 15.737

¹⁶⁴ *Ibidem*. "en materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente, daños a partes del cuerpo del paciente cercanos al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica"

¹⁶⁵ Para dar mayor claridad sobre este argumento se encuentran las sentencias del 19 de agosto de 2009 y la sentencia del 11 de febrero de 2009, citadas en el texto "La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica" del Doctor Jaramillo. En la primera providencia se presenta un evento de res ipsa loquitur, debido a que "los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente" sin mas indagaciones sobre su patología..."la sola circunstancia de haber practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transverso...para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 a 25 semanas de gestación, refleja la dimensión del daño antijurídico causado, lo que permite afirmar que se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas."; la segunda providencia que ratifica la emitida el 23 de abril de 2008, se sostuvo que "en lo que se refiere a la falla del servicio...la Sala debe precisar que si bien no se aportó una prueba directa de la misma lo cierto es que el material probatorio hasta ahora referido resulta suficientemente indicador de la responsabilidad que se le imputa al Hospital de la Tebaida pues el mismo da cuenta de que el paciente ingresó al centro hospitalario con un cuadro de insuficiencia renal y de que por virtud del tratamiento aplicado para combatir los síntomas propios al diagnóstico referido resultó lesionado en una de sus extremidades inferiores, como consecuencia de la aplicación de una inyección que causó una punción en un nervio que estimula el movimiento de la pierna...Si bien no existe una prueba

técnica o científica que indique que durante la aplicación de la inyección que produjo el daño la entidad hubiere actuado en forma irregular, negligente, descuidada o errónea, lo cierto es que existe prueba suficiente para señalar: a) el paciente ingreso al hospital presentando síntomas que no guardan relación con la lesión y su extremidad se encontraba en perfecto estado de salud al ingresar;..d) que los expertos determinaron que la causa de las afecciones en una de sus extremidades inferiores fue la punción con aguja ocurrida cuando se aplicó una de las inyecciones al paciente por parte del personal de la entidad demandada”

¹⁶⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15.283

¹⁶⁷ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica”. Editorial Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. Pág. 260.

¹⁶⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica”.

Editorial Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. Pág. 240.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 2010, Exp. 41.001 3103.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “La Responsabilidad Médica Problemas Actuales” Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998. Pág. 237

¹⁷¹ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “La Responsabilidad Médica Problemas Actuales” Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 1998. Pág. 219.

¹⁷² como por ejemplo todo lo referente a control de infecciones , de manejo de residuos tóxicos, orgánicos e inflamables, demarcación de las zonas restringidas (salas de quirófano, salas de rayos x o materiales radioactivos), el transporte de enfermos, prevención de actos violentos restringiendo la entrada de armas o de acompañantes con impulsos violentos y control de entrada y salida de pacientes, teniendo mayor cuidado cuando se trata de población infantil.

¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. “La Empresa Médica”. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998 Buenos Aires Págs. 352 – 353.

¹⁷⁴ *Ibidem*. 360

¹⁷⁵ Constitución Política de 1991. ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

¹⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. “La Empresa Médica”. Editorial Rubinzal – Culzoni. 1998 Buenos Aires Págs. 361 – 363.