

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
POR PRESTACION DEFECTUOSA DEL SERVICIO**

**ROSA VIRGINIA CARRANZA FIGUEROA
CLAUDIA PATRICIA CELIS GÓMEZ**

**CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
2010**

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
POR PRESTACION DEFECTUOSA DEL SERVICIO**

**ROSA VIRGINIA CARRANZA FIGUEROA
CLAUDIA PATRICIA CELIS GÓMEZ**

**Monografía presentada como requisito parcial para optar el título de:
Abogado**

**Asesor
Dr. OMAR SANDOVAL FERNANDEZ**

**CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
2010**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Jurado

Jurado

Asesor

Principalmente a Dios por ser la fuerza espiritual que necesité, para concluir esta meta en mi vida.

A mi Madre motor fundamental por acompañarme en cada uno de mis pasos para despegar, con su amor y comprensión.

A mi esposo Omar, por toda la colaboración.

A mi pequeño Santiago quien apareció con sus ojos llenos de amor y ternura y me dio el último impulso.

A mi hermano Martín, por su apoyo incondicional siempre.

A todos y cada uno de mis familiares por impulsarme, creer en mí y estar siempre ahí.

Papi hoy como nunca en mi mente y mi corazón...tú mi gran ejemplo.

Rosa

Principalmente dedico este trabajo a Dios por la vida y la oportunidad de prepararme profesionalmente.

A mi madre por que fue mi motor y quien cada mañana con su amor me animaba a seguir adelante en busca de mis sueños aún cuando las adversidades se interponían en mi camino.

A mis hermanos por su amor, comprensión y apoyo en los momentos difíciles, a mis sobrinos por convertirse en la razón de mi vida.

A mis amigos agradezco por caminar junto a mí en este hermoso camino de la vida universitaria.

Y a toda mi familia por su apoyo incondicional.

Claudia

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos de manera especial:

Al Dr. OMAR SANDOVAL FERNÁNDEZ, Catedrático del área de investigación de la Corporación Universitaria de la Costa C.U.C., por su invaluable participación para llevar a la realidad el presente trabajo y por sus grandes consejos profesionales.

A los médicos y profesionales de la entidad Nuevo Seguro Social CECAM Zona Norte de Barranquilla en especial al Dr. YAIR BARRAZA, por permitirnos entrar en su espacio y conocer las características básicas para la presente investigación.

Al cuerpo de docentes de la Corporación Universitaria de la Costa C.U.C.

A todas aquellas personas que de alguna u otra forma contribuyeron a la realización del presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1 PREGUNTA PROBLEMA	15
2. OBJETIVOS	16
2.1 OBJETIVO GENERAL	16
2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	16
3. JUSTIFICACION	17
4. MARCO TEÓRICO	19
4.1 ANTECEDENTES	19
4.1.1 Concepto de Responsabilidad Civil	24
4.1.2 Responsabilidad moral	25
4.1.3 Responsabilidad Jurídica	25
4.1.4 Responsabilidad Civil	26
5. METODO DE INVESTIGACION	27
6. ANÁLISIS Y RESULTADOS: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	28
6.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL	28
6.1.1 Noción	28
6.2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO	38
6.3 OTRAS CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDE INCURRIR EL MÉDICO	40
6.4 REGULACIÓN LEGAL	45
6.4.1 Leyes Expedidas	48
6.4.2 Proyectos de Ley Archivados	53
6.5 POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA	65
7. CONSIDERACIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO	77

7.1 NOCIÓN	77
7.2 ELEMENTOS ESENCIALES	78
7.2.1 El Interés Asegurable	78
7.2.2 El Riesgo Asegurable	80
7.2.3. La Prima o precio del Seguro	82
7.2.4 Obligación condicional del asegurador	83
7.2.5 Consensual	83
7.2.6 Bilateral	84
7.2.7 Oneroso	85
7.2.8 Aleatorio	85
7.2.9 Ejecución sucesiva	85
7.2.10 De adhesión	85
7.3. PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO	86
7.3.1. El Asegurador	86
7.3.2. El tomador	87
7.3.2.1. Seguro por cuenta propia	88
7.3.2.2. Seguro por cuenta ajena	88
7.4. OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO	89
7.4.1.2. Obligaciones durante la ejecución del contrato	89
7.4.1.2.1. Mantener el estado del riesgo	89
7.4.1.2.2. Pago de la prima	91
7.4.1.2.3. Cumplir con las Garantías	92
7.4.1.2.4 Declarar los seguros coexistentes	93
7.4.1.3. Obligaciones con ocasión del siniestro	93
7.4.1.3.1 Evitar la extensión y propagación del siniestro y proveer al salvamento de las cosas aseguradas	93
7.4.1.3.2 Dar aviso oportuno de la ocurrencia del siniestro	94
8. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA	96
8.1. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL	96
8.1.1. Noción	96

8.1.2. Ubicación	96
8.1.3. Ámbito de aplicación	97
8.1.3.1 Definición de profesional	98
8.1.3.2 Cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional	98
8.1.4 Función del seguro de responsabilidad civil profesional	100
8.1.5 Siniestro	100
8.1.6 Prescripción	101
8.2 EL ASEGURAMIENTO DEL MÉDICO	103
8.3 PARTES DEL CONTRATO DE SEGUROS	107
8.4 RELACIÓN ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO	108
8.4.1 Relación Asegurado – Asegurador	108
8.4.2 Relación Asegurador – Víctima	109
8.4.3 Relación Asegurado – Víctima	109
9. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS	110
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	118
ANEXOS	120

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO A. Modelo de encuesta	121
ANEXO B. Seguro de responsabilidad civil medica profesional	122

RESUMEN

El presente trabajo de grado es sobre la responsabilidad civil por la prestación defectuosa del servicio de salud de los profesionales de la medicina, ya que las personas han empezado a tomar conciencia de sus derechos y los entienden vulnerados demandan su reparación.

La aplicación de la norma para los casos de responsabilidad civil medica no ha sido ejemplar para los profesionales de la medicina, tomando en cuenta que en nuestro departamento existen estadísticas que comprueban que en diez años no se ha condenado a ningún médico por la prestación defectuosa del servicio, provocando así un desequilibrio y una enorme desventaja entre estos y los usuarios del servicio.

El objetivo de este trabajo fue determinar si la norma aplicable a los eventos de responsabilidad civil médica por la prestación defectuosa del servicio tiene vacíos que permiten que los infractores de ésta, específicamente en el Atlántico no sean juzgados con la severidad que corresponde.

Para la realización de esta investigación, que es de carácter socio-jurídico, se utilizo el método inductivo, que se parte de una realidad general, hacia una realidad particular que es el contrato de responsabilidad civil médica.

Como conclusión de este trabajo se puede decir que la medicina actual se encuentra en un avanzado nivel de evolución, pues no sólo se limita al estudio de cada cuadro clínico (enfermedad y sanación del paciente), sino que se desarrolla como una medicina activa que busca intervenir y actuar frente a la enfermedad de manera rápida, ayudada por los avances tecnológicos.

PALABRAS CLAVES: RESPONSABILIDAD MEDICA, PRESTACION, INCUMPLIMIENTO, CONTRATO, LEGAL, SEGURO, SALUD.

INTRODUCCIÓN

Desde comienzos del siglo pasado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha venido desarrollando el tema de la responsabilidad de los profesionales de la medicina con ocasión de la prestación defectuosa del servicio profesional, aunque resulta oportuno comentar que esta doctrina que se remonta al año 1915 no ha sido del todo coherente ni ha evolucionado tan rápidamente, también es cierto que es uno de los campos del derecho que más ha evolucionado en los últimos años dada la incidencia que en su tratamiento ha tenido el mismo avance de la sociedad, que a partir de los desarrollos científicos y tecnológicos ha generado dos estadios tendencialmente contradictorios como son los de perfección y riesgo, pues al mismo tiempo que se han obtenido logros inimaginados, el hombre individualmente considerado ha perdido su capacidad de dirección y se ha visto arrasado y sometido por la potencia de las fuerzas que el mismo ha generado.

Desde luego que el desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil se ha manifestado en todos los campos de expresión del pensamiento jurídico, incluyendo por supuesto el jurisprudencial, por que como nunca antes, las personas han tomado conciencia de sus derechos y cuando decididamente los entienden vulnerados demandan su reparación. El campo de la responsabilidad profesional es uno de los que más influencia ha recibido y dentro de este lo concerniente a la responsabilidad profesional de los médicos, pues a la par que

los paradigmas de la medicina tradicional han sido removidos por los descubrimientos científicos y los desarrollos tecnológicos, algunos cambios legales, entre ellos los promovidos por la ley 100 del 93 han dado paso a un nuevo modelo de atención al paciente que necesariamente ha trascendido a la esfera de lo puramente ético, para enmarcar la relación médico-paciente en el ámbito de lo jurídico eso si teniendo en cuenta el tipo de vinculo establecido, no obstante los cambios en la legislación sobre este tema no han equilibrado esta relación, manteniendo al paciente en situación de desventaja frente al médico tratante.

Es así como la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico social, racial, político o religioso. El respeto a la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes (Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, Artículo 1, Parágrafo1).

En la convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial fue aprobado el Juramento Médico, que en su último párrafo dice: velar con sumo interés y respeto la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas. Sin embargo, en el ejercicio de la medicina se pueden lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos años la regulación normativa concerniente a la responsabilidad civil médica ha tenido avances, pero han sido a nuestro parecer inútiles dado que estos no han servido como herramienta para aquellos que se les han vulnerado sus derechos y que pretenden hacerlos valer.

La aplicación de la norma para los casos de responsabilidad civil medica no ha sido ejemplar para los profesionales de la medicina, tomando en cuenta que en nuestro departamento existen estadísticas que comprueban que en diez años no se ha condenado a ningún médico por la prestación defectuosa del servicio, provocando así un desequilibrio y una enorme desventaja entre estos y los usuarios del servicio.

En Colombia, y específicamente en el departamento del Atlántico, la Corte apoya sus decisiones en que la carga de la prueba debe ser de quien demanda, aun y cuando sea casi imposible demostrar la responsabilidad ocurrida por negligencia o impericia de quien ejerció como médico, porque se asume que el médico debió realizar con total cuidado el procedimiento, en razón de que esta profesión en particular es una actividad que procura bienestar y no perjuicios, por tal motivo sus sentencias han sido en la gran mayoría de los casos a favor del profesional demandado, claro está, no se critica su actuación por que se sujeta a la ley

vigente para el caso, pero no se puede desconocer que dicha normatividad es injusta para los pacientes y deteriora la imagen que estos tienen de la justicia en Colombia, aunque en gran parte lo dicho anteriormente es cierto, es también igual de verdad que algunos profesionales no realizan con el cuidado adecuado su trabajo y dañan la integridad física y emocional de quienes con total inocencia se entregan en las manos de estos.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto se hace necesario para las investigadoras hacerse la siguiente pregunta:

1.1 PREGUNTA PROBLEMA

¿Qué vacíos presenta la ley colombiana con respecto a la regulación y penalización de la responsabilidad civil medica en los casos de prestación defectuosa del servicio, que los profesionales de la salud no han sido rigurosamente castigados?

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si la norma aplicable a los eventos de responsabilidad civil médica por la prestación defectuosa del servicio tiene vacíos que permiten que los infractores de ésta, específicamente en el Atlántico no sean juzgados con la severidad que corresponde.

2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

Identificar las principales características de la realización defectuosa en la prestación del servicio de los profesionales de la medicina.

Determinar las consecuencias que acarrea al profesional de la salud el incumplimiento de un contrato de responsabilidad civil médica, cuando haya actuado con negligencia o impericia.

Evaluar si el régimen vigente para este caso en concreto es suficiente y justo con quienes lo utilizan como herramienta para la obtención de su indemnización, por el daño causado.

Identificar las razones por las cuales los médicos no han sido castigados por incurrir en la prestación defectuosa del servicio.

3. JUSTIFICACION

La realización de este trabajo se justifica por el gran impacto social que está teniendo este tópico tan importante de la responsabilidad civil medica en Colombia y en la región del Atlántico, también con el objetivo de evidenciar los aspectos relacionados con la prestación defectuosa del servicio por parte de los profesionales de la medicina, teniendo en cuenta que hasta el momento ellos son quienes han salido victoriosos en los procesos iniciados en su contra; de tal suerte que los pacientes perjudicados se encuentran desamparados por la ley y que por lo tanto se plantea una necesidad de modernizarla. Para esta investigación se tomará como punto de referencia la E.P.S. Cecam Zona norte del Distrito de Barranquilla, entidad en la que se han presentado muchos casos por prestación defectuosa del servicio médico y donde ninguno hasta el momento ha sido fallado en contra.

Durante esta investigación se analizaron los diferentes aspectos del contrato de responsabilidad civil para profundizar en el y en su aplicación práctica, también se explicaron las disposiciones civiles, conceptos doctrinarios y fallos de los jueces, en materia de reparación de daños, útiles para el completo desarrollo del tema y la obtención de la verdad acerca de esta problemática. Es fundamental el poder entregar un proyecto que sea de beneficio para la sociedad y que de alguna

manera ayude a humanizar la ley un poco más, dándole el sentido estricto y constitucional que requiere.

Para las investigadoras resultó interesante este tema por que como ya se dijo es de gran importancia en la época actual, y porque se considera que con la investigación de este fenómeno se contribuye con el mejor funcionamiento de nuestra justicia, además se tuvo en cuenta que es factible realizarla por la cantidad de información acerca del tema y las facilidades que se tienen para realizar el trabajo de campo en la entidad prestadora de salud EPS Cecam.

4. MARCO TEÓRICO

4.1 ANTECEDENTES

A través de la historia, sin importar de qué parte del mundo se esté hablando, siempre los médicos han tenido que responder por sus actuaciones ante su pueblo o tribu, dependiendo de sus creencias, formas de vida y religiones.

La responsabilidad civil, en su aspecto general, nace como sucedáneo de la venganza privada, no existía el concepto indemnización sino el concepto de venganza, quien sufría el daño tomaba venganza sin limitación, luego vino la ley del Tali3n, imponiendo l3mites y proporcionalidad ante el da3o y la venganza.

La venganza evoluciona con la indemnizaci3n o pago por parte del que caus3 el da3o, pero no era obligaci3n ofrecerla ni aceptarla, luego si fue obligatorio ofrecer la suma de dinero como indemnizaci3n, si la v3ctima aceptaba estaba renunciando a la ley del Tali3n y cuando reexcluye la venganza nace el concepto de responsabilidad.

Los indios Tainos originarios de Quisqueya hoy conocida como Rep3blica Dominicana, entregaban el arte de curar al "Behique", m3dico brujo, shaman caracterizado por ser el miembro m3s sabio de la tribu, encargado de curar a los

enfermos, y que había recibido el conocimiento ancestral de todas las plantas y sustancias medicinales, y métodos de sanación¹, el debía responder al pueblo por sus actuaciones, poniendo en peligro hasta su propia vida cuando realizaba lo que la gente consideraba como mala praxis, debido a que si “el Behique dejaba morir al enfermo, debía ser apedreado hasta morir por los familiares del fallecido”.²

El Doctor Luis Alberto Kvittko, secretario general de la World Association of Legal Medicine y secretario general permanente de la Asociación Latinoamericana de Medicina Legal y Deontología Médica e Iberoamericana de ciencias Forenses, en su artículo “antecedentes históricos por los procesos por Responsabilidad Profesional médica y la mala praxis en el ejercicio de la medicina legal”, relata que el Código Penal Chino, se refirió a la responsabilidad médica diciendo : “El médico únicamente debía responder cuando no aplicaba su conocimiento, su criterio y las reglas de su arte, es decir, cuando no había observado el principio general de prudencia y diligencia, que es el relativo a la existencia o no de responsabilidad de medio. Determinaba también que se debía nombrar peritos médicos para que consideraran el caso y dieran su asesoramiento a los jueces. También diferenciaron entre las lesiones que se podían provocar en el cuerpo, la salud y los casos de muerte.

¹ MIRANDA SUAREZ, Francisco. Seguro de Responsabilidad Civil por Mal Praxis Médica. Revista Chilena de Derecho de Seguros, AIDA, Año 2 número 4 Santiago de Chile de 2000, p. 20.

² Ibid.

Tal vez este sea el compendio normativo más parecido al que tenemos hoy en día a la hora de determinar la responsabilidad y castigar al médico por su mala praxis. Ciertos antecedentes de la responsabilidad civil médica, se encuentran en el Derecho Romano, que según la autora María Isabel Núñez Paz, “entre los pueblos de la antigüedad quizá sea el romano el que más valora la salud”.³

En el derecho romano también se reflejó el pensamiento de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de resultado, pero un poco más depurada, pues los romanos atribuían la responsabilidad al médico cuando habiendo procedido bien, los resultados no fueran los esperados.

En el caso del Fuero Juzgo las cosas fueron distintas, pues aquí la ley revestía a la familia del afectado, con el derecho de hacer con el médico lo que ellos quisieran, era una forma de hacer justicia. Algunos piensan que esta sanción sólo era aplicada cuando el médico abandonaba al enfermo, pero no hay mucha claridad al respecto. Lo que si se puede establecer es que el médico era responsable por la mala ejecución de su oficio y que la pena o sanción en ocasiones quedaba en manos de los familiares del afectado.

Desde la época de la República (años 509-530 A.C.) en el derecho Romano se tienen referencias de la actividad médica. Con la Ley Aquilia de Damno que data

³ NUÑEZ PAZ, María Isabel. La responsabilidad de los médicos en el derecho romano, Gijón: Gráficas Apel, 1996, p. 14.

del año 286 A.C. que se basaba en criterios de responsabilidad objetiva pretendía determinar quién debía soportar las consecuencias del resultado dañoso.

La Lex Aquilia que hace referencia a los daños causados por el médico a un esclavo en cuanto objeto del patrimonio de un hombre libre. Este no es único caso de responsabilidad civil médica, es sólo un punto de partida, como lo pauta el Digesto en el título 1:

“Scuti medico imputari eventos mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet”.⁴

“Al médico que se le imputa el resultado dañoso cuando actúa impérite. Se considera reprobable la conducta de aquel que con el pretexto de la fragilidad natural pone en peligro la vida de los hombres. La aparición del término delictum en el texto puede servir para recordar que la responsabilidad extracontratual tiene su origen precisamente en el marco de determinadas conductas delictivas”.⁵

El código del Rey Hammurabi dedica por lo menos nueve de sus artículos a las faltas y castigos para los médicos, pero esta compilación va más allá de consagrar la responsabilidad médica, pues diferencia la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, atribuyéndole a la primera una sanción económica y a la

⁵ NUÑEZ, Op. Cit. P. 89.

segunda, una pena más gravosa, que podía llegar hasta la mutilación de las manos del médico si éste era cirujano.

Un ejemplo de lo anterior es, “Si un médico abre a alguien una gran herida con un cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con un cuchillo de bronce y lo deja sin ojo, se le deberán cortar las manos”.⁶

Otro de los aportes del Código de Hamurabi de 2392 A. de C. es la consagración del contrato o pacto entre el médico y el paciente, donde se establecía que el primero realizaría su labor a cambio de unos beneficios económicos que podían ser pagados en dinero o en especie por el paciente o por sus familiares.

Alejandro Magno, creó bajo su gobierno una especie de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación de medios para el médico, debido a que éste sólo era responsable cuando abandonaba libre y voluntariamente a un enfermo, caso en el cual su castigo era la crucifixión.

Primer Juicio por responsabilidad médica en América. Como resultado de una investigación histórica. El Doctor Luis Alberto Kvitko descubre el primer caso de responsabilidad médica en América, que acaeció en la ciudad de Córdoba, Argentina, el 26 y 27 de julio de 1598. Cuando un comerciante español, llamado Valenzuela, se presenta ante el capitán y gobernador de Córdoba denunciando

⁶ Formación de Responsabilidad Profesional. Tomado de la página de Internet : <http://www.aeds.org/responsa1.htm>

que un licenciado, Téllez de Rojo, le había tratado nueve de sus esclavos por estar enfermos, de los cuales habían fallecido cinco. Téllez de Rojo exigió la indemnización por la muerte de cada esclavo debido a la mala praxis del médico pues todos fallecieron, porque en lugar de darles calor, como necesitaba su patología por tener un dolor y una puntada de costado, les había dado frío y prescribió que les hicieran dos sangrías por día cuando no les tenía que hacer ni una por año.

A continuación se estudiará el tema de la Responsabilidad civil, de una manera general debido a que no es el principal objetivo de este trabajo, el propósito de este capítulo es ubicar al lector dentro del marco de la Responsabilidad Civil, para luego, abordar el tema de la responsabilidad civil profesional y su correspondiente contexto dentro del ámbito de la profesión del médico en sí.

4.1.1 Concepto de Responsabilidad Civil. La responsabilidad civil según el Diccionario de la Lengua Española, es “la obligación de reparar y satisfacer un daño”.

El término responsabilidad implica una relación entre personas, una que causa un daño y otra que lo sufre. El daño puede ser patrimonial, por ejemplo, en los bienes del individuo, o en su persona, libertad, honor, afectos, creencias, donde se estaría frente al daño extra patrimonial.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede decir que la responsabilidad se divide en responsabilidad moral, responsabilidad civil y responsabilidad jurídica.

4.1.2 Responsabilidad moral. Responde a tendencias religiosas o espirituales, donde Dios y la conciencia son patrones determinantes, este tipo de responsabilidad es una noción puramente subjetiva, es una responsabilidad inferior. Para determinar la existencia de responsabilidad moral hay que analizar el estado anímico de la persona, tal como lo expresan los autores Henri y León Mazeaud en su libro Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.

El problema de la responsabilidad moral es el pecado, se es responsable moralmente cuando ante Dios, si es creyente y ante la propia conciencia, tan sólo, si es ateo, se debe responder por un acto o una abstención. “Ahora bien, Dios y la conciencia nada reprochan al que ha obrado de buena fe y con suficiente atención; éste no es responsable moralmente”.⁷

4.1.3 Responsabilidad Jurídica. Es la obligación que tiene una persona de reparar un daño que le ha causado a otro. La responsabilidad en términos jurídicos trasciende al campo externo de la persona, en donde la conciencia pierde importancia y se responde por hechos, actos o conductas que atentan contra el orden social o que causan peligro.

⁷ MAZEAUD, Henri y León. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 4.

La responsabilidad jurídica a su vez se divide en:

Responsabilidad Penal: Es la obligación de asumir las consecuencias jurídicas que resultan de la violación de bienes jurídicamente tutelados por la ley penal. La misma ley penal determina las conductas generadoras de responsabilidad penal y sus respectivas sanciones.

Según el Diccionario Básico de Términos Jurídicos Legis, la Responsabilidad Penal “es el sometimiento del autor o partícipe de un hecho punible a las consecuencias jurídicas de la infracción de la ley penal. Se es penalmente responsable cuando por acción u omisión se ha realizado una conducta delictiva o contravencional”.⁸

4.1.4 Responsabilidad Civil. “Es la obligación de reparar el daño causado a una persona, sea por culpa, sea, en ciertos casos determinados por la ley, por el riesgo resultante de la actividad del responsable”.⁹ La responsabilidad civil supone la existencia de un daño que una persona causa a otra, en donde la víctima podrá únicamente pedir la reparación de ese daño en particular, está consagrado en el Artículo 2341 del Código Civil Colombiano, el cual define la responsabilidad civil extracontractual como: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o delito cometido”.¹⁰

⁸ MADRID-MELO G. Mario. Diccionario básico de Términos Jurídicos. Bogotá, Editorial Legis, 1994, p. 45 a 47

⁹ CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1961, p. 489.

¹⁰ CONGRESO DE LA REPUBLICA, Código Civil Colombiano, Art. 2341.p.4

5. METODO DE INVESTIGACION

La investigación que se presenta es de carácter socio-jurídico, fue realizada mediante el empleo del Método inductivo, por cuanto se partió de lo general que son los conceptos básicos de responsabilidad civil medica y contrato de responsabilidad, para llegar a lo particular, el problema del incumplimiento de dicho contrato por la prestación defectuosa del servicio.

Para esta investigación se utilizaron las siguientes fuentes de información:

Entrevistas dirigidas a usuarios del sistema de salud,

Encuestas igualmente dirigidas a usuarios del sistema de salud,

Documentos obtenidos en la entidad prestadora de salud EPS Cecam zona norte del distrito de Barranquilla, entre otras fuentes objeto de la observación participante de las investigadoras.

6. ANÁLISIS Y RESULTADOS: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

6.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

6.1.1 Noción. Antes de entrar a definir concretamente qué es la responsabilidad civil profesional, es conveniente precisar qué es un profesional.

Profesional: según los hermanos Mazeaud, profesional “es aquella persona que frente a la sociedad realiza una actividad habitual y presta y ofrece sus servicios. El profesional, es una persona dotada de conocimientos, pericias o saberes que, por lo habitual, están respaldados por la ostentación de un título acreditativo de la idoneidad para el desempeño de su función”.¹¹

Como lo expresa el autor Gilberto Martínez Rave, en su libro “La responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia” el Acto profesional, “es la conducta profesional que genera el resultado dañoso, es el hecho generador de responsabilidad; ya sea contractual o extracontractualmente”.¹²

El hecho generador de responsabilidad en la actividad médica es conocido como Acto Médico, que puede darse por acción o por omisión. El acto médico

¹¹ MARTINEZ CALCERRADA, Luis. La responsabilidad civil profesional. Editorial Colex, Madrid, España 2000, p. 21.

¹² GUZMÁN MORA, Fernando. El acto médico: consideraciones esenciales. Tomado de la página de Internet: <http://www.medspain.com/ant/n10.mar/00/Actomed.htm>

comprende todas aquellas actividades que profesionalmente deben cumplirse en relación con la atención que debe brindarse al paciente.

La Corte Suprema de Justicia en 1985 señaló: "... cuando de responsabilidad civil se trate por ejercicio profesional de médico, ella puede ser contractual cuando se origina en el cumplimiento de un contrato, o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro sin que exista vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufra, debiéndose en ambas situaciones responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana".¹³

La Ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica, establece en su artículo quinto "que la relación médico paciente se cumple por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico en caso de emergencia, por solicitud de tercera persona o por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública".¹⁴

El acto médico tiene tres momentos diferentes, y son:

¹³ YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké, 4ª edición 1996, Medellín Colombia p. 52.

¹⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 23 de 1981, Art 5. p.6

El diagnóstico: “Es la actividad encaminada a conocer, descubrir las causas que originan el malestar, la enfermedad o la necesidad de servicios profesionales del paciente”.¹⁵

En otras palabras, el diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio, del paciente.

Los errores, imprudencias, la impericia y la negligencia generalmente se presentan en esta etapa, y una falla en el diagnóstico puede ser la causa de un fracaso en toda la actividad profesional con ese paciente; por eso es necesario que el médico sea lo más diligente posible en el diagnóstico y practique previamente todos los exámenes y pruebas necesarias para determinar el mejor tratamiento o para recurrir a otros profesionales especializados si las circunstancias exigen mayores conocimientos.

El tratamiento: “Conocida la enfermedad o el trastorno que motiva el acercamiento del paciente al médico, es necesario acertar en el tratamiento que se le va a dar al paciente. Se necesita precisar cuáles son las actuaciones, procedimientos o mecanismos que se van a utilizar para encontrar la curación y recuperación del paciente o para proteger su salud”.¹⁶

¹⁵ Ibid.p.8

¹⁶ MARTÍNEZ RAVE, Op. Cit, p. 492.

Tras haber practicado una primer asistencia médica en la que se adopten ciertas medidas o realicen diversos exámenes se puede hacer necesario definir el tratamiento adecuado a cada caso particular.

El pos tratamiento: “Es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

Es aquella etapa posterior a la cirugía o a la terapia, que exige el control, cuidado, seguimiento, vigilancia a lo que se vaya dando después.”¹⁷

La negligencia, el error o el descuido en cualquiera de las tres etapas del acto médico, pueden generar responsabilidad civil, es decir, puede originar para el profesional médico la obligación de indemnizar todos los daños o perjuicios que se ocasionen.

Otra fuente de Responsabilidad Civil Médica es la Falta de Información a los pacientes sobre los procedimientos médicos que se les va a llevar a cabo de ahí nace el concepto de consentimiento informado, el cual “se establece rotundamente como derivada de la dignidad de la persona, en el Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo, suscrito el 4 de abril de 1997, que establece:

¹⁷ GUZMÁN MORA, Op. Cit, página de Internet: <http://www.medspain.com/ant/n10.mar/Actomed.htm>

“Una intervención en el ámbito de la Sanidad sólo puede efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento, la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.”¹⁸

Para evitar que se presenten responsabilidades civiles por falta de información los españoles crearon una “norma que estableciese pautas claras de unificación de los elementos, cantidades y formas de la información y, por lo que aquí importa y resumidamente, destaca:

- De qué debemos informar:

- Un formulario escrito de consentimiento informado debe respetar, al menos, los siguientes criterios de información:
 - Naturaleza de la intervención: en qué consiste, que se va a hacer.
 - Objetivos de la intervención: para qué se hace
 - Beneficios de la intervención: qué mejoría espera obtenerse.
 - Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no hacer la intervención.

¹⁸ SERRATO MARTINEZ LUIS, Formación en Responsabilidad Profesional. Tomado de la página de Internet: <http://www.aeds.org/respprofesi1.htm>.

- Alternativas posibles a la intervención propuesta.
- Explicación breve del motivo que lleva al médico a elegir una y no otras.
- Posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando lo desee.

Cuánta información hay que dar: más específicamente, en relación a la información sobre riesgos en los formularios escritos de consentimiento informado, debe ser la siguiente:

Consecuencias de la intervención.

Riesgos típicos de la intervención: aquellos cuya producción deba normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia.

Riesgos personalizados: Aquellos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto, así como de las circunstancias personales o profesionales relevantes.

Contraindicaciones.

Disponibilidad explícita a ampliar toda la información si el sujeto lo desea.

Cuándo debe utilizarse la información escrita: Sería conveniente especificar algunos criterios que indiquen cuándo una intervención es susceptible de tener formulario escrito de consentimiento informado. Podrían ser los tres siguientes,

vinculados todos ellos a las peculiaridades del procedimiento diagnóstico o terapéutico en cuestión.

Aquellos procedimientos que sean invasores requieren el uso de formularios de consentimiento informado. El problema es definir qué se entiende por procedimiento “invasor”.

Aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que supongan riesgos e inconvenientes, notorios y previsibles, no inherentes a la actuación clínica (perse), que repercutan de manera importante en las actividades de la vida cotidiana.

Cuanto más dudosa sea la efectividad de un procedimiento diagnóstico o terapéutico más necesario es desarrollar cuidadosos procesos de información y consentimiento y, por tanto, más necesario el uso del soporte escrito.

El destinatario de la información, es el propio paciente o usuario o la persona legitimada para recibirla. Se presumirán legitimados a estos efectos sus familiares más próximos y los acompañantes en el momento de la admisión en el hospital, si así lo autorizó el paciente. En el caso de menores o incapaces se recurrirá a la figura del representante o pariente más próximo y, cuando así lo exijan las leyes para determinados supuestos especiales, se informaría si es preciso, al propio juez (por ejemplo en los supuestos de internamiento psiquiátrico involuntario).

Excepciones o límites a la información, hay que reconocer determinados límites al deber de información que pueden sistematizarse de la siguiente manera:

Las Situaciones de urgencia, al tenor de lo expuesto en el Artículo 10.6 c de la LGS y el artículo 8 del Convenio Sobre Derechos Humanos y Biomedicina, entendemos que el deber de informar, así como la exigencia no permite demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”, es decir, cuando el paciente no está en condiciones de recibir la información y/o de prestar su consentimiento ni es posible acudir a sus familiares. Esto rige estrictamente por el período de tiempo en que concurra tal situación, de modo que, tan pronto como se haya superado, debe informarse inmediatamente al paciente, según se ha dicho con anterioridad.

De otro lado, el pronóstico fatal, el pronóstico, tal como ha señalado la doctrina, lejos de excluir el deber de informar constituye una manifestación importante de este deber y en principio, es un derecho que corresponde a todo enfermo que quiera conocer su verdadero estado de salud. Otra cosa distinta es que este supuesto concurra con una renuncia del destinatario, expresa o tácita.

La Información claramente perjudicial para la salud del paciente, en este supuesto es ineludible, la valoración de los valores en conflicto, para lo cual parece recomendable el asesoramiento del Comité Asistencial de Ética. Este

requerimiento es especialmente conveniente cuando la situación descrita concurre con el deseo expresado por el paciente de conocer su verdadero estado de salud.

Así mismo, la renuncia del destinatario; se puede decir, que la renuncia a ser informado expresa o tácitamente, mediante hechos concluyentes, ha sido tradicionalmente admitida por la doctrina como un supuesto de excepción o límite efectivo al deber de información.

Recogiendo este criterio, el artículo 10.2 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina consagra tal excepción o límite al decir que “deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada”, debiendo quedar este extremo debidamente documentado.

Con relación a la responsabilidad de informar, y conforme a la legislación colombiana actual, la responsabilidad civil del profesional se compromete cuando este incumple con un deber jurídico a su cargo que trae como consecuencia un daño; es importante, determinar frente a cada actividad los deberes jurídicos a cargo del profesional, para así establecer los daños y el alcance de la responsabilidad que conlleva al incumplimiento de los mismos.

La responsabilidad civil profesional puede ser contractual o extracontractual. Será contractual, si las consecuencias del hecho se suscitan por el incumplimiento o el cumplimiento tardío o inoportuno de un contrato de prestación de servicios. El

profesional al celebrar un contrato de prestación de servicios, se compromete con el cliente a cumplir las obligaciones derivadas del mismo, ya sean las que expresamente se pactaron o las que son de la naturaleza del contrato y se entienden incorporadas así no se indiquen expresamente, como también lleva implícitas las obligaciones esenciales de cada actividad profesional.

Por regla general las obligaciones contractuales que adquieren los profesionales son obligaciones de medio, es decir, que no exigen la obtención un resultado exitoso de las gestiones o actividades profesionales. Los profesionales se comprometen a poner todos sus conocimientos, habilidades y experiencias, pero no se comprometen a obtener un resultado con las gestiones. El acto médico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige. La diferencia existente entre la obligación de medios y obligaciones de resultados constituye el criterio que se usa para determinar cuál es el alcance de la obligación a cargo del deudor. En consecuencia, permite determinar cuándo hay incumplimiento.

El incumplimiento constituye el hecho o acto culpable que debe acreditarse al igual que el daño y nexos causal para que se genere Responsabilidad Civil. En las obligaciones de resultado, habría incumplimiento cuando no se obtenga resultado, esto hace presumir la responsabilidad de quien adquirió el compromiso y por tanto el perjudicado se libraría de la carga procesal de demostrar la culpa del causante

del daño. En este caso el deudor debe responder por la indemnización; en el caso de las obligaciones de medio si no se obtiene el resultado esperado no habría incumplimiento no teniendo el deudor el deber responder en todos los casos por la indemnización, debido a que éste se puede exonerar de ella demostrando diligencia y cuidado.

El médico se compromete a emplear todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo. La responsabilidad civil profesional será extracontractual, cuando por cualquier evento, no existe un acuerdo de voluntades con el cliente o con sus parientes para la prestación del servicio.

6.2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO

Como se ha expuesto anteriormente en la noción de responsabilidad civil profesional, ésta podrá ser contractual o extracontractual, por lo tanto esta clasificación le es aplicable a la actividad médica.

La responsabilidad contractual del médico es la que se deriva del incumplimiento de un contrato por parte del médico, que vincula al paciente y presupone, por tanto, que aquel acudió al médico como cliente particular o bien como miembro de una organización de naturaleza pública o privada”.¹⁹

Es un contrato intuitae personae, es decir, es un acto de confianza, donde el paciente escoge al médico, en donde las partes están claramente identificadas.

Es un contrato rescindible, donde cualquiera de las partes puede terminar el contrato. Pero con la limitación de que el médico no podrá hacerlo, cuando ello suponga un abandono que haga peligrar la vida del paciente.

Es un contrato consensual, es decir, que para su perfeccionamiento se requiere sólo el consentimiento de las partes.

Es un contrato de tracto sucesivo. En donde el cumplimiento del contrato está diferido a través del tiempo de su vigencia.

Es un contrato bilateral porque las dos partes del contrato se obligan recíprocamente.

¹⁹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Op. Cit., p. 294.

La responsabilidad extracontractual del médico: Tiene lugar cuando entre el médico y el paciente no ha mediado ningún acuerdo de voluntades previo, así cuando, según las circunstancias no se trata de asistencia médica con base a un contrato ni cuestionamiento, las consecuencias perjudiciales de esa asistencia ha de regularse por la responsabilidad civil extracontractual.

Se considera que la regla general es la responsabilidad civil contractual de los médicos y que la extracontractual se da excepcionalmente.

Según la doctrina existen algunos eventos de responsabilidad civil extracontractual y a manera de hipótesis plantea varias situaciones:

- Cuando el médico atiende en casos de urgencia.
- Cuando el paciente está inconsciente y no media voluntad.
- En el caso de un potencial suicida que se rehúsa a recibir atención médica.
- Cuando el paciente es llevado por un tercero con el cual no tiene ninguna relación.

6.3 OTRAS CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDE INCURRIR EL MÉDICO

Responsabilidad Penal. Se genera esta responsabilidad personal del profesional médico que ocasiona el daño cuando su acción u omisión lesiva está tipificada en el Código Penal como constitutiva de un delito o de una falta.

Por tanto para que una actuación médica genere responsabilidad penal es imprescindible que tal conducta esté tipificada como tal en el Código Penal y que en el mismo se describa como delito o falta.

El Código Penal Colombiano consagra “una serie de comportamientos denominados delitos que, en caso de ser cometidos por algún individuo, lo hacen merecedor de penas, generalmente privativas de la libertad”.

Las normas penales son igualmente aplicables a cualquier profesional de la salud cuando su conducta se adecua a uno de los tipos descritos en la ley, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “la profesión médica cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva y culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la ley penal o quede circunscrita a la responsabilidad civil. En consecuencia el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que cuando por negligencia, descuido u omisión cause perjuicios en la salud de aquellos, incurrirá en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.²⁰

La responsabilidad penal es una responsabilidad personal y ello implica que la sanción (condena) penal prevista solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito o la falta. No obstante si de la comisión del delito se generan daños en las personas o bienes responde de la indemnización de dichos daños (aparte de la penal) directamente el responsable penalmente y otros en virtud a distintas relaciones.

²⁰ Gómez CA. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Primera Parte. Giro Editores Ltda. Bogotá, 2005: 25

Dentro de los delitos en que puede incurrir un médico se encuentra el homicidio, no tanto en su modalidad de intencional, como si en su hipótesis culposa, la cual puede surgir cuando el paciente muere durante un acto médico debido a imprudencia, negligencia, impericia o violación de reglamentos.

Cabe anotar también que cuando el médico mata a su paciente, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, lo induce eficazmente al suicidio o le presta una ayuda efectiva para su realización, está incurriendo en delito.

Otro delito aplicable sería el de las lesiones personales que son de diferentes clases, a saber: deformidad, perturbación funcional, síquica, y pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.

Por otra parte, el aborto es un delito previsto por la ley penal tanto para la mujer como para la persona que se lo cause, además de que pueden producir otro tipo de lesiones.

Sería también posible eventualmente el delito de falsedad en documentos, en los casos en que el médico e incluso el paciente, borren, cambien, destruyan u oculten una determinada historia clínica.

Se debe mencionar finalmente que el derecho debe desarrollarse acorde con los nuevos descubrimientos y procedimientos médicos, regulándolos de acuerdo a los intereses jurídicos, por lo que debe auxiliarse de aquellos que tienen especiales conocimientos para poder hacer una legislación acorde con la ciencia y la práctica”.²¹

Responsabilidad Administrativa o Falta del servicio. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto los pacientes usuarios de la sanidad pública que sean dañados por actos médicos se entienden que son dañados por actos de la administración y por ello esta debe indemnizarlos, siempre y cuando el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con una persona o grupo de personas y no tenga el particular el deber jurídico de soportar el daño. Por ejemplo el sometimiento voluntario a un tratamiento experimental de efectos desconocidos.

La responsabilidad patrimonial de la Administración engloba pues a los actos de los profesionales médicos sanitarios que trabajan a su servicio y la indemnización

²¹ REYES RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Diké, 4ª edición, 1996, p. 32 y 33.

de los daños. Esto es lo que se llama en Colombia responsabilidad del Estado por falla del servicio.

Responsabilidad ético-disciplinaria. Lex Artis La Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario del mismo año regulan el tema de ética médica en Colombia, pues la ética “pasó de ser una responsabilidad moral a una jurídica, al ser la conducta examinada por un Tribunal del Estado mediante un procedimiento legal y con sanciones que producen efectos externos.”²²

“La responsabilidad ético-disciplinaria se aplica exclusivamente a quienes tienen título de médico, no pudiendo por tanto imputarse a estudiantes de medicina, enfermeras o personas jurídicas como clínicas o sociedades.

Es una responsabilidad personal e intransferible ya que sólo puede juzgarse al galeno por sus propios actos y no puede extenderse a sus herederos. No es susceptible de desistimiento, transacción ni conciliación por el carácter de inajenable e indisponible que tienen sus contenidos éticos.

El juzgador es el Tribunal de Ética médica, la sanción es de carácter disciplinario y surge de la violación de alguna de las normas de la Ley 23 de 1981 o de su reglamentación, sin consideración a los antecedentes o a la personalidad del infractor, ya que se trata de un derecho de acto y no de autor.

²² MOLINA ARRUBLA, C.M. Actividad Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1998, p. 203

6.4 REGULACIÓN LEGAL

La profesión de la medicina, es tal vez la actividad que más se contempla en las distintas leyes y códigos del país, pero de forma dispersa y poco coherente con la realidad actual. El desarrollo legislativo de la medicina comienza en la colonia con la expedición del primer Protomédico de Juan José Cortes en 1635, que tenía como fin crear acciones para refrenar el abuso de médicos y evitar la presencia de intrusos en esta profesión.

En 1801 se crea la Policía Médica, la cual tenía como objetivos el reconocimiento de los médicos a través de la certificación del título, la realización de exámenes a los médicos extranjeros con títulos dudosos, las visitas anuales a las boticas, el reconocimiento de los hospitales y las diligencias médico legales.

En la época de la República aparecen nuevas leyes que regulan la actividad médica. En 1841 se dicta la ley que reglamenta el ejercicio de la profesión de la medicina y que consagró una lista de los médicos autorizados para ejercer, y en 1844 la Ley de los deberes de los miembros de la escuela de Medicina, por otro lado en 1846 aparece una Ley que fija los honorarios que pueden cobrar los médicos autorizados para ejercer esta profesión, es decir los que aparecen en la lista de la Ley de 1841, además establece unos casos especiales e n los cuales se pueden fijar unos valores diferentes a los honorarios.

En 1929 aparece la Ley 35 de este año que reglamenta la profesión de la medicina y establece quienes pueden ejercerla.

La Ley 67 de 1935 consagra la responsabilidad penal y civil de los médicos en el ejercicio de su profesión cuando ocurría algún perjuicio al paciente por su culpa, pero esta Ley no tuvo la importancia que se quería pues el Doctor Alfonso Cardona explicó en 1942 que la Ley 67 era inoperante, ya que se necesitaba un código positivo que estableciera con claridad cuando incurría el médico en culpa y cuando no, es decir cuando era responsable.

En 1957 aparece en Colombia un decreto ley que sin mucha variedad respecto al resto del compendio legislativo pretendió establecer las clases de indemnizaciones que tenían que pagar los médicos cuando éstos eran hallados responsables.

Existen otras leyes y decretos que también “han tratado la reglamentación de la práctica médica como la Ley 25 de 1935, y el decreto 281 de 1954, la Ley 14 de 1962, y la Ley 23 de 1981 pero se encuentran desactualizados con relación a las abundantes normas expedidas por diferentes gobiernos con objetivos políticos y de cobertura como la Ley 10 de 1990, la Ley 60 de 1992 y la Ley 100 de 1993 y la nueva Ley 1122 de 2007, descuidándose en gran parte la labor importantísima que desarrollan los profesionales de la salud y entre ellos los médicos”.²³

²³ PROYECTO DE LEY NUMERO 144 DE 1998. Senado, Virgilio Galvis Ramírez, Gaceta Número 303, 27 de noviembre de 1998, p. 5.

Es por esto que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad.

De la constitución, se derivan leyes especiales o generales, normas y proyectos que aún cuando no sean leyes, son documentos que tienen como fin regular el ejercicio médico y establecer sus funciones y campo de operación, para así poder determinar su responsabilidad a la hora de ejercer su oficio.

Con el advenimiento de los preceptos de la Ley 1122 de 2007 se presentaron muchos cambios en materia de prestación de servicios médicos, al igual que en el tema de la responsabilidad médica, es por eso que hay que ver con mayor énfasis el punto de “la responsabilidad médica individual y un equipo, así como la de los establecimientos de salud y por ende de la responsabilidad del Estado, que al producirse un cambio en la relación médico-paciente y en la intermediación de las entidades de salud en la prestación de los servicios médicos y de asistencia social, se ve fuertemente involucrada”.²⁴

La Ley ha recibido críticas, como su poca profundidad a la hora de referirse a la relación médico-paciente, porque esta relación “debe basarse en la libre escogencia que el paciente hace de su médico, cosa que resulta casi imposible

²⁴ CASTAÑEDA, F. Juan Ramón. Universidad de Los Andes Facultad de Ciencias Sociales, Centro de Estudios Socio-culturales e Internacionales, El paradigma de la responsabilidad Civil médica, Conceptualizaciones. Bogotá, 2004, Pag 82 a la 86

puesto que el enfermo tiene que aceptar la imposición de la entidad correspondiente. De manera, que el especialista escogido no se ha elegido en razón del prestigio, idoneidad y modelo de trabajo, sino que se viene interfiriendo el derecho de escogencia de un acto libre, por una imposición que muchas veces no satisface a unos ni a otros”.²⁵

Existe en Colombia un gran número de propuestas que se han convertido en ley de la República como otras que no llegaron a serlo, pero que de todas formas hacen parte del desarrollo legislativo de nuestro parlamento en los últimos años. A continuación se hará un breve recorrido por las leyes y proyectos archivados relacionados con el campo del ejercicio de la medicina en Colombia desde la nueva Constitución Política de 1991 hasta la fecha.

6.4.1 Leyes Expedidas. Reglamentación de las especialidades de la profesión en medicina.

Ley 6 de enero 16 de 1991.

Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones.

Proyecto: 95 de 1987

Origen: Cámara

²⁵ REY FORERO, Eduardo. Responsabilidad en la Psiquiatría. Revista Derecho & Medicina, Volumen 4 No. 35, Julio 2001, Bogotá Colombia p. 36.

En esta ley se establece la anestesiología como una especialidad de la medicina, y por el riesgo potencial al que están expuestos se considera de alto riesgo y con un tratamiento laboral especial.

Sólo podrán practicarla quienes de acuerdo con esta ley cumplan con los requisitos exigidos para su práctica en Colombia.

Se creó por medio de esta ley el Comité Nacional del Ejercicio de la Anestesiología, el cual tiene como una de sus funciones vigilar y controlar el ejercicio de estos especialistas.

Con el Proyecto de Ley 104 de 1997 propuesto por la entonces ministra de salud de la Doctora María Teresa Forero, se buscó modificar parcialmente la Ley en mención, por medio de la inclusión de otras disposiciones para su ejercicio y la responsabilidad de éstos en su práctica.

Ley 657 de junio 7 de 2001

Por la cual se reglamenta la especialidad médica de la radiología e imágenes diagnósticas y se dictan otras disposiciones

Proyecto: 82 de 1999

Origen: Cámara

Con el proyecto de Ley 115 de 1998 comienza la idea de reglamentar la especialidad de radiología, propuesto por el honorable Senador Mario Uribe Escobar, pero este fue archivado durante las sesiones de la cámara de representantes. Posteriormente esta iniciativa fue retomada, tramitada y aprobada como Ley de la República.

La Ley 657 establece el objeto y la competencia de esos especialistas, sus derechos y deberes, al igual que el órgano que los regula.

En su artículo 17 consagra la responsabilidad profesional del radiólogo de la siguiente forma: “En materia de responsabilidad profesional, los médicos a los que hace referencia la presente ley, estarán sometidos a los principios generales de la responsabilidad a los profesionales de la salud”.

Reglamentación de profesiones afines a la medicina.

Ley 36 de enero 6 de 1993

Por la cual se reglamenta la profesión de bacteriólogo y se dictan otras disposiciones.

Proyecto: 067 de 1992

Origen: Senado

La bacteriología a pesar de no ser una especialización de la medicina guarda gran relación con ella por dedicarse ambas al área de la salud.

La ley fue presentada al Congreso por el honorable senador Gustavo Dajer, con el fin de establecer los requisitos necesarios para poder desarrollar esta profesión en el país y se constituyó el Colegio Nacional de Bacteriología, el cual estará encargado entre otras cosas de regular el buen ejercicio de estos profesionales.

Ley 266 de enero 25 de 1996

Por la cual se reglamenta la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones

Proyecto: 48 de 1995

Origen: Senado

En el artículo primero se establece que “la presente ley reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería, define la naturaleza y el propósito de la profesión, determina el ámbito del ejercicio profesional, desarrolla los principios que la rigen, determina sus entes rectores de dirección, organización, acreditación y control del ejercicio profesional y las obligaciones y derechos que se derivan de su aplicación”.

Esta ley fue propuesta por la honorable senadora María del Socorro Bustamante, y fue analizada por la cámara de Representantes mediante el Proyecto de Ley 222 de 1995.

Ley 372 de Mayo 28 de 1997

Por la cual se reglamenta la profesión de Optometría en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Proyecto: 127 de 1996

Origen: Senado

Propuesta por la entonces ministra de salud, Doctora María Teresa Forero de Saade, buscó la regulación de la profesión de optometría y el sujetamiento de estos especialistas a la ley.

Estableció la creación del Consejo Técnico Nacional Profesional de la Optometría, con el objeto de regular el servicio prestado por estas personas.

Lo más importante de esta ley es que estableció detalladamente los campos de acción de esta profesión y por lo tanto facilita el trabajo a la hora de determinar las responsabilidades de éstos en la ejecución de sus funciones.

Ley 376 de julio 4 de 1997

Por la cual se reglamenta la profesión de Fonoaudiología y se dictan normas para su ejercicio en Colombia.

Proyecto: 98 de 1996

Origen: Cámara

La primera vez que se trató de establecer los lineamientos básicos que deben cumplir los profesionales de esta rama de la salud fue 1992 por medio del

Proyecto de Ley 107, propuesto por el honorable representante José Fernando Castro, pero este fue archivado.

Allí se definían los parámetros para establecer quiénes son fonoaudiólogos, y el ámbito de aplicación de esta carrera y se creó la Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia de Lenguaje, con el objeto de regular la profesión y su ejercicio.

Ley 528 de septiembre 14 de 1999

Por la cual se reglamenta la profesión de fisioterapeuta y se dictan normas para su ejercicio en Colombia.

Proyecto: 184 de 1998

Origen: Senado

Propuesta por el Honorable Senador Hernando Pinedo Vidal.

La ley en mención trata sobre los requisitos necesarios para ejercer la profesión de fisioterapia en Colombia.

Por otro lado establece la competencia de estos profesionales y sus responsabilidades a la hora de la ejecución de su trabajo.

6.4.2 Proyectos de Ley Archivados. Fueron muchas las iniciativas de los honorables congresistas que resultaron archivadas durante estos últimos años, pues a partir de la nueva Constitución Política creció el ímpetu por desarrollar campos como el de la medicina, tan necesarios en la vida moderna, para no dejar

desamparadas a las personas que requerían los servicios de estos profesionales y que resultaban perjudicados por estos en el ejercicio de su labor.

Con el proyecto de Ley 2091 de 1992 propuesto por el Senador Gustavo Rodríguez Vargas comienza una larga cadena de iniciativas que tenían como fin la reglamentación de las especialidades de los médicos en Colombia. En 1994 con el proyecto 102, el mismo senador se encargaría de volverlo a presentar a su comisión pero una vez más fue rechazado y archivado en plenaria por no creerse necesario. El Senador Luis Guillermo Vélez Trujillo en 1996 recogería esa iniciativa con el proyecto, pero una vez más sería archivado.

Fueron varias las áreas de la medicina que fueron objeto de iniciativas y que no llegaron a ser leyes, pero que es importante mencionar para conocer el desarrollo legislativo desde la nueva Constitución Política hasta nuestros días.

Proyecto de Ley 105 de 1992, por la cual se reglamenta la profesión de Fonoaudiología – Terapia de Lenguaje y se dictan otras disposiciones para su ejercicio en el país, senador ponente José Fernando Castro Caicedo.

Proyecto de Ley 159 de 1996, por medio de la cual se reglamenta la especialidad de Neurología en Colombia y se dictan otras disposiciones Senador Ponente: Fermín Ovalle Isaza.

Proyecto de Ley 217 de 1997, por medio del cual se reglamenta la especialidad odontológica de cirugía Maxilofacial y se dictan otras disposiciones, senadora Ponente Consuelo Durán de Mustafá.

Proyecto de Ley 184 de 1998, por medio de la cual se reglamenta la profesión de Fisioterapia, Senador ponente Hernando Pinedo.

Proyecto de Ley 144 de 1998, por la cual se reglamenta la especialidad médica de Radiología e Imágenes Diagnósticas senador ponente Mario Uribe Escobar.

Proyecto de Ley 238 de 2000, por medio de la cual se reglamenta la terapia respiratoria, y se dictan otras disposiciones, Senador Ponente Luis Javier Castaño.

Proyecto de Ley 241 de 2000, por medio del cual se reglamenta la ocupación de Paramédico y se dictan normas complementarias, representante Ponente William Vélez.

Proyecto de Ley 158 de 2001, con la cual se reglamenta las especialidades Hematológicas y Oncológica clínica y Pediatría, Senador ponente José Jaime Nicholis.

Proyecto de Ley 176 de 2001, La Cámara de Representantes pretendió con este proyecto reglamentar la especialidad médica de la cirugía plástica, mediante normas que determinaban su naturaleza en relación con otras especialidades,

disposiciones que aluden a su servicio, funciones y derechos de los especialistas, así como normas sobre organización y control de la especialidad.

Existen tres proyectos que ameritan la atención por tratar directamente el tema que se está estudiando, pero que al igual que los otros proyectos también quedaron archivados, pero no por esto pierden su importancia y relevancia en la vida actual.

Proyecto de Ley 144 de 1998 por el cual se trató de reglamentar el Ejercicio de la profesión médica en Colombia, propuesto por el Ministro de Salud de ese año el Doctor Virgilio Galvis Ramírez, el cual fue archivado. Este proyecto fue retomado en 1999 por el honorable senador Luís Eduardo Vives con el número 160 de 1999. El proyecto de ley tenía como objeto “dictar las normas relativas al ejercicio profesional de la medicina, definir la naturaleza y el propósito de la profesión médica, determinar el ámbito del ejercicio profesional, desarrollar los principios que la rigen, señalar sus entes rectores, su organización, acreditación y control del ejercicio profesional y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

En la exposición de motivos, el Doctor Virgilio Galvis Ramírez explica que el desarrollo normativo de la medicina ha sido escaso con relación a los cambios que se han producido a nivel social, educativo, científico y tecnológico, y el avance de estos aspectos rebasan los reglamentos y disposiciones necesitándose actualizar y compenetrar todo ese desarrollo en la realidad existente.

Es así como este proyecto de ley se propone regular la medicina en general y sus especialidades, y es de evidente urgencia para la salud de los colombianos, por cuanto la falta de regulación integral de ellas, impide lo que puede denominarse un control de calidad en el servicio médico y no existe una ley actualizada que precise los elementos necesarios para practicar la medicina o especialidades de manera idónea.

Proyecto de Ley 125 de 1999, por medio de la cual se establecen los principios que regulan la responsabilidad de los profesionales de la salud, propuesto por el honorable representante Jorge Giraldo Serna, este proyecto fue archivado.

Los profesionales de la salud sólo serán responsables de los daños causados en el ejercicio de su profesión por dolo o culpa grave, sin perjuicio de que puedan exonerarse demostrando ausencia de culpa o causa extraña, con este artículo se buscó establecer un marco de acción para que el juez determinara en qué casos existe o no responsabilidad del médico.

Un punto importante de este texto es el que se refiere al consentimiento informado, el cual “debe obtenerse en forma libre y consciente; debe otorgarse de manera clara, expresa, sencilla y por escrito, permitiéndole al informado conocer la clase de tratamiento o procedimiento que se pretende efectuar, los riesgos y complicaciones previstos de acuerdo a las condiciones clínico patológicas del paciente, la existencia de otros tratamientos o procedimientos con sus posibles

implicaciones, y todos los demás aspectos que de acuerdo con la naturaleza y características del caso deban ser informados.

Por otro lado, el proyecto recoge lo establecido por la jurisprudencia y la doctrina durante muchos años al consagrar que “salvo disposición legal especial o pacto expreso en contrario, el profesional de la salud, en ejercicio de su profesión adquiere obligación de medio, no de resultado. Además, la responsabilidad del profesional no irá más allá del riesgo previsto, entendiéndose éste como el referido a la situación clínico-patológica del paciente en cada situación específica, de acuerdo con la lex artis vigente al momento de los hechos y no por la descripción general de riesgos de las ciencias de la salud.

La prescripción será de dos años contados a partir del hecho causal, sin perjuicio de la vigencia de normas especiales sobre prescripción o caducidad que establezcan términos menores, lo cual es un error, pues este tiempo es demasiado corto para que se presenten las secuelas de una mala actuación médica.

El artículo octavo consagra : “Excepto los casos de urgencia o en los que no fuera posible, a la realización de tratamientos médicos y procedimientos quirúrgicos debe anteceder el consentimiento informado por parte del paciente o de sus representantes legales.- Si este es menor de edad, salvo que se trate de procedimientos médicos de carácter altamente invasivo e irreversible que tengan

incidencia en el desarrollo futuro del menor, el consentimiento otorgado por sus representantes legales, será válido, siempre que se trate de un consentimiento cualificado y persistente, y se garanticen sus derechos a la vida, la integridad personal, la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

Es importante tener claro que el consentimiento debidamente otorgado eximirá de responsabilidad al médico por la concreción del riesgo, que teniendo el deber y la forma de prever de acuerdo a la *lex artis*, haya informado, es decir que una vez sea informado el paciente de los posibles riesgos que corre en el actuar médico, éste queda exonerado de la responsabilidad que se pueda generar de esa atención.

El consentimiento cualificado y persistente es aquel que “implica la comprensión de las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, así como su otorgamiento en forma reiterada y por etapas de acuerdo al tratamiento o procedimiento de que se trate.

Texto definitivo del proyecto de Ley 173 de 2001 aprobado por el Senado.

En el 2001 fue presentado al senado por el honorable senador Eduardo Arango Piñeres, el proyecto de Ley 173, por el cual se establecen los principios que regulan la responsabilidad de los médicos y se dictan otras disposiciones para el ejercicio de la profesión médica en Colombia. Este proyecto no se ha convertido

aún en Ley de la república, pero si fue aprobado su texto definitivo en sesión plenaria el día 13 de diciembre de 2001.

Las obligaciones de los médicos son por regla general de medios y excepcionalmente de resultado, así lo confirma este proyecto en su artículo 11 cuando expresa: “Los médicos sólo serán responsables de los daños causados en el ejercicio de su actividad y ella se entenderá que es gestión de medio y no de resultado”.²⁶

Al respecto el Doctor Eduardo Reyes explica: “de acuerdo con el proyecto la responsabilidad no irá más allá del riesgo previsto para cada situación clínica de acuerdo con la Lex artis”. Entendiendo como riesgo previsto : “aquel que se corre con la sujeción a las normas que rigen la ciencia y el arte médicos, y a la prudencia, pericia y diligencia exigibles al médico de acuerdo con las condiciones clínico-patológicas del paciente y las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se desarrolló el acto médico.

El proyecto en un principio contemplaba “la prescripción a los dos años por las acciones y daños causados con ocasiones del ejercicio de su profesión. Ahora establece que “las acciones de responsabilidad éticas, disciplinaria, fiscal, civil o administrativa de los médicos y de los profesionales de la salud, en general, que se llegaren a presentar con oportunidad del acto médico o del ejercicio de su

²⁶ PROYECTO DE LEY NÚMERO 1173 DE 2001. Senado, Artículo 11, Eduardo Arango Piñeres.p.12

profesión, prescribirá según los términos previstos por las normas legales correspondientes. Cambio que consideramos muy válido, ya que muchos doctrinantes anotaron que “este tiempo es demasiado corto, pues, hay ciertos casos en los que el daño aparecen mucho tiempo después, como en las enfermedades de evolución lenta (hepatitis B, SIDA, etc.)”.²⁷, opinión que se comparte, por lo que pensamos que es improcedente para el paciente contar con un término de prescripción tan corto como el que se propuso en esta oportunidad.

6.5 POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

Como nota preliminar al tema de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estimamos pertinente hacer las siguientes consideraciones:

La responsabilidad del Estado por falla del servicio médico es un tema específico del Derecho Administrativo, por esto se limita a hacer una breve exposición de la posición adoptada por el Consejo de Estado sobre el particular, por considerar que éste guarda relación con el objeto de este trabajo.

La responsabilidad por falla del servicio consiste en afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en la misma que genera un daño, da lugar a la responsabilidad directa del estado. En este orden de ideas, se

²⁷ Ibid.p.15

origina una obligación de resarcimiento a favor de los ciudadanos cuando se presenta una falla en algún servicio prestado por el ente estatal.

Este régimen de responsabilidad estatal se aplica a los profesionales de la salud al servicio del Estado, cuando por su indebida práctica médica se ocasionan daños a los pacientes, por considerarse en este evento, que los galenos son funcionarios del Estado.

En Sentencia de Octubre 29 de 1990 el Consejo de Estado así lo expreso:

De esta forma, al comprobarse por la declaración del médico mismo que a la lesionada no se le practicó el examen pre anestésico, que por lo general consiste en información verbal simplemente, lo cual por si excluye que se tratará de un examen especializado de muy alto costo, la sala no puede menos que declarar que está probada la Falla o Falta del servicio, y que como consecuencia directa de ella se produjo el daño, esto es, la parálisis, hecho que se encuentra debidamente acreditado, ya que por demás subsiste y es de carácter permanente o irreversible.²⁸

Es importante analizar en este punto, la diferencia que existe en la culpa por responsabilidad civil contractual o extracontractual y la culpa que genera la responsabilidad por falla en el servicio médico. En esta última “no se requiere necesariamente probar la culpa individual del agente, sino que basta probar que hubo una falla en el servicio, la cual puede inclusive catalogarse como “anónima” según los principios del derecho administrativo”.²⁹ Por lo tanto lo que tiene que probarse es una irregularidad en la prestación del servicio médico independientemente del análisis de la conducta del galeno que la realizó.

²⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime Derecho Administrativo, Bogotá, Ed. Temis, 1987, 9ª ed.

²⁹ YEPES RESTREPO, Sergio, Op. Cit, p. 129.

Esto configura un tratamiento jurídico y procesal distinto para la responsabilidad del médico que actúa como funcionario del Estado, ya que se regirá por los principios del derecho administrativo.

En la responsabilidad médica por falla del servicio la culpa se presume, es por esto que quien reclama perjuicios sólo tiene que probar el daño y el nexo causal con la prestación del servicio, pues como lo expresó el Consejo de Estado en sentencia del 24 de agosto de 1992: “en la falla del servicio médico se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad)”.³⁰

Respecto al consentimiento informado, el mismo Tribunal recientemente expresó que éste debe ser ilustrado, idóneo concreto, previo ya que su prueba corre a cargo del demandado, en atención a la situación de privilegio en que se encuentra tácticamente, para procurar la verdad dentro del proceso, pues este debe cumplir todos estos requisitos expresados por el Consejo para que exonere de toda responsabilidad al médico, y en este caso el Estado.

En la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones. Posteriormente en sentencia de octubre de 24 de 1990, la Sala

³⁰ Consentimiento informado: En la relación médico-paciente, este último debe tener claridad y certeza al manifestar su consentimiento expresamente, sea de manera personal o a través de una persona que tenga su representante legal para hacerlo, o la más allegada y este consentimiento será válido en la medida que se obtenga de una persona bien informada.

consideró que el artículo 1604 del Código Civil, debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en la decisión del 30 de junio de 1992, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su conocimiento técnico y real, por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

La responsabilidad del Estado por los servicios médicos, se rige por el régimen de la falla presunta, luego sólo bastará probar los anteriores elementos, para que se configure esta clase de responsabilidad.

Responsabilidad Administrativa. Con la Constitución Política de 1991, se consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado, sustentada en el artículo 90, en donde se abre paso a la posibilidad de que el Estado repita contra sus funcionarios cuando éste es condenado por responsabilidad de alguno de ellos, pero esta responsabilidad debe ser consecuencia de la acción de repetición que se genera después de haberse condenado al Estado por falla del servicio médico.

Esta cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, tiene dos elementos característicos: la existencia de un daño antijurídico, y que sea imputable al Estado.

Una definición sobre esta responsabilidad la señala el autor Gustavo Mora como:

“el incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente. Ese incumplimiento debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, variable según su misión y según las circunstancias, estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo del nivel.³¹

La respectiva acción se instaurará ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puesto que una de las partes es una entidad pública que presta servicios médicos por ende, es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no está instituida para fallar controversias científicas, lo cual consta del siguiente fallo:

...Saber si un tratamiento ha sido bien o mal ordenado, si no hubiere sido preferible otro, si tal operación era o no indispensable, si hubo o no imprudencia al arriesgarla, habilidad o no al ejecutarla, si este o aquel instrumento según este o aquel procedimiento no habría resultado mejor, son cuestiones científicas a debatirse entre médicos y que no pueden constituir casos de responsabilidad civil ni caer bajo el examen de los tribunales, pero ello no es así desde el momento en que los hechos reprochados a los médicos salen de la clase de los que, por su naturaleza, están exclusivamente reservados a las dudas y

³¹ GUZMAN MORA, Fernando. La Práctica de la Medicina y la Ley. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1996, 1 ed. P. 158.

*discusiones de la ciencia, desde el momento que se complican de negligencia, ligereza o ignorancia de cosas que necesariamente debe saber...*³²

La acción de Reparación Directa, es la acción idónea para entablar una demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, consagrada en el artículo 86 Modificado por la Ley 446/98 Art. 31 que reza:

*Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliados por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación particular o de otra entidad pública.*³³

Los elementos que se destacan como estructurales en esta clase de responsabilidad son:

- Una acción u omisión, que es el hecho dañoso a cargo del médico-agente.
- Un daño antijurídico, es aquel daño que el particular no tiene la obligación de soportar y que implica un detrimento patrimonial.
- Nexo causal entre la acción u omisión y el daño antijurídico, es una relación causa efecto en la responsabilidad médica.

³² Consejo de Estado. Sección 3ª Sala de lo Contencioso Administrativo. Abril 18, 1994, Expediente 7973 M.-P. Julio Cesar Uribe Acosta.

³³ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Ley 446/1998 Art. 31. p.45

En el régimen de responsabilidad médica, se presume el cuarto elemento que es la falla del servicio. Hay que tener en cuenta que, si bien se presume la falla del servicio, se debe demostrar el vínculo entre el nexo causal y la falla del servicio para que se configure la responsabilidad del Estado, porque sino se rompería dicho nexo, y no habría sustento para acreditar la responsabilidad, el presente caso lo señala:

... Pero en el caso concreto no hay lugar a aceptar como probable el hecho de que la menor murió como consecuencia de una deficiente atención médica frente a la bronco aspiración sufrida por la negligencia del personal auxiliar del hospital porque aquí no fue imposible obtener certeza de dicho vínculo por razones de la complejidad científica del caso sino por la decisión de la misma parte demandante y en consecuencia, es ésta y no las entidades demandadas quien debe soportar los efectos negativos de la carencia probatoria. En síntesis, aunque se presuma la falla del servicio de las entidades demandas, no es posible condenarlas a pagar los perjuicios sufridos por los demandantes con la muerte de su hija, porque no se acreditó el vínculo causal entre esta falla y el daño por razones imputables sólo a estos.³⁴

Hechas las anteriores consideraciones, pasamos a abordar el tema de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de Responsabilidad Civil.

Sentencia del 30 de Octubre de 1915:

No es precisamente sobre responsabilidad civil médica pero si sobre un tema que guarda mucha relación con éste, el cual tocaremos por ser la primera vez que la Corte tomó en consideración la relación médico-paciente y las posibles consecuencias jurídicas que se puedan presentar entre ellos.

³⁴ Ibid. p.47

La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos no ha sido tratada de una forma uniforme por la Corte Suprema de Justicia, pues ha tratado de establecerlo sin éxito en muchas ocasiones.

Sentencia del 29 de Octubre de 1930:

En esta jurisprudencia que sigue desarrollando el tema del contrato de prestación de servicios médicos y se determina que un médico no tiene qué probar que pertenece a un determinado gremio profesional para que se le aplique el artículo 2144 del Código Civil, sino que basta que esta sea de aquellas que requieren largos estudios para que no se necesiten pruebas.

Sentencia del 5 de marzo de 1940.

Es tal vez la primera sentencia colombiana que toca el tema de la responsabilidad civil profesional en que incurren los médicos cuando desarrollan su profesión.

La Corte Suprema de Justicia en esta sentencia encuadra a la medicina dentro de las profesiones liberales, y por tal razón establece que las relaciones que se dan entre el médico y su paciente son actos jurídicos que llevan envueltos en su ejecución la responsabilidad civil del profesional.

Por otro lado, la responsabilidad profesional del médico que consagra esta jurisprudencia es siempre contractual, aún cuando los servicios médicos que se presten al paciente sean por cortesía, es decir gratuitos.

La obligación profesional del médico por regla general es de medios, es decir, que el galeno sólo está obligado a utilizar todos los conocimientos que él posea en pro de la recuperación de su paciente, pero no se obliga a recuperarlo.

Puede haber eventos en los cuales el médico asume una obligación de resultado, como es el caso de las intervenciones quirúrgicas con fines estéticos, en donde el profesional se compromete a dar un resultado.

La responsabilidad del médico no es ilimitada, ni motivada por cualquier cosa, sino que exige además la certidumbre de la culpa, y la gravedad, es decir, que para que exista responsabilidad civil profesional médica es necesaria la demostración de la culpa cometida por el médico y la gravedad de ésta, además debe existir una relación de causalidad entre el acto imputado al médico y el daño sufrido.

El Doctor Yépez Restrepo considera que el criterio de la Corte no es del todo acertado cuando establece: que la responsabilidad, exige no sólo la certidumbre sino también la gravedad, pues existen varias razones que determinan lo contrario:

Primero porque el contrato de servicios médicos reporta beneficios para ambas partes, y por ello se debe responder no sólo de la culpa grave, sino también de la leve, de acuerdo a las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Con la consagración de la culpa probada como base para resolver los casos de responsabilidad civil del médico se descarta el pensamiento de otros doctrinantes sobre que la actividad médica es peligrosa, ya que esta tesis sería inadmisibles desde el punto de vista legal y científico, y por lo tanto haría imposible el ejercicio de la profesión. Finalmente y por la vía de doctrina la Corte Suprema de Justicia estableció que no siempre que el profesional médico incurre en la culpa es necesario la intervención de peritos médicos para establecerla, puesto que pueden existir casos en que no se trate de un asunto de técnica médica, sino de una culpa independiente de ésta, como sería que por un descuido o negligencia del médico encargado de una clínica donde estuviera a su cuidado un enfermo enloquecido por la fiebre se escapara de éste y se arrojara desde una de las ventanas del edificio y se matara o lesionara. En este caso un concepto médico no sería necesario, podrían bastar declaraciones de testigos.³⁵

Por otro lado, uno de los inconvenientes prácticos de los dictámenes en responsabilidad médica, es que los peritos se parcializan a favor del médico en virtud de un supuesto colegaje, lo cual en vez de favorecer la medicina lo que hace es perjudicarla encubriendo los malos profesionales.

Sentencia del 14 de Octubre de 1959,

Si bien la Corte Suprema de Justicia reconoce en esta sentencia que la responsabilidad del médico para con su paciente es contractual, agrega que la responsabilidad nacida de los daños causados al paciente genera responsabilidad extracontractual del médico para con los familiares de éste cuando se presenten como terceros en dicho contrato, es decir, como víctimas por los daños cometidos al familiar. Al respecto Savatier expresó: “Bien que la responsabilidad del médico

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de Marzo de 1940, Pag 120

es normalmente contractual ella puede ser delictual frente a terceros, especialmente a los parientes de la víctima”.³⁶

Por otro lado la Corte afirma que la actividad médica, es decir los tratamientos aplicados por éstos son actividad peligrosa, en la cual existe una presunción de culpa en contra del facultativo, la cual tiene que desvirtuar probando que existió caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

Es importante anotar que si bien no hace un análisis sobre el tema, la Corte sí estableció en esta sentencia al recoger el pensamiento de Lalou que el médico director de clínica responde por las enfermeras y enfermos que tienen bajo sus órdenes, de la siguiente forma: “... El caso del médico director de clínica que tiene bajo sus órdenes los enfermeros y enfermeras que el mismo ha escogido. Estos enfermeros y enfermeras son evidentemente sus dependientes en el sentido del artículo 1384 del Código Civil, que trata sobre responsabilidad indirecta extracontractual.

Sentencia del 3 de noviembre de 1977

La sentencia trata sobre el incumplimiento de un contrato de asistencia técnica y financiera para el cultivo de tomates, pero es analizada en este trabajo, porque en ella la Corte mediante un ejemplo de responsabilidad médica establece que la

³⁶ LALOU, Heri. Traite Pratique de la Responsabilitie Civile. Librairie Daltoz, Paris, 1955, p. 296.

carga de la prueba pasa a ser del facultativo al tratar el daño consecuencia directa del incumplimiento de una obligación.

Aparece un tema que hasta ahora no había sido tratado, y es la reclamación de los perjuicios por parte de los herederos cuando el paciente muere por responsabilidad del galeno, en esta jurisprudencia la Corte consagra que tienen derecho a reclamar y además que ellos sólo tienen que denunciar, porque es al médico a quien le corresponde probar que la víctima no falleció por su culpa.

Al igual que en otras sentencias la Corte considera que por regla general las obligaciones que contraen los facultativos con sus pacientes son obligaciones de medios y no de resultado, por tal razón ellos no se obligan 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.

Al respecto el Doctor Tamayo Jaramillo dice que :”lo que hace que el médico, a pesar del papel activo que desempeña en la ejecución del contrato, sólo tenga una obligación de medios, radica en que, por más que controle la ejecución del contrato de todas maneras hay una serie de fuerzas físicas y biológicas que influyen en el resultado, hasta el punto de que el médico sólo tiene unas limitadas

probabilidades de lograr la curación, que es el objeto del acreedor, es decir por el paciente.”³⁷

Sentencia 12 de septiembre de 1985.

“la profesión médica cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa pueda dar lugar a sanciones penales y civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la Ley penal o quede circunscrita a la responsabilidad civil”.³⁸

Esta sentencia, ratifica la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que consagra las obligaciones de los médicos en el contrato de servicios profesionales como de medios y no resultado. Por otro lado, abandona la posición sentada por esta misma Corte en jurisprudencias anteriores con relación al tema de que la responsabilidad civil profesional médica es una actividad peligrosa, y retoma el pensamiento francés, que afirma que la responsabilidad médica es contractual o extra contractual, según la naturaleza y por lo tanto la culpa hay que probarla.

El contrato que se celebra entre el médico y su paciente sigue siendo de prestación de servicios profesionales, pero en esta jurisprudencia el pensamiento de la Corte con respecto a la carga de la prueba cambia, pues pasa de tenerla el

³⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Culpa contractual. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1990, p. 198.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 12 de septiembre de 1985. p. 764.

demandante, al médico, es decir que es al galeno a quien le toca desvirtuar la culpa, ya que existe en su contra una presunción de culpa, la cual desvirtuará probando su diligencia y cuidado a la hora de realizar su labor, o alguna causal de exoneración como “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”.

Son muchas las posibilidades que tiene el profesional de la medicina para exonerarse de la responsabilidad, la cual pretende imputársele a través de un proceso judicial, esto lo confirma la Corte al decir que “el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber puesto todo el cuidado que el caso requiera, caso fortuito, fuerza mayor o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones.

Sentencia del 12 de julio de 1994.

Con esta sentencia se buscó consolidar la tesis francesa de la culpa probada en nuestro país para los casos de responsabilidad civil médica, de ahí que la sala de esta corte afirme que: Para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es igualmente indispensable que exista responsabilidad civil médica es necesario que se configuren los tres elementos de la responsabilidad: culpa del médico, el daño y la relación de causalidad.

Es importante recoger un tema que si bien ha sido tratado por la Corte desde 1915, también es cierto que hasta esta sentencia la presenta con tanta claridad y es el tema de los perjuicios que se le causan al paciente como consecuencia de la culpa del médico, por esto creemos relevante transcribir el pensamiento de la sala.

Dentro de estos perjuicios resultan indemnizables tanto los materiales como los morales. Los primeros comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1613 del C.C.), que en este evento asumen características particulares, porque el daño emergente, como la pérdida que sufre el paciente por haberse cumplido imperfectamente el servicio médico profesional, si bien no comprende el deterioro y disminución psicofísica en la salud humana, por su carácter estrictamente extrapatrimonial, no es menos cierto que si contiene las pérdidas consecuencias de este daño corporal valorables económicamente, como serían la reducción y pérdida de la capacidad laboral (que importa y tiene incidencia más bien el lucro cesante), los gastos hospitalarios, quirúrgicos, terapéuticos, rehabilitación, gastos de transporte, etc.

De otra parte, el lucro cesante, como aquella ganancia o provecho que se deja de percibir precisamente por el daño ocasionado al cuerpo y a la salud, estaría representado por la supresión o reducción temporal o indefinida (hasta que ella subsista) de los ingresos, por efecto de la eliminación, reducción o transformación (en caso de rehabilitación para otro trabajo), de la capacidad laboral, así como de algunos que específica e inequívocamente se hayan dejado de percibir.

Sentencia del 30 de enero de 2001. Con esta sentencia la sala civil de la Corte recoge el pensamiento emitido por ella durante los últimos años y determina qué es lo que está vigente en la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional. A pesar de que la Corte durante algunos años acogió la tendencia de calificar la responsabilidad del médico como actividad peligrosa (entre 1959 y 1942), en el 2001 reconfirma lo emitido en 1940, sobre la demostración de la culpa, es decir, que el médico se presume inocente hasta que no se demuestre que actuó con culpa y que por lo tanto es responsable. Ahora, la Corte no desconoce que existe un riesgo potencial en la prestación de los servicios médicos por parte del Facultativo, pero explica que esto no hace que la actividad médica se torne peligrosa, pues “los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad” lo justifican y lo hacen necesario para el bienestar del paciente.

Las obligaciones de los médicos continúan siendo de medios por regla general, y excepcionalmente de resultados, igualmente se les sigue aplicando el principio de la carga de la demostración de la culpa al médico sin la condición de la gravedad, que en una época se exigió, pues ésta “graduación 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.³⁹

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 3º de Enero de 2001. Tomado de la página de Internet: <http://www.legis.com.co>

7. CONSIDERACIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

7.1 NOCIÓN

Según CAPITANT el contrato de seguro es: "el contrato por el cual un asegurador, mediante el pago de una prima o una cotización, se obliga a pagar al asegurado o al beneficiario convenido una indemnización, capital o renta, en caso de producirse un riesgo determinado."⁴⁰

Según Joseph Hemard, "el seguro es una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística"⁴¹

En las definiciones anteriores se pueden identificar algunas nociones básicas del contrato de seguro, como por ejemplo los sujetos que intervienen en este contrato (asegurador, asegurado y beneficiario) o la prima y lo más importante su objeto: el traslado del riesgo.

⁴⁰ CAPITANT. ob.Cit., p.505

⁴¹ El autor hace mención en su obra a la definición de Joseph Hemard. OSSA GÓMEZ, J.

Consagración Legal. La ley colombiana no trae una definición de contrato de seguro. El Artículo 1036 del Código de Comercio solamente enumera las características de dicho contrato.

7.2 ELEMENTOS ESENCIALES

Según el artículo 1045 del código de comercio son elementos esenciales del contrato de seguro: 1. El interés asegurable; 2. El riesgo asegurable; 3. La prima o precio del seguro y 4. La obligación condicional del asegurador.

Estos elementos son concurrentes, si faltara uno de ellos el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

7.2.1 El Interés Asegurable. Según Isaac Halperin: "se entiende por interés asegurable la relación lícita de valor económico sobre un bien cuando se halla amenazada por un riesgo."⁴²

El Dr. J. Efrén Ossa respecto del interés asegurable dice que "es el objeto del contrato de seguro y por lo mismo, uno de sus elementos esenciales. Puede definirse como la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios

⁴² HALPERIN. Ob. Cit. p. 21

riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular"⁴³

En los artículos 1083 (para seguros de daños) y 1137 (para seguros de personas) del código de comercio se hace referencia al interés asegurable condicionado por la posibilidad de afectación de una relación jurídica de contenido patrimonial cuando ocurra un siniestro. Artículo 1083 C.Co "Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero."⁴⁴

El concepto de interés asegurable en los seguros de daños es muy amplio, y el artículo 1083 trae una "definición con la cual quedan cubiertos todos los supuestos de daño patrimonial: la lesión del interés económico sobre una cosa corporal o incorporal concreta, mueble o inmueble, llámese interés de dueño, de usufructuario, de comunero (seguros reales), o la lesión del patrimonio en su unidad financiera como conjunto y confrontación de los derechos y las obligaciones, por eventual incremento del pasivo a cargo del asegurado (seguros patrimoniales), o la frustración, por el siniestro, de una seria y razonable expectativa de lucro (lucro cesante)"⁴⁵

Según el tratadista J. Efrén Ossa, el interés asegurable en los seguros de personas es muy difícil de encuadrar, debido a su naturaleza peculiarísima. "la ley colombiana, empero mantiene su fidelidad al interés asegurable en los seguros de personas, como elemento esencial del contrato."⁴⁶

⁴³ EFRÉN, Ossa. Ob. Cit. p. 73

⁴⁴ EFRÉN, Ossa. Ob. Cit. p. 63

⁴⁵ EFRÉN, Ossa. Ob. Cit. p. 74

⁴⁶ EFRÉN, Ossa. Ob. Cit. p. 83

7.2.2 El Riesgo Asegurable

Es el segundo elemento esencial del contrato de seguros.

La ley define el riesgo como "el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador."⁴⁷

"O sea, en otros términos, que lo único que escapa al ámbito del riesgo es el acto vinculado a la voluntad del asegurado mediante una dependencia exclusiva y que puede tener ese carácter, el carácter de riesgo."⁴⁸

Ámbito del Riesgo Asegurable:

- *En el riesgo asegurable el suceso debe ser incierto:* El riesgo se caracteriza por ser Futuro e incierto. "O sea que el riesgo se halla enmarcado entre los dos linderos: la imposibilidad y la certeza.... No constituye riesgo el hecho físicamente imposible, que en la teoría de las probabilidades se presenta por el número cero (0). Ni el hecho cierto que, como tal, ha de suceder fatalmente y que, en la misma teoría se representa por el número uno (1)".⁴⁹

⁴⁷ Artículo 1054 del CCO.

⁴⁸ EFREN, Ossa. Ob Cit. p. 94

⁴⁹ EFREN, Ossa. Ob.Cit. P. 94

• *El Suceso, además de incierto, no debe depender exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario:* "A la luz de la doctrina moderna y de las leyes que la desarrollan, la intervención de la voluntad humana en la gestación de un hecho con tal que sea futuro e incierto- no lo despoja necesariamente de su fortuidad, ni destruye por tanto, su naturaleza de riesgo asegurable. Basta que no se identifique en ella su causa exclusiva⁵⁰

La doctrina en armonía con la legislación anterior, no admitía que en el concepto de riesgo interviniera la voluntad del hombre; a diferencia de nuestro código actual que en su artículo 1054⁵¹, sí acoge esta situación.⁵²

• *El suceso incierto no es riesgo si su realización depende de la voluntad exclusiva del tomador, asegurado o beneficiario:* Cuando la realización del evento asegurado, dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario; este no generará riesgo por la falta de incertidumbre.

"No es concebible el seguro sobre un evento cuya realización dependa de la sola voluntad del interesado"⁵³

⁵⁰ EFREN, Ossa. Ob.Cit. p. 97

⁵¹ Artículo 1054 C.De Co.: "Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador del asegurado o del beneficiario, y cuya realización de origen a la obligación del asegurador.

⁵² CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Artículo 1530 C.C.

⁵³ EFREN, Ossa. Ob. Cit. P. 99

7.2.3. La Prima o precio del Seguro. El tercer elemento esencial del contrato de seguro, de acuerdo con el artículo 1045 del C. de Co. Núm. 3, es “la prima o precio del seguro”, la cual se puede definir como “la contraprestación que persigue el asegurador por la asunción del riesgo; como la asunción del riesgo es la contraprestación que persigue el asegurado que paga la prima”.⁵⁴

El artículo 1047 C. de Co. Núm. 8 la póliza debe contener “la prima o el modo de calcular y la forma de su pago”

Desde la perspectiva técnico-económica hace parte de un proceso complejo, que según la clase de riesgo y el ramo del seguro, “se inicia con la determinación de la tasa pura (loss rate), pasa por la del recargo administrativo (expense rate) e, integrados estos en la tarifa, habida cuenta de la suma asegurada y la duración del seguro, culmina con su aplicación a cada contrato específicamente considerado. De ahí los conceptos de prima pura y prima comercial”⁵⁵.

*La prima pura es la medida exacta del riesgo asumido, “es el valor matemático del riesgo asegurado que, calculado sobre un conjunto numeroso de intereses del mismo género vinculados a determinadas carteras, debe suponerse suficiente para cubrir siniestros. Mas la prima pura no basta. La operación económica del seguro reclama, además del fondo adecuado para atender a las eventuales necesidades de los asegurados, otros ingredientes que permitan preservar la integridad financiera de la organización, saber, la promoción, la colocación, la administración...”*⁵⁶

⁵⁴ SOLER ALEU, Amadeo. El nuevo contrato de seguro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1969 p.16

⁵⁵ EFREN, Ossa Ob. Cit. P. 385

⁵⁶ EFREN, Ossa Ob. Cit. P. 385

La prima comercial es la prima pura más unos cargos, es la que se le cobra al asegurado y figura en las pólizas; “es la que cuenta, finalmente, como elemento esencial del contrato de seguro”.⁵⁷

7.2.4 Obligación condicional del asegurador. Para el Dr. J. Efrén Ossa, la obligación principal del asegurador no es sólo la de asumir el riesgo sino es la de pagar la indemnización en caso de ocurrir el evento que la condiciona, además afirma que nuestra legislación acoge la teoría de la prestación pecuniaria, en la medida que la obligación condicional del asegurador se concreta en el pago de la indemnización.

El asegurado paga una prima porque recibe la promesa de ser indemnizado, conforme a las condiciones del contrato, a la ocurrencia del suceso sobre el que versa la protección del seguro. Tal es en términos jurídicos, la causa de su obligación”.⁵⁸

El artículo 1036 del Código de comercio enumera algunas de las características del contrato de seguro.

7.2.5 Consensual. Para su perfeccionamiento se requiere sólo el consentimiento de las partes sobre los elementos esenciales del contrato.

⁵⁷ EFREN, Ossa, Op. Cit., p. 385.

⁵⁸ Ibid. p.385

Antes de la expedición de la Ley 389 de 1997 el contrato de seguro era solemne, en la medida que para su perfeccionamiento se requería además del acuerdo de voluntades el cumplimiento de ciertas solemnidades o formalidades especiales. La formalidad requerida era la expedición de la póliza por parte del asegurador.

Actualmente, la póliza es un factor de prueba, como lo manifiesta el artículo 1046 del Código de Comercio.

El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denominará póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

7.2.6 Bilateral. Un contrato es bilateral, “cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.⁵⁹

El contrato de seguro es bilateral, “en la medida en que en todo caso surgen de él obligaciones para las partes entre las que se concluye: En efecto, abinitio, el

⁵⁹ Ibid. p.385

asegurador debe hacer entrega de la póliza al tomador, y nace para éste la obligación de pagar la prima”.⁶⁰

7.2.7 Oneroso. Según el artículo 1497 C.C., un contrato es oneroso, “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

7.2.8 Aleatorio. Artículo 1498 C.C. “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar, o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

“El contrato oneroso recibe el nombre de aleatorio si la materia está constituida de un hecho eventual o fortuito, de modo que el equivalente es una contingencia incierta de pérdida o de beneficio”.⁶¹

7.2.9 Ejecución sucesiva. Es un contrato cuyo cumplimiento está diferido a través del tiempo de su vigencia.

7.2.10 De adhesión. El contrato posee unas condiciones pre-establecidas fijadas por una de las partes, la más fuerte, y que son aceptadas por la otra parte debido a la necesidad de celebrar el contrato. La aceptación de la parte adhesiva no es

⁶⁰ Artículo 1036 C. de Co. “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución sucesiva.

⁶¹ Ibid. p.15

totalmente libre, en la medida que no puede ésta discutir libremente ciertos puntos o cláusulas del contrato que está aceptando.

En el contrato de seguro la regla general es que sea de adhesión.

7.3. PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO

Según el artículo 1037 de C.Co., son partes del contrato de seguro el asegurador y tomador.

7.3.1. El Asegurador. El numeral 1 del mencionado artículo define que el asegurador: “es la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”.

La legislación Colombiana se inclina por la tesis del asegurador-empresa, ya que este debe ser una persona jurídica, sometida a un régimen especial.

El asegurador debe constituirse bajo la figura de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones cooperativas según el artículo 53 del EOSF, además el asegurador debe estar sometido al control y vigilancia de la Superintendencia

bancaria⁶² esto se debe a la influencia del mercado asegurador en el comercio, además deben contar un capital mínimo y una organización técnica contable.

La tesis del asegurador-empresa, original del tratadista italiano VIVANTE, a todas luces es la más conveniente porque lo complejo de la actividad aseguradora hace que resulte casi imposible su adecuado ejercicio por personas naturales. Es por ello por lo que al obligarse a la constitución de una persona jurídica se puede exigir una serie de requisitos mínimos de orden técnico, administrativo y legal que permitan la suficiente confianza de los asociados para la celebración de contratos de seguros, y, además, porque solamente la actividad empresarial aseguradora puede garantizar la seriedad y estabilidad que requiere la protección que ofrecen...⁶³.

7.3.2. El tomador. El numeral 2º. Del artículo 1037 del C.Co define al tomador como “la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.

El tomador puede ser cualquier sujeto de derecho, es decir cualquier persona natural o jurídica, nuestra legislación no exige ningún requisito para poder trasladar un riesgo propio o de un tercero.

Nuestra legislación reconoce 3 figuras que intervienen en el desarrollo del contrato frente al asegurador, aunque en estricto sentido, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 1037 del C. De. Co., solamente son parte el tomador y el beneficiario.

Tomador: “es la persona que celebra el contrato con el asegurador y puede hacerlo por cuenta propia o por cuenta ajena”⁶⁴

⁶² Art. 46C. de Co. “Objetivos de la Intervención: Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución política, corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las

⁶³ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de seguro. Bogotá: Dupré Editores. 1999.p. 86

⁶⁴ MEILIJ, Gustavo, Manual de seguros. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1987. p.- 35

Asegurado: “Es la persona titular de un interés que, de verse afectado con un siniestro puede sufrir un perjuicio patrimonial.”⁶⁵

Beneficiario: Es la persona que recibe la indemnización en el caso de la ocurrencia de siniestro previsto al contratar.”⁶⁶

Generalmente la persona del tomador coincide con la persona del asegurado y con la del beneficiario, pero en ocasiones podrán ser 3 personas diferentes, ya que estas calidades pueden estar desmembradas en diferentes personas.

El asegurado y el beneficiario, cuando son personas distintas del tomador, no son partes.

7.3.2.1. Seguro por cuenta propia. Cuando el interés, que constituye el objeto del contrato, está radicado en la persona del contrayente, es decir el tomador, el seguro es por cuenta propia. Aquí el asegurado es el propio contrayente o tomador.

7.3.2.2. Seguro por cuenta ajena. Cuando el interés, que constituye el objeto del contrato, se radica en la persona de un tercero y no en la persona, es una persona diferente al contrayente.

⁶⁵ LOPEZ BLANCO. Ob. Cit. P. 89

⁶⁶ MEILIJ. Ob. Cit. P. 35

“El tomador del seguro bien puede estipularlo por cuenta de un tercero del cual no tenga poder para representarlo (art. 1038 del C. de Co.), y el asegurado puede ratificar lo acordado aun después del siniestro, en razón de que el contrato sigue existiendo mientras el tercero no exprese su voluntad de aceptación o rechazo”⁶⁷

7.4. OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO

El contrato de seguro se caracteriza por ser un contrato, bilateral, del cual resultan obligaciones recíprocas para las partes y su incumplimiento genera sanciones.

7.4.1.2. Obligaciones durante la ejecución del contrato

7.4.1.2.1. Mantener el estado del riesgo

Esta obligación es una extensión de la obligación precontractual de declaración del estado del riesgo consagrada en el artículo 1058 del C. de Co., y es abordada con mayor precisión en el artículo 1060 del citado estatuto.

Artículo 1060. C.de Co.: “El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si esta depende del arbitrio del asegurado o del tomador.

⁶⁷ LOPEZ BLANCO. Ob. Cit. P. 91

Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación. Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada. Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.

De acuerdo a lo anterior se puede decirse que el tomador del seguro debe mantener la previsión sobre el riesgo que pueda suscitarse, y que le podrá significar agravación o variación en su identidad.

“La obligación de mantener el estado del riesgo que la ley impone al tomador – asegurado o al tomador o al asegurado, según el caso se traduce en una carga de información cuya infracción o cuya oportuna observancia tienen señalada influencia en la vida del contrato”⁶⁸

El artículo 1060 del C.de Co. Impone al asegurado, tomador o beneficiario la carga de información que comprende: a- los hechos o circunstancias que signifiquen agravación del riesgo, o b- variación de su identidad local. Estas variaciones o cambios pueden depender o no de la voluntad del asegurado, tomador o beneficiario la ley obliga a que éste de aviso al asegurador de cualquier situación que agrave el estado del riesgo.

⁶⁸ OSSA GOMEZ. Ob.cit. p. 368

“Si la modificación al estado del riesgo es voluntaria, se entiende que el asegurado o tomador tiene conocimiento del mismo, en este caso la notificación a la aseguradora debe hacerse “Con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo”⁶⁹

Si la modificación es involuntaria, la notificación debe hacerse “dentro de los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de ella. Conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación”⁷⁰. Es decir, la notificación se debe dar dentro de los diez días siguientes en que tuvo conocimiento o debió haberlo tenido.

7.4.1.2.2. Pago de la prima. Esta obligación que corresponde al tomador, “es una obligación que nace con el contrato, en el cual encuentra su fuente,”⁷¹ y está consagrado en el artículo 1066 del C. de Co.

Artículo 1066 C. de Co. Modificado. L. 45/90, art. 81: “Termino para el pago de la prima. El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella.

⁶⁹ CONGRESO DE LA REPUBLICA, Código de Comercio, Artículo 1060

⁷⁰ Artículo 1060 del C. de Co.

⁷¹ OSSA GOMEZ Ob. Cit. p. 395

7.4.1.2.3. Cumplir con las Garantías. Según el artículo 1061 del C. de Co.: “Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho”.

Siguiendo el esquema del Dr. J. Efrén Ossa, los atributos esenciales de las garantías son: a. –“La garantía supone una declaración del tomador (afirmativa o negativa) que, consignada en la proposición de seguro o incorporada en el clausulado de la póliza, debe entenderse determinante del consentimiento del asegurador. O una obligación o carga que contrae el tomador o asegurado en virtud de un contrato”⁷²

b-“La garantía debe tener relación con el riesgo asegurado. La doctrina ha dicho que “el rasgo característico de la garantía, como condición del contrato, que la distingue de otras condiciones, es que ella dice relación al riesgo”... De no existir esa relación, por remota que sea, la institución de las garantías, que la ley ha concebido como instrumento de protección del asegurador y del seguro mismo, se convertiría en veneno de abusos”⁷³

c- "La garantía debe constar por escrito. Aparecer consignada "la garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella." (Art- 1061 inc2°)."⁷⁴

⁷² OSSA GOMEZ, Ob. Cit. P.- 358

⁷³ OSSA GOMEZ, Ob. Cit. p. 358

⁷⁴ OSSA GOMEZ, Ob. Cit. p. 359

d- "La garantía debe cumplirse estrictamente."⁷⁵ Como lo expresa el artículo 1061 del C. de Co. Inc. 3º: "La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción."

7.4.1.2.4 Declarar los seguros coexistentes. Según el *Artículo 1093 del C. de Co.* "El asegurado deberá informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro de los diez días a partir de su celebración. La inobservancia de esta obligación producirá la terminación del contrato, a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado."

7.4.1.3. Obligaciones con ocasión del siniestro

7.4.1.3.1 Evitar la extensión y propagación del siniestro y proveer al salvamento de las cosas aseguradas

El artículo 1074 del C. de Co. impone al asegurado la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro y de proveer al salvamento de las cosas aseguradas:

Artículo 1074: "Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

⁷⁵ OSSA GOMEZ Ob. Cit. p. 360

El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones."

Ocurrido el siniestro, es obligación del asegurado participar en la extinción del mismo como también evitar su propagación, el asegurado debe atenuar en lo que esté a su alcance y posibilidad, que el siniestro no se extienda más allá de lo que puso ser; "la indiferencia del asegurado, al iniciarse el siniestro, prevalido de la existencia del seguro, es jurídicamente incompatible con la buena fe que debe presidir (a ejecución de todo contrato."⁷⁶ La ley pretende que la conducta del asegurado no sea pasiva, que por el contrario sea una conducta diligente y activa, que "frente al peligro que amenaza sus intereses, el asegurado reaccione de igual modo que si ellos no estuvieran asegurados."⁷⁷

7.4.1.3.2 Dar aviso oportuno de la ocurrencia del siniestro. Esta carga la impone al asegurado el artículo 1075 del C. de Co. que dice:

El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro. "Importa a la ley que el asegurador tenga información oportuna del hecho que da origen a su obligación principal, esto es, de la "realización del riesgo asegurado (art. 1072).

⁷⁶ OSSA GOMEZ Ob. Cit. p. 412

⁷⁷ OSSA GOMEZ Ob. Cit., p. 412

Es la que permite, en ejercicio de sus facultades preventivas, identificar las circunstancias del siniestro (fugar, tiempo, modo); conocer, por percepción directa, sus causas y evaluar, así sea tentativamente, la magnitud de sus efectos."⁷⁸

⁷⁸ OSSA Ob. Cit., p. 414

8. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICA

8.1. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

8.1.1. Noción. Consagración legal. Artículo 1127 del C. de Comercio estipula que “El seguro de Responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Es asegurable la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

8.1.2. Ubicación. El código de Comercio Colombiano establece una clasificación del contrato de seguro, que permite ubicar el seguro de responsabilidad civil profesional, en un orden jerárquico, donde cada clase de seguro forma parte de la modalidad inmediatamente superior, hasta llegar a la noción mas general del seguro, así: seguros, seguros de daños, seguros Patrimoniales, seguros de responsabilidad civil profesional.

El fin que se persigue con el seguro de responsabilidad civil profesional, es cubrir la responsabilidad que pueda pesar sobre el asegurado, proveniente de circunstancias que se presentan en el desarrollo de su actividad profesional y de las cuales sea civilmente responsable. Esta referido a daños ocasionados en el desarrollo de su actividad profesional.

8.1.3 **Ámbito de aplicación.** De acuerdo con el artículo 1127 del C. de Co..., el seguro de responsabilidad civil, “tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficio de la indemnización.... “Busca la protección de la víctima de los daños que pueda sufrir cuando tenga su origen en la denominada culpa profesional que es una de las manifestaciones de la culpa”. Protege también el patrimonio del civilmente responsable pues de no existir el seguro, sería su patrimonio el que se afectaría como consecuencia de la responsabilidad civil.

Por culpa profesional, se entiende aquella en la que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella impone. Se trata de una infracción típica concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad. Todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma y aplicarlos de manera cuidadosa y diligente.

8.1.3.1 Definición de profesional. Como ya se había anotado anteriormente profesional “es aquella persona que frente a la sociedad realiza una actividad habitual y presta y ofrece sus servicios. El profesional, es una persona dotada de conocimientos, pericias o saberes que, por lo habitual, están respaldados por la ostentación de un título acreditativo de la idoneidad para el desempeño de su función”.⁷⁹

De esta manera, la expresión profesional se asocia con la persona que ha cursado una carrera universitaria o, como dice el código Civil, “El que realice largos estudios”. Esta persona ofrece y presta sus servicios a la comunidad; y la comunidad celebra contratos para obtener la prestación de sus servicios, puede exigir que éste cumpla diligentemente con sus obligaciones y que responda por los daños causados.

8.1.3.2 Cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional. Antes de analizar la cobertura que ofrece el seguro de responsabilidad civil profesional, se enunciarán algunas notas características de este contrato en particular, que ayudaran más adelante, a precisar el alcance de su cobertura.

Es un seguro multidisciplinar: “Inciden sobre él una serie de materias, de carácter jurídico, sociológico, estadístico, que de alguna manera, como en el caso del

⁷⁹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. La responsabilidad civil profesional. Madrid-Editorial Colex, 1999, p. 21.

derecho, trazan un esquema previo, que va a orientar de forma decisiva el desarrollo de esta disciplina”.⁸⁰

Es un seguro amplio: “Bajo las sencillas y minimizadas siglas del RC se esconden una variadísima gama de modalidades de aseguramiento, que van desde la esfera privada de cualquier individuo hasta los más complejos riesgos industriales.

Es un seguro moderno: “Este seguro es una consecuencia directa, aunque no inmediata de la evolución de la práctica mercantil y de la Revolución Industrial de los siglos XVII y XIX”.⁸¹

La responsabilidad civil no es un concepto estático. “Por el contrario es algo permanentemente ligado a los cambios y necesidades sociales y a los criterios jurisprudenciales del momento.”⁸²

La finalidad del seguro de responsabilidad civil profesional es preventiva, busca evitar que el patrimonio del asegurado resulte afectado como consecuencia de la responsabilidad derivada de su ejercicio profesional. El ámbito de aplicación de este tipo de seguro es muy amplio, porque se puede pactar para cualquier caso, salvo aquellos en los que el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión o cuando la profesión no goza de la tutela del Estado. Esto de acuerdo

⁸⁰ LÓPEZ-COBO, Claudio I. El seguro de responsabilidad civil. Fundamentos y modalidades. Madrid: Comercial Impresora, 1988, p. 20.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid. Pág.

con el artículo 1129 del C. de Co., que establece que: “será nulo, de nulidad absoluta, el seguro de responsabilidad profesional cuando la profesión y su ejercicio no gocen de la tutela del Estado o cuando, al momento de celebrarse el contrato, el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión”.⁸³

8.1.4 Función del seguro de responsabilidad civil profesional. El seguro de Responsabilidad Civil Profesional contiene todos y cada uno de los elementos y características propias del seguro de Responsabilidad Civil, diferenciándose en la clase de daño que genera la responsabilidad del asegurado, pues es un daño que se obliga como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional, de ahí la importancia de este seguro, ya que persigue la asunción del riesgo por parte de una aseguradora con el fin de indemnizar a la víctima en el evento de que se cause un daño en el desempeño o ejercicio profesional del agente.

8.1.5 Siniestro. El Código de Comercio en su artículo 1072 define el siniestro como “la realización del riesgo asegurado”, pero determinar el momento en que se produce la realización del riesgo no es fácil en la práctica, y más cuando se trata de un seguro de Responsabilidad, en donde el siniestro “consistirá en el daño que dio lugar a la responsabilidad”.⁸⁴ Por esto el “tema de la identificación del daño en este seguro ha dado lugar a grandes discusiones doctrinales. Así como, es sencillo identificar el siniestro con el incendio en el seguro de este nombre (o en el

⁸³ ISAZA DE BARBO, María Cristina. PALACIOS, Myriam, RINCÓN, Ángela. Responsabilidad Civil Profesional. Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 85.

⁸⁴ GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestres. Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 369.

de granizo, o robo, o rotura de cristales), en el de la responsabilidad civil cabe discutir si el siniestro coincide con el hecho jurídico de la reclamación del perjudicado, o con el hecho de haber cumplido el asegurado su obligación de indemnizar al tercero.”⁸⁵

Las distintas tesis de la doctrina confluyen en dos teorías principales, que se pueden dividir en “la que sostiene que el siniestro coincide con el hecho dañoso, del que nace la responsabilidad; la que afirma que no hay siniestro hasta que el tercero perjudicado no haya hecho su reclamación”.⁸⁶

En Colombia, el Código de comercio no toma un criterio único, sino que mezcla estas dos teorías para establecer cuándo se entiende ocurrido el siniestro, por esto en el artículo 1131 de este mismo Código se consagra lo siguiente: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurador, ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.⁸⁷

Al respecto, la Comisión Redactora en su exposición de motivos expresó: “La Comisión ha querido (Art. 951) dar solución a algunos problemas que suscita la noción de siniestro en el seguro de responsabilidad civil, y por eso ha dicho que el

⁸⁵ Ibid. Pág.

⁸⁶ Ibid. Pág.

⁸⁷ ISAZA BARBO, Op. Cit., p. 59-60.

siniestro se encuentra ocurrido desde el momento en que se registre el hecho externo imputable al asegurado.

Pero ha agregado, al mismo tiempo que la responsabilidad del asegurador no podrá hacerse efectiva sino cuando el damnificado o sus causahabientes formulen su reclamación judicial o extrajudicial, con lo cual se da solución a los problemas atinentes a la vigencia de ese contrato, fecha desde la cual empieza a contarse el término dentro del cual el asegurado debe notificar el siniestro, al momento que marca la iniciación del lapso de prescripción de las acciones, etc.”.⁸⁸

4.1.6 Prescripción. Los docentes Rafael Gamboa, Carlos Darío Barrera y José Fernando Torres explican en su análisis: “La prescripción en el contrato de seguro, que el problema de la determinación del momento desde el cual corre o debe correr él término de la prescripción de la acción del asegurado, o beneficiario, contra el asegurador, derivada del seguro de responsabilidad civil, ha suscitado fuertes controversias en la doctrina y la jurisprudencia, no sólo en Colombia sino en otros países”.

⁸⁸ ISAZA DE BARVO, Op. Cit, p. 60.

Por esto el nuevo Código Civil trae una norma especial⁸⁹ que regula el momento a partir del cual comienza a correr los términos de prescripción, disipando de esta forma las dudas que se tenían sobre el tema.

8.2 EL ASEGURAMIENTO DEL MÉDICO

Es curioso como los avances de la medicina, contrastan con el notable incremento de las demandas y denuncias de pacientes insatisfechos en la búsqueda de un resarcimiento económico y social, pues poner todos los medios al alcance del paciente para intentar paliar su enfermedad, empieza a no ser suficiente: ahora se busca la garantía en el resultado.

El resultado de las demandas por responsabilidad que termina en la condena del médico ha aumentado en un 40% cada año, de aquí nace la verdadera necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil como medida de atenuación al impacto contra el patrimonio de los médicos. En este sentido, no se debe buscar sólo una póliza que garantice una serie de amparos para las actuaciones profesionales, sino un completo paquete que se adapte a las necesidades, y que tengan como objeto fundamental crear seguridad en el ejercicio de la profesión médica. Para determinar qué es el aseguramiento médico, es conveniente precisar algunos aspectos:

⁸⁹ Artículo 1131: "En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto a la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial".

Primero, que la medicina: "es la ciencia, arte y profesión que reúne el conjunto de conocimientos y procedimientos organizados de acuerdo con el método científico que permite aplicarse para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico de la enfermedad; terapia y rehabilitación del ser humano y mejora los patrones de vida de la colectividad, y su entorno, en el contexto del proceso salud, enfermedad y muerte".

Así mismo, el ejercicio de la medicina se reconoce como la "aplicación de medios y conocimientos científicos, saberes y disciplinas cuyo fin es la promoción de la salud, y la prevención, diagnóstico de la enfermedad; tratamientos y rehabilitación del enfermo desde el punto de vista biológico, mental y social mediante actividades y actos médicos ejecutados por personal idóneo debidamente capacitado para tal fin conforme a su formación de pregrado y/o postgrado y adecuado a las necesidades sociales del país. Este puede ser independiente, institucional, público, y privado; y puede ser ejecutado individualmente o por equipos de salud. El campo del trabajo médico-asistencial puede ser general o especializado".

De acuerdo a lo anterior, el acto médico sería el "conjunto de acciones producto de los conocimientos y métodos científicos que constituyen la medicina, se aplican por él médico autorizado para ejercerla, se orienta a la promoción de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad".

El médico representa "a la persona a quien legalmente se le ha otorgado el título de médico previa formación a nivel universitario y quien se compromete a ejercer su profesión con principios humanísticos, éticos y científicos. El médico se compromete a utilizar todos los medios a su alcance para efectuar el acto médico con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y responsabilidad para mantener la salud y tratar de aliviar los efectos de la enfermedad, previa información de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al acto médico."

El seguro de responsabilidad médica cubre la responsabilidad profesional del asegurado derivada del ejercicio de su profesión médica, y la de sus empleados que ejerzan una profesión médica, médica auxiliar, o farmacéutica, y que por su culpa, ya sea por negligencia o impericia, causen daños corporales o inclusive la muerte a sus pacientes.

Así mismo, ampara la responsabilidad civil legal por los daños que causen a terceros en sus bienes o en sus personas, que se deriven por el uso, posesión o mantenimiento de inmuebles, de aparatos y tratamientos médicos con fines de diagnóstico o terapéutica, y de equipos de medicina nuclear y materias radioactivas empleados para el desarrollo de dichas actividades médicas. También ampara los gastos de defensa si es presentada una demanda en contra del asegurado, como por ejemplo las primas por fianzas judiciales en garantía del pago de las sumas reclamadas, así como, el pago de las cauciones o de las

primas de las fianzas que deban otorgarse como caución para que alcance su libertad preparatoria, provisional o condicional durante un proceso penal o civil, que se siga en su contra.

El Seguro de Responsabilidad Civil para Profesiones Médicas, está dirigido a médicos titulados de cualquier especialidad, asociaciones, institutos y grupos de colegios médicos.

En los últimos años se ha presentado un incremento en las demandas, pero estas no están directamente relacionadas con la existencia de un Seguro sino con el progreso social, médico y jurídico que desde hace algún tiempo se viene poniendo de manifiesto.

El paciente no se resigna ya a los problemas de salud y ve con más certeza la posibilidad de reclamar por los perjuicios sufridos, y de obtener por ello una compensación económica en el caso de que se pruebe la ocurrencia del daño.

La protección a la salud cuenta cada vez con técnicas más complejas y sofisticadas, pero también peligrosas que, por una parte, propician una exigencia quizás excesiva de los pacientes en este progreso y, por otra, generan mayores riesgos, a lo que habría que añadir que el progreso técnico ha desdibujado la relación humana entre profesional y paciente, desapareciendo la figura del profesional, cada vez más considerado como un técnico.

La responsabilidad del profesional médico no se basa sólo en la negligencia o mala práctica sino en la contravención de los derechos de los pacientes positivizados jurídicamente.

8.3 PARTES DEL CONTRATO DE SEGUROS

Según el Código de Comercio "son partes en el contrato de seguros:

El asegurador o sea la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo a las Leyes y reglamentos, y El tomador o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos".

Existen otras personas que sin ser parte del contrato de seguro de responsabilidad civil médica, intervienen en el contrato, estas son los interesados, los cuales pueden ser:

El Asegurado: Que es "la persona que tiene interés asegurable en el riesgo que traslada. Es, como lo decía el artículo 635 del antiguo Código de Comercio, la persona que queda libre del riesgo, naturalmente dentro de la relatividad del concepto de indemnización"

Beneficiario: "Quienes como tales, no intervienen en la formación del contrato (a menos que tenga la calidad de "asegurados" y "tomadores" en el seguro de daños y aún en los de personas sobre riesgo de la muerte), pero han de percibir el valor

del seguro, en caso de siniestro, ajustado naturalmente con arreglo a sus condiciones y límites"

8.4 RELACIÓN ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO

8.4.1 Relación Asegurado – Asegurador. Esta relación nace bajo el amparo del contrato de seguros, por lo tanto la responsabilidad que se derive de él será contractual, salvo, que se dé el daño por el incumplimiento del contrato. Hay que tener en cuenta que en este tipo de seguros el tomador es el mismo asegurado, pues es su "integridad patrimonial la que pretende ser resguardada mediante la contratación del seguro"²⁷¹. No siempre el tomador es el mismo asegurado en otro tipo de contrato de seguro.

La acción directa está consagrada en el artículo 1133 del nuevo Código de Comercio de la siguiente forma: "En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador.

"Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador", pero antes deberá acreditar él o sus causahabientes que sí existió la responsabilidad del asegurado; por otro lado, si no lo hace en el mismo proceso se tendrá que

esperar así resultado de éste para poder entrar a resolver las pretensiones contra el asegurador, nacidas del contrato de seguro".

8.4.2 Relación Asegurador – Víctima. Con la Ley 45 de 1990 nace para la víctima la acción directa contra el asegurador, ya que antes de esta Ley la víctima tenía que demandar al asegurado y éste llamaba en garantía al asegurador.

8.4.3 Relación Asegurado – Víctima. Según Peirano Fació: "el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que debe ser soportado por quien no ha contribuido a su realización, debe darse necesariamente, cierta relación entre el daño causado y la conducta quien está llamado a responder por el mismo"²⁷⁵, de ahí que se necesite que el daño soportado por la víctima tenga origen en el desarrollo de la actividad profesional del asegurado.

Cuando se trata de eventos previamente excluidos o se excede el monto del valor asegurado, estamos frente a unos casos donde se presenta responsabilidad por parte del asegurado pero no responde el asegurador, esto quiere decir, que no siempre que el asegurado cause un daño a la víctima como consecuencia de su actividad responde la aseguradora. Por otro lado, también es posible que el asegurador esté obligado a responder sin que medie culpa de asegurado, tal es el caso de las demandas temerarias.

9. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

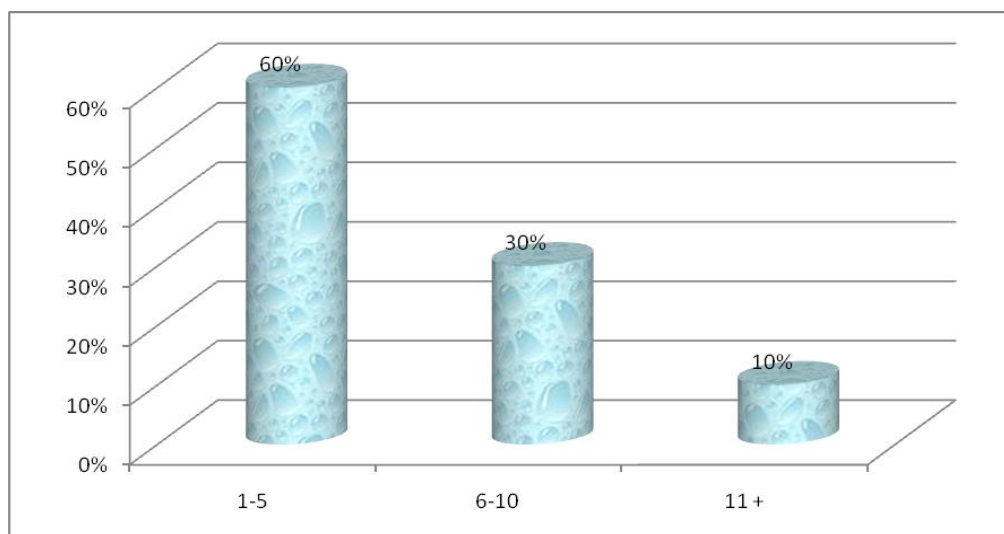
A continuación se presenta la tabulación y los resultados de la investigación realizada a los profesionales que se encuentran ubicados en el CECAM NORTE del Distrito de Barranquilla, en donde la participación de estas personas fue un valioso aporte para la presente investigación.

TABLA 1. Tiempo que lleva ejerciendo la práctica de la medicina.

AÑOS QUE LLEVA EJERCIENDO LA PROFESIÓN DE LA MEDICINA	No.	%
1-5	6	60
6-10	3	30
11 +	1	10
TOTAL	10	100

FUENTE: Datos obtenidos según formato de encuesta aplicado a 10 profesionales médicos que se encuentran laborando en el Nuevo Seguro Social CECAM zona Norte del Distrito de Barranquilla.

GRAFICA 1. Tiempo que lleva ejerciendo la práctica de la medicina.



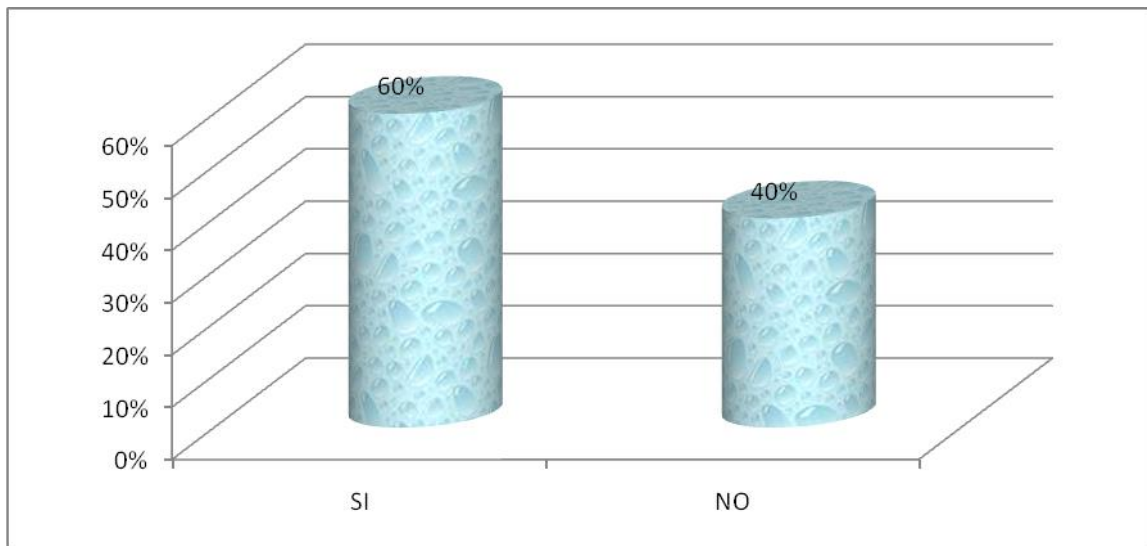
De acuerdo a lo arrojado en la tabla y gráfica de los profesionales en la salud encuestados de la sede Nuevo Seguro Social CECAM Sede Norte, el tiempo que llevan laborando en esta profesión corresponde entre 1-5 años en un 60%, y para más de 10 años en un 10%.

TABLA 2. Conoce los aspectos básicos del significado legal del Seguro de Responsabilidad Civil Médica.

CONOCE ASPECTOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	No.	%
SI	6	60
NO	4	40
TOTAL	10	100

FUENTE: Datos obtenidos según formato de encuesta aplicado a 10 profesionales médicos que se encuentran laborando en el Nuevo Seguro Social CECAM zona Norte del Distrito de Barranquilla.

GRAFICA 2. Conoce los aspectos básicos del significado legal del Seguro de Responsabilidad Civil Médica.



En lo que respecta a si conoce los aspectos básicos del significado legal del Seguro de Responsabilidad Civil Médica el 60% manifestó que si lo conoce, mientras que el 40% opinó que no, ellos simplemente se limitan a firmar los

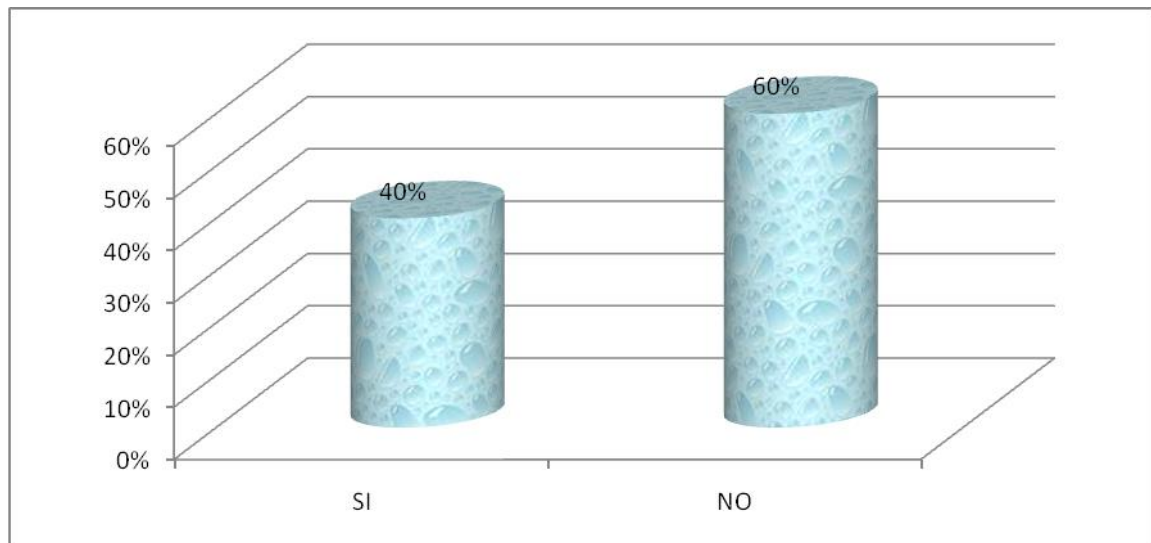
aspectos que tienen que ver al momento de la contratación realizada por una empresa de servicios al Nuevo Seguro Social CECAM, y piensan que esto los protege frente a cualquier eventualidad.

TABLA 3. Tiene alguna otra especialización dentro del campo de la medicina.

TIENE ALGUNA OTRA ESPECIALIZACIÓN ADEMÁS DE LA MEDICINA	No.	%
SI	4	40
NO	6	60
TOTAL	10	100

FUENTE: Datos obtenidos según formato de encuesta aplicado a 10 profesionales médicos que se encuentran laborando en el Nuevo Seguro Social CECAM zona Norte del Distrito de Barranquilla.

GRAFICA 3. Tiene alguna otra especialización dentro del campo de la medicina.



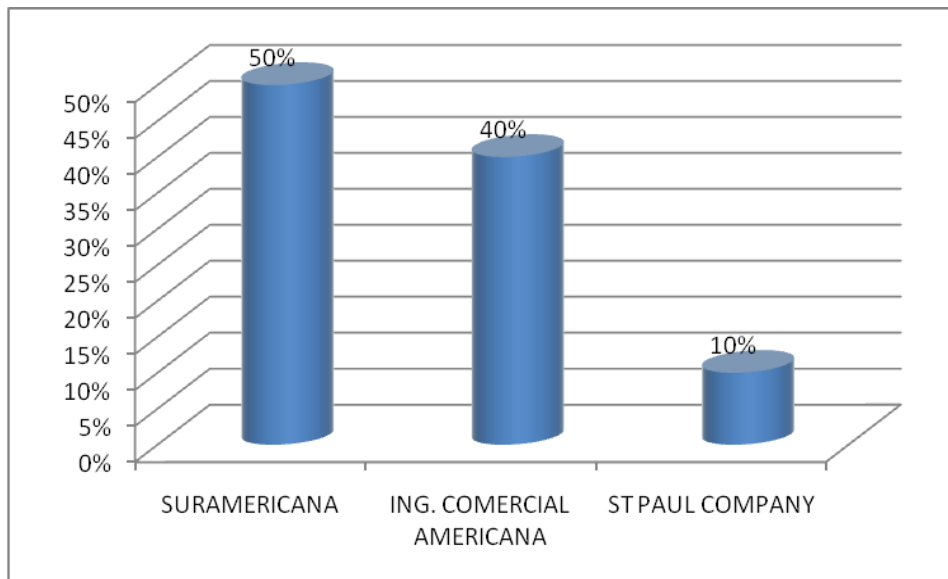
En lo que respecta a si ha realizado alguna otra especialización además del pregrado en medicina los encuestados opinaron que no en un 60%, mientras que el 40% manifestó que si lo ha hecho, esto debido a que esto les da más estatus y les aumenta el sueldo.

TABLA 4. Con cuál entidad legalizó la póliza en el Contrato de Responsabilidad Civil Médica.

ENTIDAD QUE UTILIZÓ PARA EL CONTRATO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	No.	%
SURAMERICANA	5	50
ING. COMERCIAL AMERICANA	4	40
ST PAUL COMPANYY	1	10
TOTAL	10	100

FUENTE: Datos obtenidos según formato de encuesta aplicado a 10 profesionales médicos que se encuentran laborando en el Nuevo Seguro Social CECAM zona Norte del Distrito de Barranquilla.

GRÁFICA 4. Con cuál entidad legalizó la póliza en el Contrato de Responsabilidad Civil Médica



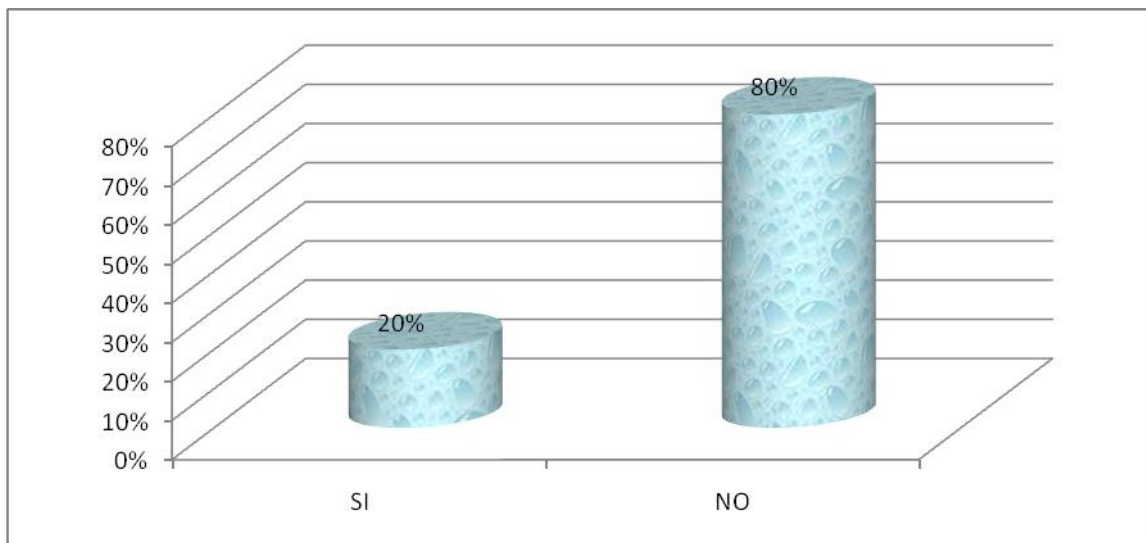
En lo que tiene que ver con la entidad en la que se encuentra registrado la póliza del Contrato de Responsabilidad civil Médica el 50% lo ha realizado con SURAMERICANA, 40% con ING. COMERCIAL AMERICANA y el 10% con ST PAUL COMPANYY.

TABLA 5. Se ha enfrentado alguna vez algún tipo de situación en cuanto a incumplimiento de responsabilidad civil médica con algún paciente o usuario

HA TENIDO INCONVENIENTE CON INCUMPLIMIENTO EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	No.	%
SI	2	20
NO	8	80
TOTAL	10	100

FUENTE: Datos obtenidos según formato de encuesta aplicado a 10 profesionales médicos que se encuentran ubicados en el Nuevo Seguro Social CECAM zona Norte del Distrito de Barranquilla.

GRAFICA 5. Se ha enfrentado alguna vez algún tipo de situación en cuanto a incumplimiento de responsabilidad civil médica con algún paciente o usuario



En cuanto a si se ha enfrentado alguna vez algún tipo de situación con incumplimiento de responsabilidad civil médica con algún paciente o usuario los encuestados respondieron que no en un 80%, mientras que el resto manifestó que si se ha enfrentado a esta acción en un 20%, esto debido a un mal procedimiento en una intervención quirúrgica, pero alegan que fueron circunstancias de descuido por parte de la institución hospitalaria, otro aspecto fue por la formulación de un medicamento inadecuado, estuvo sancionado pero no trascendió a mayores.

CONCLUSIONES

La Medicina actual se encuentra en un avanzado nivel de evolución, pues no sólo se limita al estudio de cada cuadro clínico (enfermedad y sanación del paciente), sino que se desarrolla como una medicina activa que busca intervenir y actuar frente a la enfermedad de manera rápida, ayudada por los avances tecnológicos. Esto implica una rápida toma de decisiones que en un futuro podrán ser consideradas obsoletas a la luz de los avances que se presenten con posterioridad en relación con esta ciencia.

Frente a esta situación, los médicos y entidades prestadoras del servicio de salud en Colombia se encuentran expuestos a riesgos de naturaleza médico legal, y a la amenaza de tener que enfrentarse a las acciones judiciales que se intenten contra ellos, viéndose en la necesidad de hacer frente a las consecuencias patrimoniales adversas que esto conlleva. Por ésta razón se concluye, luego de haber realizado este trabajo, que resulta necesario difundir la figura legal del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, como mecanismo que permita afrontar las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad que podría derivarse de sus actuaciones en el ejercicio de actividad profesional.

El tema de la protección del paciente, entendiendo al paciente como el usuario del servicio médico, ha adquirido hoy gran importancia debido a la política

proteccionista del consumidor desarrollada por los Estados. Esta situación ha llevado a que los profesionales tomen conciencia de que su relación profesional con el paciente se desenvuelve dentro del marco jurídico de la responsabilidad civil, en la que el paciente es poseedor de una serie de derechos para obtener la indemnización de los perjuicios que pudiere llegar a sufrir. La importancia dada hoy a los derechos del consumidor se ha presentado como una consecuencia del reconocimiento de la dignidad del ser humano, como poseedor de derechos para demandar servicios adecuados a sus necesidades, principio que resulta plenamente aplicable cuando se trata de la prestación de servicios médicos y actividades relacionadas con la salud.

El seguro de Responsabilidad Civil Médica como tal, ha tenido un tímido y limitado desarrollo en el mercado colombiano, pues son pocas las condenas en los procesos judiciales que se llevan por mala praxis médica. La razón de esto es la escasa cultura de reclamo con la que cuenta nuestro país. A esto se agrega que no existen abundantes elementos sobre los cuales estructurar un sistema de interpretación de las disposiciones aplicables tanto a la responsabilidad civil del médico, como a las estipulaciones contractuales consignadas en las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional, pues la legislación y la jurisprudencia sobre el tema son escasas.

De lo anterior se concluye finalmente que es sentida la necesidad de contar con una legislación clara y unificada sobre la Responsabilidad Civil Médica, para que

de ahí, se pueda determinar cuáles son los riesgos que cubrirá el Seguro de Responsabilidad Civil médica, resulta evidente que esto contribuiría a facilitar la solución de las controversias derivadas del contrato de prestación de servicios médicos.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI ROGIEUZ, Arturo. De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1991.

ARANGO DE CEVALLOS, Gloria Stella. El seguro de responsabilidad civil. Trabajo de Grado (Abogado). Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1975.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO DE SEGUROS "ACOLDESE", XVI ENCUENTRO NACIONAL. Santa Marta, Agosto de 1991.

BARBATO, Nicolás. Culpa Grave y Dolo en el Derecho de Seguros. Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1988.

BLOISE, Walter. Seguro de Mala Praxis Médica en Brasil. Tomado de la página de Internet: <http://www.sanpacific.comar/RPNAnt.Esp.htm>.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime. URIBE OSORIO, Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro. Colombia Editores Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, 2004.

CASTAÑEDA F. Juan Ramón. De la Prescripción Médica. Revista Derecho & Medicina. Registro Médico. Volumen 4 : 38, Octubre 2001.

Constitución Política de Colombia, 1991.

DOMINGUEZ DE MORA, Olga Victoria. Responsabilidad Médica en la Legislación y Jurisprudencias Nacionales. Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

DURÁN TRUJILLO, Rafael. Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa). Bogotá, D.C., Editorial Temis, 2004.

FRANCO E, Morales MC, Guzmán F, Mendoza J, González N, Arrázola R Responsabilidad Civil del Médico. En Guzmán F y cois. De La Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Dike. Ediciones Rosarista. Medellín, 1995.

FRANCO E, GUZMÁN F. Medicina y Derecho: /Áreas comunes. Rev. FEPASDE 1996

GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestres, Imprenta Aguirre. Madrid 2002.

GUZMÁN, F. Cambiará el Ejercicio de la Profesión Médica? Prensa Médico-Quirúrgica 1994.

GUZMÁN F, Franco E, Morales MC, Mendoza J. El Acto Médico. Implicaciones éticas y legales. Acta Med Col 1994.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. Estructura de la forma en el contrato de Seguro. Editorial Temis, Bogotá, 2006.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro 2ª Edición, 2003. Dupré Editores, Santafé de Bogotá, Colombia.

MENDOZA, J, Morales, MC, Guzmán, F Franco, E. Aspectos medico legales del consentimiento en medicina. El Siglo. Abril 2 de 1994.

MORALES MC, Franco E, Guzmán F, Arrázola P. El Contrato de Servicios Médicos. En: Guzmán F y cois. De la Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Dike. Ediciones Rosaristas. Medellín, 1995.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 1173 DE 2001 SENADO. Artículo 11, Eduardo Arango Piñeres.

PROYECTO DE LEY NUMERO 125 DE 1999 CAMARA DE REPRESENTANTES, Artículo 1 Jorge Giraldo Serna.

RINCON CADENA, Ana Victoria. El Contrato de Seguro y la Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

ROSSELLI A, Guzmán F. Ciencia y Magia. Innovación y Ciencia 1996.

ANEXOS

ANEXO A. Formato de Encuesta

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA
FACULTAD DE DERECHO
ENCUESTA

Nombre: _____ Edad. _____

Sexo. _____ fecha. _____

1. Tiempo que lleva ejerciendo la práctica de la medicina

1-5 () 6-10 () MÁS DE 11 ()

2. Conoce los aspectos básicos del significado legal del Seguro de Responsabilidad Civil Médica.

SI () NO ()

3. Tiene alguna otra especialización dentro del campo de la medicina.

SI () NO ()

4. Con cuál entidad legalizó la póliza en el Contrato de Responsabilidad Civil Médica.

SURAMERICANA () ING.COMERCIAL AMERICANA ()

ST. PAUL COMPANY ()

5. Se ha enfrentado alguna vez algún tipo de situación en cuanto a incumplimiento de responsabilidad civil médica con algún paciente o usuario

SI () NO ()

ANEXO B.

“SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA PROFESIONAL”

COOMEVA

- Ventajas

El seguro de Responsabilidad Civil Profesional Medica protege el patrimonio de los profesionales de la salud, en el evento de resultar responsables civilmente en el desarrollo normal de las actividades profesionales. Sorpréndase con las facilidades que ofrecen para los asociados a Coomeva.

Médicos generales, especialistas, cirujanos, Odontólogos, Ortodoncistas y otras especialidades afines.

Coberturas

Responsabilidad Civil Profesional por:

- E&O (Errores y Omisiones)
- Uso de equipos
- Personal Paramédico
- Gastos de Defensa en Proceso Penal y Civil

Amparo adicional por daño moral (previa sentencia)

Tarifa Por Especialidad	\$50 MM	\$100 MM	\$200 MM
Anestesiólogos Ginecólogos	31.752	23.461	17.640
Cirugía Urología Oftalmología y Radiología	24.045	14.288	12.678
Otros Especialistas y Médicos Generales	19.278	14.288	10.773
Odontólogos y Ortodoncistas	18.900	14.490	6.552
Tarifa por especialidad	\$300 MM		\$500 MM
Anestesiólogos Ginecólogos	31.752		43.500
Cirugía Urología Oftalmología y Radiología	24.045		33.713
Otros especialistas y Médicos Generales	19.278		21.569
Odontólogos y Ortodoncistas	15.588		18.900

³⁶⁵ Clasificados COOMEVA, Tomado de la página de internet

SURAMERICANA

Suramericana ha diseñado un seguro que cubre la responsabilidad civil profesional del médico, con el cual se ampara “las indemnizaciones que tenga que pagar el asegurado en razón de la responsabilidad civil profesional que le sea imputable por un acontecimiento que cause daños personales, y que se ocasionen como consecuencia de siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza y causados directamente por el ejercicio de la profesión médica legalmente habilitada para ejercerse y especificada en la carátula de la póliza.”-³⁶⁶

La póliza cubre las siguientes responsabilidades del médico asegurado:

“Imputable al asegurado por actos u omisiones cometidos en el ejercicio de una actividad profesional médica por el personal médico, paramédico o medico auxiliar al servicio y bajo la supervisión del asegurado.

Derivada de la sustitución provisional que del asegurado efectuara otro médico que ejerza la misma especialidad que la del asegurado, sin incluir la responsabilidad civil profesional propia del médico sustitúyete.

En materia extracontractual por daños personales, derivada de la propiedad, arriendo o usufructo de los predios de un consultorio, en las que se desarrollan las actividades propias de la profesión de la medicina materia de este seguro y que figuran en la carátula de póliza (predios asegurados).

Derivada de la posesión y el uso de aparatos y tratamientos médicos con fines de diagnóstico o de terapéutica, en cuanto dichos aparatos y tratamiento estén reconocidos por la ciencia médica y que no se encontraren comprendidos en el amparo adicional de los riesgos especiales de esta póliza.

Imputables por daños personales a consecuencia del suministro de medicamentos, drogas u otros materiales médicos, quirúrgicos o dentales de acuerdo al numeral tercero de esta cobertura, siempre y cuando el suministro sea parte necesaria de la prestación de servicios y los mencionados productos hayan sido elaborados por el Asegurado mismo o bajo supervisión directa, dentro de los predios asegurados, o los mencionados productos hayan sido registrados ante la autoridad competente sin que en este caso quede cubierta la responsabilidad civil productos del fabricante.

Entonces el amparo comprende: El pago de la indemnización que deba cubrir el asegurado; el pago de los gastos de defensa que asuma el asegurado bajo las condiciones de la presente póliza, pero “en ningún caso están cubiertas las indemnizaciones que tenga que pagar el asegurado por:

Dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario.

Daño a las personas o a los bienes del cónyuge del asegurado o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil. La misma exclusión opera con respecto a todos los socios del asegurado, directores y representantes legales de la entidad asegurada.

Deslizamiento de tierra, fallas geológicas, terremotos, temblores, asentamientos, cambios en los niveles de temperatura o agua, inconsistencias del suelo o subsuelo, lluvias, inundaciones, erupción volcánica o cualquier otra perturbación atmosférica o de la naturaleza. El incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de pactos que vayan más allá del alcance de la responsabilidad civil del asegurado (como también responsabilidades ajenas, en las que el asegurado, por convenio o contrato, se comprometa a la sustitución del responsable original). Daños a consecuencia de reacción nuclear, radiación nuclear, exposiciones nucleares o contaminación radioactiva...

Los límites máximos de indemnización son:

“La responsabilidad de la SURAMERICANA de cubrir los daños y perjuicios causados por el asegurado y cuyas causas sea un mismo siniestro no podrá exceder el límite fijado en la carátula de la póliza como límite global por vigencia.

Cuando en la carátula o amparo adicional se estipule un sublímite por persona por unidad asegurada o por siniestro cuya cobertura es objeto de la cláusula o amparo adicional, tal sublímite será el límite máximo de la indemnización.

No obstante, si las reclamaciones exceden en su monto la suma asegurada, la SURAMERICANA solo responderá por los gastos del proceso contra la SURAMERICANA o el Asegurado en proporción a la cuota que le corresponde en la indemnización de las reclamaciones aun cuando se tratare de varios procesos resultantes de un mismo acontecimiento. En tales casos, la SURAMERICANA podrá eximirse de otras reclamaciones mediante el pago de la suma asegurada y su participación proporcional en los gastos hasta entonces causados.”³⁶⁹

ING COMERCIAL AMERICANA

“El asegurado de Responsabilidad Civil para Profesionales Médicos de ING Comercial América – Seguros, da el respaldo económico al médico asegurado y sus empleadores, para resarcir los daños que ocasionen a sus pacientes o a terceros, en sus bienes o en sus personas, con motivo de su actividad profesional.

Este seguro cubre la responsabilidad profesional del asegurado derivada del ejercicio de su profesión médica, y la de sus empleados que ejerzan una profesión médica, médica auxiliar, farmacéutica o laboratorista, y que por su culpa, ya sea por negligencia o impericia, causen daños corporales o inclusive la muerte a sus pacientes.

Así mismo, ampara la responsabilidad civil legal por los daños que cusen a terceros en sus bienes o en sus personas, que se deriven por el uso, posesión o mantenimiento de inmuebles, de aparatos y tratamientos médicos con fines de diagnóstico o terapéutica, y de equipos de medicina nuclear y materias radioactivas empleados para el desarrollo de dichas actividades. También ampara los gastos de defensa si es presentada una demanda en contra del asegurado, como por ejemplo las primas por fianzas judiciales en garantía del pago de las sumas reclamadas, así como, el pago de las cauciones o de las primas por fianza judiciales en garantía del pago de las sumas reclamadas, así como, el pago de las cauciones o de las primas de las fianzas que deban otorgarse como caución para que alcance su libertad preparatoria, provisional o condicional durante un proceso penal que se siga en su contra³⁷⁰.

ST. PAUL COMPANY

Para la investigación del seguro de responsabilidad Médica recibimos una cooperación muy valiosa por parte de la compañía de seguros THE ST. PAUL COMPANY sede argentina, a través de su e-mail: info@respaldoseguro, quienes nos explicaron cómo funciona este seguro y los elementos que ellos tienen en cuenta para asegurar un medico.

La información parte describiendo ¿Qué es para ellos el seguro de Responsabilidad Civil Medica?, y dice que “es un seguro mediante el cual la Aseguradora se obliga a mantener indemne al profesional por cuanto este deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil derivada del ejercicio legal de la profesión³⁷¹. Dando a entender con esto que se protege el patrimonio profesional del médico frente a la responsabilidad de responder a un reclamo efectuado por una persona atendida por este y que en el desarrollo de la actividad recibió un perjuicio.

Esta aseguradora brinda a sus asegurados sin costo adicional los siguientes beneficios:

Defensa Penal

Servicio de administración de riesgos

Asistencia Médico-Legal las 24 horas del día

Esta póliza está dirigida a:

Médicos, Odontólogos y otros profesionales de la salud en forma individual.

Asociación de profesionales de la salud en forma colectiva.

Centros ambulatorios de diagnóstico y/o tratamiento.

Laboratorio de análisis clínico.

Clínicas y sanatorios privados

Instituciones de medicina prepagada.