

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL ODONTOLÓGICA”

LUXI ADRINA SARRAZOLA CHANCI

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL ODONTOLÓGICA”

LUXI ADRINA SARRAZOLA CHANCI

Monografía como opción para optar al Título de Abogada

Asesor

ALEJANDRO GAVIRIA CARDONA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

Copyright © 2017 por Luxi Adrina Sarrazola Chanci & Corporación Universitaria
Americana.

Todos los derechos reservados.

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Medellín, julio de 2017

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, que me ha permitido la vida para llevar a cabo mi carrera, a mi familia por al apoyo incondicional

A todos los docentes, compañeros, y a todas aquellas personas que de una u otra forma hicieron parte de este proceso.

Al Dr. Sergio Yepes Restrepo por su asesoría, por su ayuda a través de su libro, por su orientación a nivel jurisprudencial.

Al Dr. Alejandro Gaviria Cardona director de este trabajo de investigación, por su orientación y guía, por el ejemplo que me dio como docente durante todos los años de academia y de rectitud en el ejercicio de la profesión, por animarme cuando perdía el entusiasmo y especialmente, por enseñarme lo que es sentir pasión por la profesión.

Por la Autora.

DEDICATORIA

Este logro lo quiero dedicar a Dios porque es el motor de nuestras vidas y el productor de nuestros sueños.

A mis padres, mi familia por ser el cimiento primordial en todo lo que soy, por ser nuestros profesores a lo largo de la vida y enseñarme a luchar por mis ideales, por su ejemplo, amor y por su ilimitado apoyo perfectamente sostenido a través del tiempo.

La Autora.

RESUMEN

“LA RESPONSABILIDAD CIVIL ODONTOLÓGICA”

Este documento trata de la responsabilidad civil odontológica por la prestación de servicio odontológico, siendo una de las fuentes de indemnización de perjuicios más frecuentes en la actualidad (Nuñez, 2006). Las demandas a Odontólogos, a especialistas del área odontológica y EPS han aumentado y se hace indispensable conocer los criterios y parámetros utilizados en los tribunales frente a la responsabilidad en esta profesión; esta monografía contiene un análisis sobre las diferencias entre el acto médico y el acto odontológico, motivación fundamental de esta investigación, por tratarse de un tema de gran impacto para el derecho en general, frente a la integración de la responsabilidad odontológica ante las lagunas de la ley a la responsabilidad médica, tratando a la profesión odontológica como una especialidad médica, ante la necesidad ineludible de lograr una adecuada aplicación del derecho, esta carencia o imperfección de las normas jurídicas respecto al tema específico de la responsabilidad odontológica, es la que da lugar a las llamadas lagunas legales que deben ser resueltas a través de los mecanismos de integración.

Ahora bien los daños y perjuicios ocasionados a un paciente o a sus familiares resultan de la relación directa entre odontólogo-paciente [elemento subjetivo de responsabilidad] en la prestación de un servicio de salud oral, en esta profesión, al igual que la medicina, se realizan tratamientos y procedimientos curativos y estéticos, con asistencia de personal auxiliar en el 100% de los casos, el acto odontológico se realiza con ayuda de implementos, instrumentos, material odontológico, productos anestésicos, asistencia externa[laboratorio dental], situación que puede influir en el resultado final de algún tratamiento, ya que es una labor que se ejerce exclusivamente sobre tejidos con diversos grados de respuesta o reacciones imprevisibles.

La normatividad establece una serie de deberes de alto compromiso social y ético del profesional durante el desarrollo de su labor; de acuerdo a los fallos de las Altas Cortes y de Tribunales, el profesional de la salud podrá estar inmerso en diversos tipos de responsabilidades:

La primera, denominada Responsabilidad Extracontractual, surge cuando el daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad; este tipo de responsabilidad, delictual o aquilina puede definirse como aquella que existe cuando una persona causa, ya sea por sí misma, o por medio de otra de la que responde por un daño, frente a terceros a los cuales no estaba ligado por un vínculo obligatorio [contrato] con relación al daño producido. Un caso de responsabilidad extracontractual es el que puede surgir por

los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a las mismas, como la conducción de un automóvil o el desarrollo de una actividad industrial. También los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas indirectas.

Otro supuesto es el de la responsabilidad por daños causados por bienes propios: cuando se desprende un elemento de un edificio y causa lesiones a quien pasa por debajo o cuando alguien sufre un accidente por el mal estado del suelo. También se es responsable por los daños y perjuicios que originen los animales de los que se sea propietario.

La responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona, por lo que debe responder un padre por los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad; un empresario por los que causen sus empleados; y un establecimiento educacional por los causados por sus alumnos; un médico u odontólogo por los daños causados por el personal auxiliar, o personal a su cargo; y en tal caso la reclamación se hará vía del artículo 2341 y siguientes del Código Civil Colombiano; en la doctrina nacional, encontramos la opinión del Doctor Tamayo Jaramillo [pag.82] quien se refiere al tópico en mención así:

Ahora, en materia extracontractual se habla de responsabilidad por el hecho ajeno (llamada también indirecta, refleja, por el hecho de un tercero) por contraposición a la responsabilidad civil personal por el hecho propio. Mientras que en esta última el responsable causa en forma personal y directa el daño, en la primera dicho daño es causado por un tercero (directamente responsable) por quien debía responder el demandado (civilmente responsable). Sin embargo, bien vistas las cosas, pese a que el daño en forma física, es causado por un tercero, lo cierto del caso es que en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, el legislador sanciona también el comportamiento presuntamente culposos del civilmente responsable, lo que finalmente desemboca en una responsabilidad por un hecho personal de naturaleza omisiva. [TAMAYO JARAMILLO, PAG.82]

la segunda denominada *Responsabilidad Contractual*, cuando media un contrato en el desarrollo de su labor, en este caso, tratándose de la responsabilidad odontológica, el contrato será complejo, innominado, atípico, *sui generis* y la reclamación se hará con fundamento en los artículos 1602 y siguientes del Código Civil Colombiano; y los deberes y obligaciones de contenido Ético, la Ley 35 de 1989, actual Código de Ética Odontológica, establece un catálogo de deberes y obligaciones, considerados pilares del correcto ejercicio de la actividad odontológica, y cuya infracción acarrea consecuencia

de tipo ético, como lo son los llamados de atención de tipo privado o público, sanciones disciplinarias, suspensiones para ejercer la profesión, entre otros.

Hay que tener siempre presente que la responsabilidad civil médica se enmarca en el principio “*Artifex spondet peritiam artis*” (el artesano responde por su arte), este principio reflejado en nuestra legislación cuando dice que quien por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (sistema subjetivo de responsabilidad). Opuesta a la responsabilidad subjetiva se encuentra la denominada responsabilidad objetiva, en la cual surge la obligación de indemnizar sin necesidad de demostrar culpa por parte del causante del daño; la culpa es el elemento de la responsabilidad civil en Colombia preponderante al momento de determinar la responsabilidad civil del profesional de la salud.

Palabras Claves: Responsabilidad Odontológica, Ley 35 1989, acto odontológico.

ABSTRACT

"CIVIL RESPONSIBILITY ODONTOLOGY"

This document deals with dental liability for the provision of dental services as one of the most frequent sources of damages for damages (Nuñez, 2006). The demands on Dentists, Specialists and EPS have increased and it becomes indispensable to know the criteria And parameters used in court against liability in this profession; This monograph contains an analysis of the differences between the medical act and the dental act. The fundamental motivation of this research, addressed as a matter of great impact for the law in general, as opposed to the integration of dental responsibility before the lagoons of the Law to medical liability, treating the dental profession as a medical specialty, given the inescapable need to achieve an adequate application of the law, this lack or imperfection of the legal norms with respect to the specific subject of dental liability, is the one that gives rise To the so-called legal loopholes that must be solved through the integration mechanisms.

However, the damages caused to a patient or his / her relatives result from the direct relationship between a dentist-patient [subjective element of responsibility] in the provision of an oral health service, in this profession, as well as medicine, are performed Treatments and aesthetic and curative procedures, with the assistance of auxiliary personnel in 100% of cases, the dental act is performed with the aid of implements, instruments, dental material, anesthetic products, external assistance [dental laboratory], a situation that may influence The end result of some treatment, since it is a work that is exclusively exercised on tissues with varying degrees of response or unpredictable reactions.

The normativity establishes a series of duties of high social and ethical commitment of the professional during the development of its work; According to the decisions of the High Courts and Courts, the health professional may be immersed in several types of responsibilities:

The first denominated Extracontractual Responsibility, arises when the damage or damage caused does not have its origin in a contractual relation, but in any other type of activity; This type of liability, criminal or aquiline, can be defined as that which exists when a person causes, either by itself, through another of which he responds, for an injury to another person in respect of which he was not bound by a bond Obligatory in relation to the damage produced. A case of non-contractual liability is that which may arise from damages caused to third parties as a result of activities that create risks to persons outside the same, such as driving a car or developing an industrial activity. Also the damages and damages caused to the indirect victims.

Another assumption is liability for damages caused by own property: when an element of a building is detached and causes injury to anyone who passes underneath or when someone suffers an accident due to poor soil condition. It is also responsible for the damages caused by the animals of which it is owner.

The responsibility can have its origin in acts of another person, for which a parent must respond for damages and damages caused by their minor child; An employer for whom its employees cause; And an educational establishment for those caused by their students; A physician or dentist for damage caused by auxiliary staff or his or her dependents; And in such case the claim will be made via article 2341 et seq. Of the Colombian Civil Code; In the national doctrine, we find the opinion of Doctor Tamayo Jaramillo [Pag.82] who refers to the topic in this way:

Now, in non-contractual matters, there is talk of responsibility for the fact of others (also called indirect, reflected by the fact of a third party) as opposed to personal civil liability for Made own. While in the latter the person responsible directly and personally causes the damage, in the first said damage is caused by a third party (directly responsible) for whom the respondent (civilly responsible) should respond. However, in spite of the fact that the damage in physical form is caused by a third party, the truth of the case is that in the non-contractual civil liability for the fact of others, the legislator also punishes the allegedly guilty behavior of the civilly responsible , Which finally leads to a responsibility for a personal fact of omissive nature.[TAMAYO JARAMILLO,PAG.82]

The second denominated Contractual Responsibility, when it mediates a contract in the development of its work, in this case the contract will be complex, unnamed, even. Pico, sui generis and the claim will be made based on article 1602 et seq. Of the Colombian Civil Code; And the duties and obligations of ethical content, Law 35 of 1989, current Code of Ethical Dentistry, establishes a catalog of duties and obligations, considered pillars of the correct exercise of dental activity, and whose infraction carries an ethical consequence, such as Are the calls of attention of private or public type, disciplinary sanctions, suspensions to practice the profession. It must be kept in mind that medical liability is framed in the principle "Artifex spondet peritiam artis" (the artisan responds by his art), This principle reflected in our legislation when it says that who by action or omission causes harm to another, intervening guilt or negligence, is obliged to repair the damage caused; Subjective system of responsibility. Opposite to subjective responsibility is the objective responsibility in which the obligation to indemnify arises without having to prove guilty on the part of the cause of the damage; Guilt is the element of civil responsibility in Colombia preponderant when determining the civil responsibility of the health professional.

Keywords: Dental Responsibility, 35 1989 Law, dental act.

TABLA DE CONTENIDO

LISTADO DE TABLAS.....	xv
INTRODUCCIÓN	16
OBJETIVOS	18
Objetivo General	18
Objetivos Específicos.....	18
DISEÑO METODOLÓGICO	20
Tipo De Investigación	20
Objeto De Estudio	20
Fuentes De Información.....	20
Técnicas e Instrumentos.....	21
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	22
1. Actos odontológicos fundamentales,	29
2. Actos odontológicos auxiliares,	29
3. Actos profesionales compartidos; mientras que el acto médico básicamente es de dos tipos:.....	29
1. Generales,.....	29
2. Específicos.	29
CAPITULO 1	30
MARCO CONCEPTUAL.....	30
Causas Del Incremento De Las Demandas Contra Los Médicos Y Odontólogos En Colombia.....	30
Otros Factores Generadores de Responsabilidad Civil.....	31
1.2.1 La mala elaboración de la Historia Clínica	31
1.2.2. Falta de consentimiento informado.....	32
1.2.3 Inobservancia de normas o protocolos.....	34
MARCO TEÓRICO	35

2.2 ENUNCIAREMOS ALGUNOS RIESGOS A LOS QUE SE VEN SOMETIDOS LOS PROFESIONALES DE LA SALUD	37
MARCO JURÍDICO	40
La Responsabilidad Odontológica	40
1.1.1 La responsabilidad profesional odontológica.....	40
3.2 Requisitos que determinan la existencia de responsabilidad en odontología	40
3.2.1 Existencia de obligación	40
3.2.2 Existencia de un daño.....	41
3.2.3 Existencia de una falta profesional	41
3.2.4 Relación de causalidad entre la falta y el daño	42
FALTA PROFESIONAL	44
NORMAS PARA EL EJERCICIO DE LA ODONTOLOGÍA EN COLOMBIA	46
Normas Que Regulan Lo Concerniente Al Personal Auxiliar	48
Desde El Punto De Vista Constitucional	48
Desde el punto de vista administrativo	49
Desde el punto de vista disciplinario	49
Desde el punto de vista penal.....	49
12. El Contrato Complejo, Innominado, Atípico, Suigeneris	50
Presunción de Culpa.....	51
EL ACTO ODONTOLÓGICO Y EL ACTO MEDICO.....	52
EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	56
TIPOS DE RESPONSABILIDAD	57
La responsabilidad subjetiva	57
La responsabilidad objetiva.....	58
EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA	60
RESPONSABILIDAD PROFESIONAL SEGÚN LA ATRIBUCIÓN	61
CULPA MÉDICA.....	66
Modalidades de culpa.....	66
Impericia	66

Imprudencia	66
Negligencia.....	66
Violación de reglamentos.....	67
EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA	69
LA PRUEBA EN EL DERECHO MEDICO.....	71
La Prueba de la Culpa Médica	71
Obligaciones de Medio:	73
Obligaciones de Resultado:.....	74
La Prueba de Presunciones.....	75
En materia de responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar:.....	75
EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	76
MEDICINA DEFENSIVA.....	77
RECOMENDACIONES	79
Decálogo de los Derechos Generales de los Pacientes.	79
Decálogo de los Derecho Generales de los Médicos	80
EL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO-ODONTOLÓGICO.....	81
De las sanciones:	82
CAPITULO 3	83
JURISPRUDENCIA	83
SUPUESTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICADOS AL ÁMBITO DE LA MEDICINA	85
ANEXOS	106

LISTADO DE TABLAS

Tabla 1. Normas Para El Ejercicio De La Odontología En Colombia.....	48
Tabla 2 Normas Que Regulan Lo Concerniente Al Personal Auxiliar	48
Tabla 3 paralelo entre acto medico y acto odontologico.....	55

INTRODUCCIÓN

Es innegable que la conducta del profesional de la salud genera responsabilidades, por la comisión de conductas dolosas e incumplimiento de los protocolos, pautas y guías de atención en ejercicio de la profesión odontológica, o mala praxis [negligencia], actos u omisiones voluntarios o involuntarios cometidos durante el ejercicio de la odontología, teniendo presente que la conducta siempre va a estar unida a un resultado mediante nexo causal.

La culpa es el elemento de la responsabilidad civil en Colombia preponderante al momento de determinar la responsabilidad civil del profesional de la salud, la Corte Suprema de Justicia, cuando se refiere a la carga dinámica de la prueba, reitera que debe demostrarse la culpa del profesional de la salud, es decir, la atribución de responsabilidad en este sentido es subjetiva, a título de dolo o de culpa .[CO.C.S.J.30-1-2001, Exp. 5507, M.P. José Fernando Ramírez Gómez]; la responsabilidad subjetiva se traduce en la obligación de medio del profesional de la salud, en virtud del cual su deber es de cuidado y atención, consistente en el empleo de los medios, cuidados y conocimientos para el restablecimiento de la salud, sin tener que curar.[CO.C.S.J. 12-9-1985, M.P. Horacio Montoya Gil]. (Restrepo, 2016, pp. 94-96)

En el derecho positivo existen presunciones de culpa. Así, en el ordenamiento colombiano existe presunción de culpabilidad para el indirectamente responsable (también llamado *civilmente responsable*), quien se presume culpable por los actos de sus dependientes (artículos 2347 a 2349 del Código Civil).

Determinar este tipo de responsabilidad es de gran importancia ya que los actos ejecutados dentro de la práctica profesional de la salud constituyen desde lesiones graves hasta la muerte del paciente; sin embargo, deberá tenerse en cuenta los factores externos que puedan influir en la producción de resultados lesivos.

Deberá examinarse paso a paso la conducta desplegada, el cumplimiento de los principios científicos para poder determinar el grado de responsabilidad, que normalmente ocurre mediante pruebas periciales o de cualquier medio idóneo que permita probar la conducta.

El presente trabajo recopila información sobre un tema poco abordado, tanto por los especialistas en el tema como por la doctrina, como lo es la responsabilidad profesional en el ámbito de la odontología y cuyo fundamento tiene el estudio del acto odontológico, con el fin de especificar las faltas o errores que conllevan a la responsabilidad odontológica en Colombia, pues su regulación depende prácticamente de la jurisprudencia sobre el tema, en cuanto a sus límites, ya que en ocasiones tanto el profesional en odontología como el abogado no tiene claros los criterios racionales que determinan esa responsabilidad, lo que constituye un obstáculo al momento de probar esta responsabilidad en juicio.

Surge entonces la necesidad de determinar cuáles son esas faltas o errores que conllevan a dicha responsabilidad y cuáles son los criterios utilizados por las Altas Cortes para decidir quién es el responsable o si se libera total o parcialmente de su responsabilidad frente a la víctima; por tal razón deberán ser estudiadas con mayor profundidad.

La primera parte de la monografía define la responsabilidad profesional odontológica, también la naturaleza jurídica del acto odontológico y la diferencia con el acto médico, toda vez que este tipo de responsabilidad se ha convertido en una de las principales fuentes de indemnización.

En la segunda parte se tratan los criterios de atribución de la responsabilidad odontológica y se realiza un rastreo jurisprudencial, específicamente los conceptos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, sobre la responsabilidad odontológica y los criterios de atribución aplicados que conllevan a la responsabilidad en odontología.

Hacer entrega de una monografía lo más específica y clara posible respecto al amplio y complejo tema de la responsabilidad odontológica, haciendo énfasis en el acto odontológico como factor de atribución de responsabilidad odontológica desde el punto de vista teórico y jurisprudencial, analizando sus aspectos fundamentales, esperando brindar una visión completa al lector sobre la responsabilidad odontológica, especialmente sobre el acto odontológico, asegurando así que sea de utilidad tanto para el abogado como para el odontólogo.

OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar cuáles son los criterios de Imputación jurídica en la responsabilidad odontológica.

Objetivos Específicos

- ✓ Establecer la naturaleza jurídica del acto odontológico y la diferencia con el acto médico.
- ✓ Fijar la posición de las Altas Cortes con relación a la responsabilidad odontológica y los criterios de imputación aplicados.

DISEÑO METODOLÓGICO

Tipo De Investigación

Es un proyecto que se desprende bajo el enfoque descriptivo, haciendo una exploración y clasificación que corresponde a los objetivos específicos de esta investigación, por lo que interesa especificar cuáles son los criterios de atribución jurídica en la responsabilidad odontológica.

Objeto De Estudio

Determinar cuáles son los criterios de atribución jurídica en la responsabilidad odontológica en Colombia, consagradas en la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, así como establecer la naturaleza jurídica del acto odontológico y la diferencia con el acto médico.

Fuentes De Información

Las fuentes primarias que se emplearon consistieron en la normatividad, tales como la Ley 23/81 y el Decreto 3380/81 que son las normas que rigen la ética médica, la Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado ya que se involucran directamente en la investigación.

Las fuentes directas: Dr. Sergio Yepes Restrepo (Tribunal de Ética Odontológica Medellín (Ant)

Entrevistas guiadas realizadas a 12 odontólogos generales y especialistas tanto de instituciones públicas como privadas, de diferentes edades y nivel socioeconómico.

Las fuentes indirectas: Dr. Sergio Yepes Restrepo (Tribunal de Ética Odontológica Medellín (Ant.), su libro La Responsabilidad Civil Médica 2017.

Las diferentes investigaciones en Fichas bibliográficas, revistas, libros e Internet.

Técnicas e Instrumentos

Clasificar y Determinar cuáles son los criterios de atribución jurídica en la responsabilidad odontológica en Colombia, consagradas en la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado así como establecer la naturaleza jurídica del acto odontológico y la diferencia con el acto médico.

Ayudado con el instrumento de la entrevista con preguntas abiertas y estructuradas son las más útiles para captar más información acerca del tema en cuestión, por lo tanto se espera una respuesta amplia, que nos permita llegar a los resultados y sacar las recomendaciones y conclusiones.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Llama mucho la atención el manejo unificado que ha brindado el legislador Colombiano al tema de responsabilidad odontológica y a la responsabilidad médica, como si se trataran de lo mismo, cuando la odontología es un tema bastante específico, concreto, no solo en razón a la actividad desplegada, sino también respecto al campo de aplicación, pues el odontólogo se circunscribe solo al manejo de cabeza y cuello, mientras que el médico al cuerpo humano, adicionalmente a ello, la atención en salud odontológica generalmente se realiza en un 100% de los casos en compañía de personal asistencial, lo que no ocurre en la mayoría de atenciones médicas generales, tema de especial relevancia al momento de probar en instancias judiciales una conducta específica; así el objetivo primordial sea la atención en salud en ambas materias, pues no tienen la misma dimensión y complejidad, tradicionalmente se han tomado como iguales el acto médico y el acto odontológico ya que ambos se definen como el procedimiento técnico profesional destinado a la promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la ejecución de procedimientos de Diagnóstico y terapéuticos.

Sin embargo, el acto odontológico definido por el Dr. Alberto González Cáceres, (2002, pág. 4), se tiene como el conjunto de operaciones que el estomatólogo y odontólogo realizan en cada uno de los periodos de tiempo en que mantiene relación con el paciente, o con el sujeto sano, que persiguen la prevención, el Diagnostico, el tratamiento y rehabilitación del sistema estomatognatico. Y el acto médico definido por el Dr. Fernando Guzmán Mora (1998, pág. 2) es entendido como una forma especial de relación entre personas, por lo general una de ellas, el enfermo acude motivado por una alteración en su salud y el medico quien está capacitado para atenderlo proporcionando todos sus conocimientos para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación del paciente.

En cuanto a los criterios de atribución en materia de responsabilidad civil en Colombia se aplican criterios de atribución atendiendo a la persona a la cual se le imputa el hecho dañoso (RESTREPO, 2016, pág. 55) por tanto se hace indispensable profundizar sobre el tema.

Al revisar los antecedentes bibliográficos sobre responsabilidad odontológica en la Universidad Autónoma Latinoamericana, se encuentran dos tesis de grado, una de ellas sobre Aspectos Generales de la Responsabilidad Civil Médica por Jorge Humberto Botero Vargas (BOTERO 1998) compuesta por 6 capítulos en los que se tratan los

siguientes temas, la responsabilidad civil contractual y extracontractual, elementos comunes y diferenciadores, ubicación de la responsabilidad médica, culpa específica, la teoría del riesgo, la actividad medica como fuente de las obligaciones de medio, la relación médico-enfermo, el abuso del derecho en la relación médica, los análisis de laboratorio, los aparatos diagnósticos, el diagnóstico médico, límites de la responsabilidad médica, entre otros; como resultado de la tesis, Jorge Humberto Botero Vargas (BOTERO,1998) concluye: “que la responsabilidad medica entre nosotros, como las demás responsabilidades de los profesionales, ha sido tratada casi exclusivamente como responsabilidad contractual” ; explicando que;

Muy seguramente se debe a la frecuencia que existe de vinculación contractual dentro de la relación médico-enfermo; jurisprudencialmente se ha considerado también, así sea en la teoría, la ocurrencia de la responsabilidad medica extracontractual, cuando no existe obligación jurídica preexistente, ello resulta del título XXXIV del libro cuarto del C.C.; la responsabilidad derivada de la relación médico-enfermo, en lo que respecta a la conducta profesional, debe mantenerse fuera del campo penal, salvo el caso manifiesto del dolo específico penal, de la intención de dañar, circunstancia en la que la condición profesional o la ocasión de la asistencia medica vendría a ser simplemente elementos de una coartada para tratar de eludir los efectos de tal conducta en un delincuente como cualquier otro, como se puede observar, no trata el tema odontológico.

En la otra monografía de grado sobre La Prueba Pericial en Materia de Responsabilidad Medica por Andrés Felipe Jiménez Giraldo, (GIRALDO, 2006); compuesta por 5 capítulos en los que se tratan los siguientes temas: la responsabilidad médica, la prueba pericial, peritazgos en responsabilidad médica, jurisprudencia sobre el valor probatorio de la prueba pericial en materia de responsabilidad médica, la historia clínica y la responsabilidad médica, como resultado concluye: los actos médicos de constituyen irresponsables en el ámbito civil, penal, administrativo y disciplinario, la responsabilidad medica es un hecho que se encuentra tipificada en todo el mundo, con sanciones más severas que en otras, respecto a la prueba “reina” para declarar la responsabilidad médica, se puede recurrir a todo tipo de pruebas, para establecer certeza, aporte científico y argumentos de cargo o de descargo al procesado, la historia clínica es una recopilación de datos históricos de la evaluación que sufre el paciente en desarrollo de su proceso médico, permite también establecer en que momento suceden las cosas, así como quien es el personal responsable, permiten establecer cuál fue la conducta y cuál es el resultado, es de vital importancia tener presente si el responsable de la conducta es el profesional únicamente o si se puede llamar en garantía a la EPS o IPS, si se trata de una responsabilidad conjunta o solidaria, tener presente si existe responsabilidad de enfermeros, instrumentadores, personas encargadas de las ayudas Dx, e incluso del personal encargado del equipo de mantenimiento y control de equipos e instrumentos que son utilizados en procedimientos y tratamientos, así como de las

personas que producen, comercializan y distribuyen medicamentos, queda un problema por resolver y es el de los peritajes realizados sin la suficiente claridad e imparcialidad, con conclusiones ambiguas donde prima “él puede ser, es posible...”

Ahora bien, en los casos en que se presenta *la medicina defensiva*, término que para algunos doctrinantes es inadecuado, y que para los norteamericanos se denomina acertadamente *conspiración del silencio*, que no es más que una falta ética; es el acuerdo implícito o explícito por parte de los profesionales y personal auxiliar de alterar la información que se da al paciente, familiares, autoridades judiciales, con el fin de ocultar el dx, px, la atención o procedimiento ejecutado o la gravedad de una situación, con el fin de evitar una denuncia por mala práctica médica. (BARBERO, 2006).

El cual afortunadamente se ha venido resolviendo, ya que los peritos han entendido que el problema es de mala práctica y de irresponsabilidad de los profesionales o aseguradoras y no un problema de abogado o de persecución inmotivada, todo en aras de lograr una recta administración de justicia; como puede apreciarse no trata temas sobre responsabilidad odontológica.

Los demás textos encontrados al referirse al tema específico de la odontología simplemente y de manera muy somera, remiten a los textos médicos sobre responsabilidad, equiparando el ejercicio de una actividad con otra como si se tratara de lo mismo; cuando el odontólogo, si bien realiza actos médicos, y tiene la obligación de cumplir con protocolos de atención al igual que el médico, y su función fundamental es la atención en salud, creo que debemos detenernos un poco y analizar con más detenimiento el acto odontológico, ya que el acto médico es una actividad exclusiva del médico, y no del odontólogo, y existen diferencias fundamentales, según el Dr. Augusto Arbaiza Ramírez, en su artículo el Acto Odontoestomatológico, (RAMIREZ, 2013), existen 3 tipos de actos odontológicos:

1. Actos odontológicos fundamentales,
2. Actos odontológicos auxiliares,
3. Actos profesionales compartidos; mientras que el acto médico básicamente es

de dos tipos:

1. Generales,
2. Específicos.

Se hace indispensable tanto para el abogado como para el odontólogo poder conocer a fondo la responsabilidad profesional odontológica, el acto odontológico como elemento fundamental al momento de probar dentro de un proceso judicial, la importancia y trascendencia del acto odontológico radica en el acto en sí y sus consecuencias, pues es muy claro que el sentido de un proceso judicial, es discutir, esclarecer y fundamentar si las acciones, procedimientos o actividades, permiten atribuir

la responsabilidad en cabeza del profesional de la salud, Es de vital importancia que el profesional tenga los conocimientos básicos necesarios a cerca de los preceptos legales del Derecho como de la responsabilidad civil. En la odontología, esta necesidad también se hace presente, ya que cada vez más, el cirujano odontólogo ocupa una posición pasiva en las acciones judiciales y es justamente este el motivo del presente trabajo.

La investigación evidencia, que se hace necesario el estudio de aquellas faltas o errores que conllevan a la responsabilidad odontológica, pues el objetivo principal del abogado no será otro que averiguar si se cumplieron los protocolos, pautas y guías de atención en ejercicio de la profesión odontológica, o si se trata de Mala praxis, negligencia, de actos u omisiones voluntarios o involuntarios cometidos durante el ejercicio de la odontología.

PREGUNTA DE INVESTIGACION

¿Cuáles son los criterios de atribución jurídica en la responsabilidad odontológica?

JUSTIFICACION

La relevancia de este trabajo puede sintetizarse en los siguientes aspectos:

- Esta investigación surge por el desconocimiento por parte del odontólogo general, del odontólogo especialista y de los abogados sobre responsabilidad civil del odontólogo, sus alcances, sus consecuencias, su repercusión social, el desconocimiento sobre las normas, leyes y reglamentos éticos que rigen la profesión odontológica, y de situaciones como el ejercicio de la medicina defensiva, por los médicos u odontólogos con el fin de evitar las demandas; pues no hay nada más alarmante que a un médico u odontólogo reciba una citación a un juzgado o a un tribunal de ética por la demanda de un paciente y del pago de un seguro de responsabilidad médica, solo por el hecho de cumplir con un requisito con total desconocimiento de su real funcionamiento; seguro de responsabilidad civil profesional creado con la finalidad de proteger el patrimonio del asegurado debido a eventos desafortunados que causan perjuicios a terceros, ya sea sus bienes o integridad personal para que el asegurado no tenga la carga de pagar los daños ocasionados a terceros de los que resulte civilmente responsable, y que desafortunadamente cuando el asegurado se encuentra inmerso dentro de procesos de responsabilidad no cumplen con las expectativas del asegurado, así lo confirma el resultado obtenido tras la recopilación y análisis de muestras obtenidas por medio de entrevistas guiadas, en las que se entrevistaron un total de 12 odontólogos generales y especialistas de distintas edades, y nivel socioeconómico, tanto de instituciones públicas como privadas.
- Se hace entonces indispensable la realización de un análisis sobre las diferencias entre el acto médico y el acto odontológico, motivación fundamental de esta investigación, abordado por tratarse de un tema de gran impacto para el derecho en general, frente a la integración de la responsabilidad odontológica ante las lagunas de la ley a la responsabilidad médica, tratando a la profesión odontológica como una especialidad médica, ante la necesidad ineludible de lograr una adecuada aplicación del derecho, esta carencia o imperfección de las normas jurídicas respecto al tema específico de la responsabilidad odontológica, es la que da lugar a las llamadas lagunas legales que deben ser resueltas a través de los mecanismos de integración.
- Este hecho es lamentable y preocupante debido al gran número de demandas civiles por mala praxis y quejas éticas formuladas contra los profesionales de la salud que, en la actualidad, se hace cada vez mayor; surge entonces la

necesidad de indagar y profundizar más sobre el tema como una estrategia profesional a fin de garantizar el éxito dentro de los diferentes procesos de responsabilidad ética profesional o de responsabilidad civil profesional; la finalidad de la monografía es que sirva como material de consulta por parte del profesional de la salud (médicos, odontólogos), del abogado litigante en materia de responsabilidad civil odontológica y para quienes están inmersos en procesos de responsabilidad ética odontológica; como herramienta de optimización, basada en los nuevos enfoques determinados por las altas cortes.

- En la actualidad no existe una guía específica que enuncie y recopile información clara, actual, detallada y veraz, que trate sólo sobre el tema de responsabilidad civil odontológica, pues esta se encuentra enmarcada dentro del vasto y amplio tema de la responsabilidad médica por tratarse de una rama de la medicina encargada simplemente de brindar asistencia en salud y es por tanto que los medios de consulta regularmente utilizados son los textos médicos sobre responsabilidad, los cuales son un tanto extensos y dispendiosos de consultar por parte de un odontólogo, que ningún conocimiento tiene sobre el tema.
- Dada la importancia de la responsabilidad civil odontológica en la actualidad, “cualquier inconformidad o disputa que se presente entre particulares podrá ser resuelta mediante el apoyo del derecho civil; El derecho civil se relaciona directamente con los contratos, así como con las responsabilidades y obligaciones que de ellos emanen”, toda vez que “Cuando un paciente llega al consultorio solicitando atención dental, automáticamente se crea un contrato tácito entre él y el odontólogo”, mismo que se convierte en un el contrato de prestación de servicios tácito o expreso dependiendo de las circunstancias fácticas que lo rodean. (CARRILLO, 2017)
- Resulta pertinente exponer la relevancia de los diferentes criterios de atribución odontológica como factor de imputación de responsabilidad medica-odontológica que en materia de responsabilidad civil odontológica están determinados por las Altas Cortes [C.E Y C.S.J], y que en Colombia coinciden con los criterios dados a los asuntos que tienen que ver con la responsabilidad profesional médica, aunque la mayoría de los daños ocasionados por los profesionales de la salud bucal son culposos, es decir, el odontólogo no desea causar un daño en la integridad del paciente, sin embargo, lo hace, configurando acciones u omisiones calificadas como impericia, negligencia, inobservancia o imprudencia. Se aclara que esto es importante para el profesional de la salud, toda vez que se genera un daño en la integridad corporal de un individuo es imposible poder regresar al paciente a la condición en la que se encontraba antes de ser intervenido, por tanto, cualquier reparación de daño en el ámbito de la salud deberá ser resarcida a través

del pago de daños y perjuicios. (CARRILLO, <https://books.google.com.co/books?isbn=8497255666>, 2017)

- La profesión odontológica reclama que no se invadan competencias y funciones profesionales exclusivas de los actos odontológicos, considerando que no deben establecerse responsabilidades mediante la dación de criterios de atribución generales propios de los actos médicos, sin tener presente que el acto odontológico es una actividad distintiva y exclusiva del odontólogo. La odontología es un tema bastante específico, concreto, no solo en razón a la actividad desplegada, sino también respecto al campo de aplicación, pues el odontólogo se circunscribe solo al manejo de cabeza y cuello, mientras que el médico al cuerpo humano, adicionalmente a ello, en la práctica odontológica se realizan tratamientos y procedimientos curativos y estéticos, con asistencia de personal auxiliar en el 100% de los casos, el acto odontológico se realiza con ayuda de implementos, instrumentos, material odontológico, productos anestésicos, asistencia externa como lo es el laboratorio dental, situación que puede influir en el resultado final de algún tratamiento, lo que no ocurre en la mayoría de atenciones médicas generales, tema de especial relevancia al momento de probar en instancias judiciales una conducta específica; pues no tienen la misma dimensión y complejidad. Existen diferencias fundamentales, según el Dr. Augusto Arbaiza Ramírez, en su artículo el Acto Odontoestomatológico, (ARBAIZA, 2013), existen 3 tipos de actos odontológicos:

1. Actos odontológicos fundamentales,

2. Actos odontológicos auxiliares,

3. Actos profesionales compartidos; mientras que el acto médico básicamente es de dos tipos:

1. Generales,

2. Específicos.

“en materia de responsabilidad civil en Colombia se aplican criterios de atribución atendiendo a la persona a la cual se le imputa el hecho dañoso” (RESTREPO, 2016, pág. 55)

CAPITULO 1

MARCO CONCEPTUAL

Causas Del Incremento De Las Demandas Contra Los Médicos Y Odontólogos En Colombia

En Colombia las demandas por ‘mala práctica’ contra los médicos se han incrementado de una manera considerable, las razones:

La Constitución Política de Colombia de 1991 introdujo grandes e importantes cambios para los ciudadanos como lo fueron la acción de tutela y las modificaciones al sistema general de seguridad social y el sistema de salud, que sirvieron de base para promulgar la ley 100 en el año de 1993. Esta nueva Constitución hizo énfasis en el derecho irrenunciable a la seguridad social por y para los ciudadanos, creando conciencia sobre el reclamo para la exigibilidad de estos derechos. Esta conciencia del reclamo de los derechos ciudadanos y los cambios negativos introducidos por la ley 100, incrementaron dramáticamente los procesos contra los médicos y las instituciones prestadoras de servicios de salud, dando origen al nacimiento de una nueva rama del derecho en Colombia conocida actualmente como Derecho Médico. (OROZCO, 2015. Pag.8).

Otro hecho generador del incremento de las demandas es la contratación de los servicios médicos a través de intermediarios como las entidades de medicina prepagada o empresas promotoras de salud, permitidas por la Ley 100 de 1993 ha deteriorado enormemente la relación médico-paciente, al limitar el tiempo de consulta a unos escasos minutos buscando la eficiencia de un trabajo que beneficia a terceros.

Esto, junto con el malestar que genera un resultado adverso o no esperado, ha sido quizás el principal factor que ocasiona malestar entre los pacientes y los conduce a la presentación de una demanda.

Así mismo, se impuso a las instituciones prestadoras de salud la creación del sistema de información, cuya finalidad era precisamente garantizar una información detallada de sus servicios y además brindar atención a los usuarios las 24 horas del día. Con esto se facilitó que los pacientes pudieran averiguar sobre el estado de sus consultas, intervenciones quirúrgicas, las entidades obligadas a prestar servicios y en consecuencia, tener un control sobre el personal médico y demás.

“Este entramado de situaciones llevó a que finalmente la relación de confianza que tradicionalmente habían sostenido los pacientes y galenos se perdiera completamente, creándose así un terreno fértil para los abogados que ofrecían sus servicios para hacer reclamaciones ante el Estado, ante las IPS, EPS y profesionales de la salud”. (OROZCO, 2015. Pag.8).

Otros Factores Generadores de Responsabilidad Civil

1.2.1 La mala elaboración de la Historia Clínica. De acuerdo con *el artículo 1 literal (a) de la Resolución 1995 de 1999* del Ministerio de Salud y la Protección Social, *por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica*, este es un documento privado obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

Constituye una valiosa herramienta de conocimiento gracias a que permite identificar la atención médica, la calidad del servicio prestado, y sobre todo, funge como medio probatorio a la hora de definir la responsabilidad en los procesos judiciales.

El artículo 5 de la misma resolución especifica las generalidades de la HC con miras a buscar que se diligencie de forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma. Dentro de los requisitos formales de la HC debe quedar constancia no solo de los antecedentes del paciente y su evolución, sino además la ficha de anamnesis [interrogatorio], el tratamiento a aplicar, medicamentos suministrados, resultados logrados, en caso de intervención quirúrgica el correspondiente protocolo donde conste detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el registro anestésico, ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, y el personal tanto médico como paramédico que lo ha atendido.

Como medio probatorio es valorado por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Goza de la presunción de autenticidad tanto en su autoría como en su contenido dado que constituye una prueba pre-constituida, y por tal motivo su registro

casi concomitante a los hechos reduce ostensiblemente las posibilidades de manipularla o modificarla.

Finalmente, el hecho de que sea elaborada por el profesional de la medicina que en determinado momento es objeto de cuestionamiento, no le resta validez, pertinencia, utilidad y eficacia como medio de prueba, pero si se lo podría restar la falta de cuidado al momento de su diligenciamiento.

1.2.2. Falta de consentimiento informado. Es un requisito de obligatorio cumplimiento debido a que por medio de este, el médico demuestra diligencia en el actuar al explicarle de una manera detallada y clara al paciente, el procedimiento al cual va a ser sometido, teniendo en cuenta los posibles riesgos, tratamientos alternativos y demás. Debe dejar claro que no hay presiones hacia el paciente para la opción que elija y que puede solicitar incluso asesoría por parte de otras personas.

El médico allí no se compromete a curar ni a garantizar resultados, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia.

El artículo 15 de la ley 23 de 1981 expone que el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

En concordancia con esto, el decreto 3380 de 1981, por el cual se reglamenta la ley 23 del mismo año, consagró en su artículo 11 dos causales de exoneración frente a la advertencia del médico respecto del riesgo previsto y son cuando: i) el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan y ii) cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico, y en su artículo 13 otra causal de exoneración: Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.

La Sección Tercera de Sala de lo Contenciosos Administrativa del Consejo de Estado en providencia del 27 de marzo de 2014 expreso que: las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituían una falla del servicio que generaba un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surgía responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico.

Al respecto, la Sala manifestó que no obstante lo anterior, el consentimiento informado debía concebirse como un acto responsable y respetuoso de las circunstancias particulares de cada persona y no como un formato genérico que firma el paciente pero que no da cuenta de haberle informado”. (Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Proceso número: 150012331000-1998-16535-01 (32352)

Situación que no dista de lo establecido para los Odontólogos en el Artículo 5º de la Ley 35 de 1989 [Código de Ética del Odontólogo Colombiano] en el cual

“El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento”. En Concordancia con el Decreto reglamentario 491/90. Arts. 7o., 8o. 9o. y 10.

Art. 7o. «Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo».

Art. 8o. «El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere la Ley 35 de 1989, capítulo II. Artículo 5o., con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica odontológica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológicos».

E Incluye también dos causales de exoneración en cuanto al riesgo previsto de igual contenido que la de las contempladas para los galenos en el Art. 9º del decreto 491 de 1990. «El odontólogo quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto, en los siguientes casos:

a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan.

b) Cuando exista urgencia para llevar a cabo el procedimiento odontológico».

Art. 10. «El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento odontológicos pueden comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el odontólogo no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos, de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica odontológica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico».

En su artículo 6° hace una descripción de la actitud del odontólogo frente al paciente y una prohibición así: “Artículo 6o. La actitud del odontólogo ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte injustificada preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas”.

1.2.3 Inobservancia de normas o protocolos. Los protocolos deben cumplirse cabalmente para lograr incrementar la eficacia y disminuir la morbimortalidad del acto médico. Su no seguimiento ocasiona resultados adversos frente a una controversia judicial. Los exámenes de laboratorio deben solicitarse si su resultado podría generar un cambio en la conducta médica.

Debe tenerse en cuenta que una anomalía que no se tiene en cuenta muchas veces por insignificante como es el caso de anomalías electrocardiográficas sin repercusión clínica y que no ameritan tratamiento, pueden en una demanda, por un resultado adverso o no esperado en un acto quirúrgico, volverse en contra de quien analizó dicho examen, al argumentarse por desconocimiento que hubo descuido o negligencia.

“En casos como este es indispensable consignar en la historia clínica el resultado de dicho análisis de una manera detallada, para así poder demostrar el correcto actuar médico”. (OROZCO, 2015. Pag.17)

MARCO TEÓRICO

A continuación algunos conceptos y criterios básicos de odontología y medicina:

La odontoestomatología es una de las ciencias de la salud que se encarga del diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades del aparato estomatognático, que incluye los dientes, el periodonto, la articulación temporomandibular, el sistema neuromuscular y todas las estructuras de la cavidad oral como la lengua, el paladar, la mucosa oral, las glándulas salivales y otras estructuras anatómicas implicadas como los labios, las amígdalas, la orofaringe, la cabeza y el cuello. (HOSPITAL QUIRUSALUD EL SAGRADO CORAZON, 2014)

Dentro de las especialidades encontramos: odontopediatria, periodoncia, ortodoncia, implantología y prótesis sobre implantes, odontología general, odontología estética, cirugía oral y maxilofacial, prótesis fija y removible.

El Código de Ética Odontológico Colombiano define el ejercicio de la odontología en su Artículo 1º literal a:

“Se entiende por ejercicio de la odontología la utilización de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, pronóstico con criterios de prevención, tratamiento de las enfermedades, malformaciones, traumatismos, las secuelas de los mismos a nivel de los dientes, maxilares y demás tejidos que constituyen el sistema estomatognático.”

Con el fin de determinar las diferencias conceptuales entre la odontología y la medicina se hace necesario analizar el término medicina, medicina significa 'curar', 'medicar', es la ciencia dedicada al estudio de la vida, la salud, las enfermedades y la muerte del ser humano, e implica el arte de ejercer tal conocimiento técnico para el mantenimiento y recuperación de la salud, aplicándolo al diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades. (<https://es.wikipedia.org/>, MAYO 25 DE 2015)

El término Lex Artis ampliamente utilizado en la responsabilidad médica no es más que la LEY DEL ARTE, ha sido empleado para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o si se ajusta o no a lo que debe hacerse. (PINZÓN, 2001).

El Diccionario de la Lengua Española, en su edición electrónica del año 2015, define al riesgo de dos formas:

- a. Contingencia o proximidad de un daño.
- b. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.

Además existen dos tipos de riesgos a los cuales el profesional de la salud se ve expuesto:

1. El riesgo inherente corresponde a aquel que es propio del trabajo o proceso, son riesgos que no se pueden evitar. (BARBARA AYLEN PINTO ADAROS, 2012)

2. El Riesgo previsto, *de gran importancia al momento de la imputación de un daño o perjuicio, pues si el profesional de la salud se encuentra inmerso en él, le exime de responsabilidad; puesto que la conducta del médico no será culposa si se encontraba dentro del riesgo previsto; es aquel que ocurre con sujeción a las normas que rige la ciencia, significa ser consciente de la existencia del riesgo, que puede advertirse aunque en el caso médico el organismo obedece en sus respuestas al azar [alea terapéutico] y muchas veces no se pueda prever ni prevenir la respuesta a un tratamiento o intervención.* (COLS, 1994)

La ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (título II, capítulo I, artículo 16): "La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados". Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se está agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y proceder según sus necesidades. (COLS, 1994)

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad, con el vocabulario y en la oportunidad que aconsejen la prudencia y el buen juicio del médico.” (COLS, 1994)

2.2 ENUNCIAREMOS ALGUNOS RIESGOS A LOS QUE SE VEN SOMETIDOS LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

- Ocultación de enfermedades transmisibles: sin duda, la posibilidad de contagio de enfermedades transmisibles, hoy para los facultativos médicos se ha incrementado notoriamente. La situación, incluso, se torna sumamente grave con el SIDA, porque el médico se puede ver expuesto a una potencial situación de contagio. Aquí lo esencial es la prueba de la relación de causalidad entre la enfermedad que adolece el paciente y el daño en el profesional médico; “siempre y cuando el profesional de la medicina haya cumplido con su deber de interrogación y el paciente haya ocultado o falseado información, porque de lo contrario no tendrá acción contra el paciente”.
- Ocultación de datos familiares o situaciones congénitas para la elaboración de diagnósticos: para un acertado diagnóstico es de vital importancia tener una historia clínica completa y veraz, lo cual permite aplicar una correcta medicación o tratamiento para determinada patología. En la elaboración resulta muy importante el conocimiento por parte del facultativo de una serie de datos históricos [referenciado a los ascendientes], para contrarrestar posibles predisposiciones alérgicas por aplicación de anestesia, situación cardiovascular de los padres, etc. En ciertas circunstancias, como operaciones quirúrgicas de importancia, esos datos resultan vitales y al ocultarlos, el paciente estaría aumentando los riesgos, propios de la intervención.
- La violación del secreto médico: en algunas ocasiones los facultativos se ven obligados a dar conocimiento a la justicia de determinados datos del paciente que pueden implicar, frente a estos últimos, un daño derivado de la violación del secreto profesional. Colisionan, así, dos normas legales, la una frente al cliente, de carácter reservado, y la otra frente a una autoridad competente, donde están en juego intereses públicos o sociales superiores. Bajo estos supuestos, el daño sufrido por el paciente por violación del secreto profesional se subsume al cumplimiento de una obligación legal del médico para con los intereses superiores de la comunidad.
- Daños derivados de máquinas terapéuticas: el avance de la tecnología médica, definitivamente le ha permitido al hombre un conocimiento más exacto de sus dolencias, sin embargo también han traído un riesgo implícito por sus radiaciones, verbigracia la cobaltoterapia, rayos x, electrobisturís, laser, etc. Los daños causados por maquinaria defectuosa, sea que éstos se deriven de una situación de fabricación o mantenimiento, están a cargo del fabricante o de la entidad hospitalaria, en cuyo caso surgirán acciones de reparación. El

profesional, en caso de maquinaria defectuosa, podrá demandar civilmente al fabricante y en caso de mantenimiento defectuoso podrá demandar en acción de Reparación Directa al ente público que tiene a su cargo dichas maquinarias. (RUIZ, 2004. Pag.202)

El profesional de la salud podrá en ocasiones cometer errores, como emitir un concepto equivocado o juicio falso, realizar una acción desacertada o equivocada, podrá ejecutar un acto erradamente; pero hay que tener presente que en el derecho el error es un vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto. (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, MARZO 15 DE 2015)

.....El error es perfectamente lógico en cualquier actividad humana y la medicina no está exenta de éste, no es infalible. Pero el derecho a equivocarse es, también, una responsabilidad que asume el individuo. Sin embargo, hay una diferencia muy grande entre el error y la mala práctica médica y que esta se escude en que la medicina no es una ciencia exacta; porque se presume que quien la práctica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría, máxime cuando lo que debe proteger es nada menos que la vida de un ser humano. (RUIZ, 2004,pag.196)

Ahora bien una Iatrogenia, es un error, es realizar una acción desacertada o equivocada, o la ejecución de un acto erradamente que ocasiona un daño en la salud, por ejemplo, Puede ser producido por una droga, por un procedimiento médico o quirúrgico, elección incorrecta del tratamiento, por negligencia, inexperiencia, imprudencia o abandono del paciente. Sin embargo, también puede resultar de procedimientos médicos realizado dentro una indicación correcta, realizados con pericia, prudencia y diligencia. (WIKIPEDIA, 2015)

La Mala praxis es un término que se utiliza para referirse a la responsabilidad profesional por los actos realizados con negligencia. (WIKIPEDIA, 2015)

“...La mala praxis médica, que es la más frecuentemente invocada en las demandas, y que obliga a los profesionales de la salud a contratar seguros, consiste en sufrir el paciente algún daño físico o psíquico, temporario o permanente, total o parcial, o la muerte misma del enfermo, debido al incumplimiento de las obligaciones profesionales del médico tratante. También puede darse estos casos en otros profesionales de la salud, como los odontólogos. A mayor daño, y mayor perdurabilidad de éste, mayor será la indemnización. Debe existir entre el actuar negligente y el daño ocasionado una relación

causal. No sólo puede estar involucrado el médico interviniente, sino enfermeros y otros auxiliares médicos.” (DERECHO, 2000 marzo 6 de 2015)

El marco conceptual anteriormente descrito es con el fin de dar claridad a los diferentes conceptos utilizados en la responsabilidad civil médica ya que “.....*Quien alega un hecho debe probarlo, y así quien acciona por un perjuicio sufrido a causa de la mala praxis deberá probar la negligencia del profesional.*” Y por tanto no podemos dejar a un lado el concepto de prueba la cual es la actividad necesaria dentro del proceso judicial o ético para demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley, es la prueba la que finalmente determina quién es responsable o no del hecho que se le imputa. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo. Peirano sostiene que la prueba recae sobre ambas partes, se trate o no de un hecho positivo. Si no, puede recaer sobre quien esté en mejores condiciones de probar, aquí se produce una distribución de la carga dinámica de la prueba.

En síntesis, la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso. (GIRALDO, 2006)

MARCO JURÍDICO

La Responsabilidad Odontológica

1.1.1 La responsabilidad profesional odontológica

Entendida como la «obligación que tiene el odontoestomatólogo de reparar, responder y resarcir los daños que hayan producido a los pacientes como consecuencia de actos u omisiones, voluntarias o involuntarias, cometidos durante el ejercicio de la odontología». (LEGAL, 2016)

En Colombia no existe un concepto claro sobre responsabilidad odontológica, debe acudir al desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre este tema para así poder establecer cuál es el tipo de obligación que se deriva de la práctica odontológica.

En el campo de la responsabilidad odontológica en Colombia, se acude comúnmente a la de la responsabilidad médica para resolver cualquier controversia que se presente en el ámbito de la odontología o se recurre al Código de Ética Odontológica (Ley 35 de 1989), creando así un ámbito de juzgamiento específico de la conducta del odontólogo en el plano ético.

3.2 Requisitos que determinan la existencia de responsabilidad en odontología

3.2.1 Existencia de obligación:

Entre el odontólogo y el paciente hay un contrato de asistencia que suele ser verbal, en general, el contrato establecido entre el dentista y el paciente, como en casi todo el resto de las profesiones sanitarias, es un contrato de arrendamiento de servicios. (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

El profesional se compromete a poner todos sus conocimientos y medios técnicos para curar o aliviar la dolencia del paciente. No se pueden comprometer resultados ya que la odontología no es una ciencia exacta y no cabe exigir responsabilidad por no haber obtenido los resultados que el paciente esperaba, salvo que el profesional se hubiese comprometido a ello. (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

“...el profesional de la odontología no está obligado a asegurar un resultado sino a ejecutar una labor con el mayor profesionalismo, utilizando para ello todos los conocimientos adquiridos apoyado en el respaldo que la ciencia le proporciona.” (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

3.2.2 Existencia de un daño

“No se podrá exigir responsabilidad ni habrá que resarcir los daños que no se hayan producido”. (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

“Por daño entendemos varios conceptos: Generación de lesiones, Aparición de complicaciones, Agravamiento de procesos patológicos preexistentes, Contagio de enfermedades, Prolongación de un proceso patológico”. (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

El daño será entonces: cualquier afectación corporal.

3.2.3 Existencia de una falta profesional

La falta profesional es requisito imprescindible para que pueda prosperar una demanda por responsabilidad.

Existe falta profesional, cuando no se sigue la «lex artis». Las faltas profesionales pueden producirse, por acción u omisión, mediando culpa o negligencia. Como acertadamente señalan Moya, Roldán y Sánchez (1994), consiste en «hacer lo que no se debía haber hecho u omitir lo que se debería haber realizado». Gisbert (2004) considera la falta profesional como la «torpeza, la imprudencia, la falta de atención, la negligencia o la inobservancia de las reglas del arte y técnica de curar». (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

La práctica judicial requerirá de la respectiva prueba pericial, para conocer a fondo el tratamiento aplicado u omitido, y determinar si es o no un hecho aceptado por la ciencia a la luz de los conocimientos actuales; deberá determinarse además las circunstancias en las que se ha realizado el tratamiento [pacientes poco colaboradores, situación de urgencia, etc.] para valorar la calidad del tratamiento.

3.2.4 Relación de causalidad entre la falta y el daño

Deberá existir “*una relación cierta, directa y total entre la falta cometida y el daño originado*”. (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

En odontoestomatología el establecimiento del nexo de causalidad es sencillo, porque la gran mayoría de las lesiones se manifiestan inmediatamente. No obstante, algunos daños son diferidos, y establecer el nexo de causalidad puede ser muy problemático. Por ejemplo, ante la transmisión de enfermedades infecciosas, problemas oclusales o articulares por prótesis mal diseñadas, problemas gingivales por coronas sobrecontorneadas, etc. En estos casos se precisa de una investigación pericial muy minuciosa para establecer o descartar el nexo causal. (BERNARDO PEREA PEREZ, 2013)

Deberemos determinar la causa existen dos tipos:

1. La causa principal de la lesión, el origen de la lesión (necesaria y suficiente para explicarla)
2. Las concausas (son necesarias para su existencia pero no suficientes para producir la lesión). (CALVO, Pag.13)

La concausa es una condición necesaria pero no suficiente para producir por si sola el daño. Se clasifican en 1.Anteriores y 2.Posteriores.

1. Son concausas Anteriores: los elementos o enfermedades que existían antes de producirse la causa., son preexistentes o precedentes al hecho dañoso.
2. Son concausas Posteriores. El efecto se ve modificado por la introducción de un hecho posterior a la causa, se relaciona con las complicaciones, situaciones inherentes al propio tratamiento o a la evolución.

En el estudio del nexo de causalidad, es necesario plantearse la realidad de la relación causa efecto; que en el caso de la valoración del daño a la persona o daño corporal, se realizara con base en los datos obtenidos del estudio clínico del lesionado, de la historia clínica, expediente, y apoyándose en la bibliografía, debiendo establecer la imputabilidad médico legal, debiendo aportar el razonamiento de cómo el hecho ha producido un determinado daño. Estaríamos siguiendo la actividad médica propiamente dicha, realizando un diagnóstico clínico, agrupando los signos y los síntomas y estableciendo un diagnostico etiológico, conociendo los mecanismos fisiopatológicos,

basados en el conocimiento de los hechos, de las lesiones, de las consecuencias, el razonamiento científico y la experiencia. (CALVO.pag.8)

El perito médico actúa cuando ha finalizado la labor médica asistencial quedando obligado a recopilar los datos que son necesarios.

Si el perito es de la parte contraria al paciente, este puede no prestar su consentimiento para ser examinado y aportar documentación médica. Si es por la parte del lesionado, los problemas surgen con los hospitales, mutuas, acceso a la historia clínica.

La elaboración del informe pericial, tienen como objetivo final

El paso del análisis médico pericial a la certeza jurídica, que se basa en el grado de convicción del juzgador con relación a la reconstrucción procesal de un hecho, (A. Luna).

Debemos transmitir las conclusiones periciales y convencer de la validez de las afirmaciones, en ello interviene:

- calidad y rigor de la prueba pericial.
- Capacidad y claridad del perito.
- Prestigio del perito
- Aseveridad del perito la reconstrucción del nexo causal, se basa en hechos (Barni):
- La investigación directa de los procedimientos esenciales.
- La proposición estadística de la causa en términos de probabilidad científica.

Esto nos obliga a la prudencia en la elaboración de nuestras conclusiones que podemos esquematizar así:

A) Grado de certeza

B) La conclusión:

1) Datos compatibles sin ningún elemento discordante. (Probabilidad superior al simple azar).

2) Coexistencia de datos compatibles con elementos discordantes (grado de simple posibilidad).

3) Datos discordantes entre las características de las lesiones, los daños materiales si los hubiera y la biomecánica del accidente.....

FALTA PROFESIONAL

Aunque se originen graves daños, si el profesional actuó correctamente no cabe exigir responsabilidad.

Falta:

(Blacks Law Dictionary, febrero 05 de 2015) define la falta como la omisión por parte del médico o del odontólogo de prestar apropiadamente los servicios a que esté obligado en su relación profesional con el paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a este.

Walter Alton considera que la falta profesional es una desviación de los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión, teniendo en cuenta las circunstancias y que produce daño al paciente.

4. DIVERSOS SUPUESTOS RIESGOS DE LA PRAXIS ODONTOLÓGICA MÁS COMUNES:

....El profesional debe responder no sólo de aquellos elementos que se vale directamente para la prestación del servicio, sino de los que indirectamente le sirven para el desarrollo de su actividad. Cabe entonces a su cargo un deber de seguridad global por las instalaciones en donde presta su labor. Por ejemplo, un paciente se aprisionó el dedo anular izquierdo a la altura de la segunda falange y habérsela seccionado en el sillón odontológico en el cual estaba siendo atendida. (CERDA, 2006)

Daño derivado de la colocación de prótesis dental

- ✓ Daño derivado de la colocación de objetos en la cavidad bucal de manera temporal o permanente, como coronas, pernos, aparatología funcional, entre otros.
- ✓ Daño ocasionado por las cosas que emplea, como el instrumental, piezas de alta o de baja velocidad, materiales o instrumentos, el sillón.
- ✓ Errores en la extracción
- ✓ Complicaciones en la extracción:
- ✓ Fractura de mandíbula
- ✓ fractura de tablas de los maxilares
- ✓ Penetración en los senos maxilares
- ✓ No extraer las raíces cuando se fractura la corona
- ✓ Dolor persistente
- ✓ Transmisión de enfermedades: hepatitis, SIDA, herpes, tétanos
- ✓ Complicaciones de anestesia: parestesia, inyección intravenosa, shock anafiláctico
- ✓ Deglución de instrumentos
- ✓ Errores diagnósticos
- ✓ Lesiones nerviosas: sección del nervio dentario
- ✓ Lesiones en lengua, carrillos, mucosas, suelo de boca, al preparar cavidades
- ✓ Quemaduras con hipoclorito, ingesta de hipoclorito
- ✓ Uso inadecuado de rayos X
- ✓ Intolerancias medicamentosa
- ✓ Resultados no obtenidos
- ✓ Rotura de limas de endodoncia
- ✓ Materiales de baja calidad
- ✓ Tratamiento cruel o inhumano

- ✓ Falta de consentimiento
- ✓ Documentos incorrectos, historia clínica no diligenciada o mal diligenciada

NORMAS PARA EL EJERCICIO DE LA ODONTOLOGÍA EN COLOMBIA

-Ley 10 de 1962, modificada por la Ley 52 de 1964 -Resolución 1058 de 2010, deroga lo concerniente al servicio social obligatorio	Ejercicio de la odontología de igual rango que la medicina
Ley 35 de 1989, modificada por el Decreto reglamentario 491 de 1990 Tribunal de ética odontológica, seccional Antioquia, con jurisdicción sobre Choco, Córdoba, Sucre Y Antioquia.	Código de Ética del Odontólogo Colombiano
Artículo 1 literal (a) de la Resolución 1995 de 1999	Manejo de la historia clínica en Colombia
Ley 38 de 1993	Estableció la carta dental con fines de identificación
Artículos 2341 y ss del Código civil Colombiano	Responsabilidad extracontractual Ux odontológica
Artículos 1602 y ss del Código Civil Colombiano	Responsabilidad contractual, todo lo concerniente al contrato innominado, atípico, suigeneris.

Código General del Proceso (Ley 1564 (julio 12 de 2012), sección tercera, Régimen Probatorio, título único, pruebas, capítulos 1y 2, artículo 167 “carga de la prueba”)	Régimen Probatorio Carga Dinámica de la Prueba
Ley 1164 de 2007	Ley de talento humano en salud
Resolución 4026 de 2007	Disposiciones de medicamentos y dispositivos médicos extranjeros que laboran en embajadas y consulados de Colombia
Sentencia C756 de 2008	Declara inexecutable parte de la Ley 1164 de 2007, la parte correspondiente a recertificación
Circular 0044 de 2008	Permisos transitorios para el ejercicio de odontólogos extranjeros en el país.
Decreto 860	Reglamentación parcial y temporal, Ley de talento humano de los artículos declarados inexecutables en la S C-756
Decreto 4192 de 2010	Delega funciones públicas en colegios profesionales de la salud-reglamenta registro e identificación única de talento humano en salud
Resolución 1536 de 2010	Establece la organización y función del observatorio de talento humano en salud
Resolución 1058 de 2010	Reglamenta el servicio social obligatorio (año rural para odontólogos), deroga toda disposición contraria

Tabla 1. Normas Para El Ejercicio De La Odontología En Colombia

Normas Que Regulan Lo Concerniente Al Personal Auxiliar

Decreto 3616 de 2005	Denominación de los auxiliares en salud, sus perfiles ocupacionales y de formación, requisitos básicos de calidad de sus programas.
Acuerdo 072 de 2007	Regula la intensidad horaria de los programas de los auxiliares en salud.
Resolución 5549 de 2010	Define los perfiles ocupacionales u normas de competencia laboral para auxiliares en el área de la salud.

Tabla 2 Normas Que Regulan Lo Concerniente Al Personal Auxiliar

Desde El Punto De Vista Constitucional

El médico genéricamente hablando, cuando causa un daño a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Carta Política. Así mismo, el art. 95 del Estatuto Superior nos consagra tal responsabilidad al establecer que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades que deben ser cumplidas por toda persona, conforme a la Constitución y las leyes, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios.

También hay que tener en cuenta que si el profesional de la medicina es funcionario público desdibujaría la función administrativa consagrada en el art. 209 CN.

Desde el punto de vista administrativo

Este aspecto se refiere a la condena del ente al cual el médico presta sus servicios, a través de la acción de Reparación Directa y en este asunto vale remitirse al Capítulo de Mecanismos Procesales donde se podrá ejercitar la Acción de Repetición por parte del Estado contra el galeno y que se tendrán dos años para demandar a partir del pago total de la condena que haya sido impuesta.

Desde el punto de vista disciplinario

El Código Disciplinario (CDU) establecido en la Ley 734 de 2002, preceptúa las faltas disciplinarias en que incurrirán los funcionarios públicos por LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, ejercicio desviado de sus deberes. El médico como tal podrá adecuarse bien sea a las faltas gravísimas, graves o leves que tal ley consagra y será la Procuraduría la encargada de sancionarlo con amonestaciones o con la destitución, según sea el caso.

Debemos recordar que en ejercicio del poder disciplinario las investigaciones que adelante éste organismo del Ministerio Público son prevalentes, lo cual indica que desplazará por expresa disposición constitucional cualquier investigación que esté adelantando por concepto disciplinario.

Desde el punto de vista penal

El devenir impropio con que actúe un profesional de la medicina es de por sí penalmente complejo, ya que la persona que preste un servicio médico puede adecuarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula nuestro Código Penal.

Estas conductas antijurídicas son las que de manera general podemos citar como ejemplo de las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad”.

12. El Contrato Complejo, Innominado, Atípico, Suigeneris

En lo concerniente a la responsabilidad contractual odontológica, por tratarse de obligaciones de medios, no es viable circunscribir la prestación odontológica dentro de un contrato específico, sin embargo teóricamente hablando lo que generalmente se constituye entre odontólogo-paciente es un contrato de prestación de servicios verbal.

Hoy es habitual que un paciente sea atendido por un equipo interdisciplinario, por varios especialistas, derivado de remisiones, por personal auxiliar, por personal de laboratorio, añadiendo diversos contratos similares al inicial. Por ende, nos encontraríamos ante un contrato complejo, triangular o multilateral, como es el caso de toma de impresiones dentales en laboratorio dental.

Los contratos innominados se caracterizan por no estar incluidos en la legislación, este tipo de contrato se caracteriza por su atipicidad, por las múltiples estipulaciones que las partes pueden pactar libremente y que no se tienen que adecuar a la norma, pero ausencia de estipulación expresa no podrán alejarse de los requisitos propios de los contratos en general para poder determinar la existencia y la validez del mismo.

Recordemos que el Código civil Colombiano es muy claro al referirse al efecto de las obligaciones de todo contrato válidamente celebrado entre las partes, es así como en los artículos 1602-1603-1604, y en tal situación no podrá ser invalido sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

Los contratos deberán ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Código civil colombiano, Artículo 1604: El deudor no es responsable sino de la *culpa lata* en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la *leve* en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la *levísima* en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio; el deudor no es responsable

del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora [siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor], o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; **la prueba del caso fortuito** al que lo alega.

Presunción de Culpa:

La carga de la prueba de la diligencia y cuidado, corresponde al deudor probar tal diligencia y cuidado de acuerdo al artículo 1604 del CC, que resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 1730 del CC “*Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o por culpa suya*”; la presunción permite que la misma sea desvirtuada probando la ausencia de culpa, con todo lo cual, la responsabilidad sigue siendo subjetiva pero con una inversión probatoria a favor del acreedor e igualmente, el deudor, puede dirigir su defensa a destruir la relación causal exigiéndosele que pruebe lo que se alega.

El artículo 177 del C. P. C. dispone que incumbe a las partes – léase deudor - probar el supuesto de hecho – aplíquese a diligencia y cuidado – si el deudor no demuestra la diligencia o cuidado terminará siendo declarado responsable por no haber desvirtuado la presunción de culpa; el artículo 1757 del código civil y en concordancia con lo hasta ahora expuesto, dispone: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.*”

Código General del Proceso, artículo 167. Dispone sobre la carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

En sus artículos 1613 y 1614 CC hace referencia a la **indemnización de perjuicios**, que comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Entiéndase por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por **lucro cesante**, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

El artículo 1616 del CC determina la responsabilidad del deudor de la siguiente manera, Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento

EL ACTO ODONTOLÓGICO Y EL ACTO MEDICO

Definición del acto odontológico, como el conjunto de operaciones que el estomatólogo y odontólogo realizan en cada uno de los periodos de tiempo en que mantiene relación con el paciente, o con el sujeto sano, que persiguen la prevención, el Diagnostico, el tratamiento y rehabilitación del sistema estomatognatico. (GONZALEZ CACERES, 2002, pág. 4)

Definición del acto médico, es una forma especial de relación entre personas, por lo general una de ellas, el enfermo acude motivado por una alteración en su salud y el medico quien esta capacitado para atenderlo proporcionando todos sus conocimientos para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación del paciente. (MORA, 1998)

Acto odontológico	Acto medico
<i>Naturaleza jurídica del acto odontológico:</i> es de carácter civil	<i>Naturaleza jurídica del acto médico:</i> Es de carácter civil
<i>Origen del acto odontológico:</i> La relación odontólogo-paciente, que podrá ser de dos formas: 1.De origen contractual 2. De Origen extracontractual	<i>Origen del acto médico:</i> La relación medico-paciente, que podrá ser de dos formas: 1.De origen contractual 2. De Origen extracontractual

<i>Elementos del acto odontológico:</i> 1.Sujeto legalmente facultado, con título profesión al, el cual puede llevar dos tipos de actos: →Generales: odontólogo general →Especiales: odontólogos especialistas 2.Positividad del acto, actos fundados en bases científicas 3.Temporalidad o inmediatez del acto, comprendido por fases de atención: →Examen clínico →Promoción y Prevención en salud oral →Plan de Tratamiento →Rehabilitación oral →Estética →Remisión a especialistas No puede suponerse relaciones indefinidas odontólogo-paciente. 4. Licitud del acto, en apego a la Ley, de esta manera será legítimo, por ejemplo: el deber de información, el consentimiento informado, el representante legal de menores, las debidas autorizaciones de intervención, de examinación.	<i>Elementos del acto médico:</i> 1.Sujeto legalmente facultado, con título profesión al, el cual puede llevar dos tipos de actos: →Generales: médico general →Especiales: medico especialistas 2.Positividad del acto, actos fundados en bases científicas 3.Temporalidad o inmediatez del acto, comprendido por fases de atención: →Examen clínico →Promoción y Prevención en salud →Plan de Tratamiento →Rehabilitación →Estética →Remisión a especialistas No puede suponerse relaciones indefinidas médico-paciente. 4. Licitud del acto, en apego a la Ley, de esta manera será legítimo, por ejemplo: el deber de información, el consentimiento informado, el representante legal de menores, las debidas autorizaciones de intervención, de examinación.
--	---

<i>Clases de actos odontológicos:</i> 1. Actos odontológicos fundamentales: actos exclusivos, indelegables que solo pueden ser realizados por el odontólogo. Ejemplo: examen clínico, historia clínica, formulación de juicios clínicos (Dx), actividades operatorias, exodoncias, endodoncias, prótesis, Cx entre otros. 2. Actos odontológicos auxiliares: actos que deberán en todo tiempo ser ordenados, programados, dirigidos y supervisados por el odontólogo, actos que no tienen que ser ejecutados por él. 3. Actos profesionales compartidos: actos de remisión y contraremisión, actos compartidos con el laboratorista dental, con la higienista dental.	<i>Clases de actos médicos:</i> 1. Actos médicos fundamentales: actos exclusivos, indelegables que solo pueden ser realizados por el médico. Ejemplo: examen clínico, historia clínica, formulación de juicios clínicos (Dx), actividades como medicar, Cx entre otros. 2. Actos médicos auxiliares: actos que deberán en todo tiempo ser ordenados, programados, dirigidos y supervisados por el médico, actos que no tienen que ser ejecutados por él. 3. Actos profesionales compartidos: actos de remisión y contraremisión.
<i>Modalidades para el ejercicio de la profesión:</i> 1. Público: se modifica la relación odontólogo-paciente, por la presencia de un tercer elemento: quien contrata al profesional, ejemplo: EPS, compañía asistencial, consultorio particular, ESE. 2. Privado	<i>Modalidades para el ejercicio de la profesión:</i> 1. Público: se modifica la relación médico-paciente, por la presencia de un tercer elemento: quien contrata al profesional, ejemplo: EPS, compañía asistencial, consultorio particular, ESE. 2. Privado

Tabla 3 paralelo entre acto medico y acto odontologico.

5. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Debido a que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud es de tipo netamente patrimonial, consistente en la indemnización de perjuicios, ...en materia de responsabilidad civil la acción puede dirigirse tanto a las personas naturales sean o no profesionales, como contra personas jurídicas, trátase de entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado, cooperativas, sociedades e instituciones prestadoras de servicios de salud, como farmacias, laboratorios farmacéuticos, clínicos o patológicos, bancos de sangre y cualquier otra entidad que preste servicios de salud.

.....Teniendo en cuenta que existe una jurisdicción ordinaria, si la persona natural o jurídica tiene naturaleza civil, los jueces competentes serán los jueces civiles y en última instancia, la Corte Suprema de Justicia. Es de anotar que a raíz de algunas demandas presentadas ante la jurisdicción laboral contra entidades promotoras de salud, se presentan conflictos de competencia que fueron resueltos señalando que este tipo de litigios eran de la justicia ordinaria. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 51)

La jurisprudencia después de analizar la Ley 712 de 2001 y la Ley 100 de 1993 considero lo siguiente: la mala práctica médica, con las consecuencias que ello acarrea, y por cuyo efecto se gestiona la responsabilidad civil en que hayan incurrido los galenos, no puede en forma alguna adscribirse a ese juez especializado, y por lo tanto el competente para ello deberá ser el juez ordinario.

EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Cuando el servicio de salud es prestado por un hospital o un funcionario público, la competencia pertenece al Tribunal Administrativo y a los juzgados administrativos, en segunda instancia, al Consejo de estado, lo cual sucede igualmente por fuero de atracción, y si la demanda se dirige contra varias personas o instituciones, la acción se domina de reparación directa, y tiene un término de caducidad de dos años, a diferencia

de la demanda de responsabilidad civil, que prescribe en 10 años según el caso en concreto.

Aunque tiene una denominación distinta, constituye igualmente una demanda el paciente o sus familiares por la falla o falta en el servicio público hospitalario. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado debe responder por el daño antijurídico causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y en los eventos de culpa grave del funcionario público, el Estado puede repetir en su contra.

Mediante la Ley 678 de 2001 se reglamentó la repetición y el llamamiento en garantía, indicando que es deber de las entidades ejercitar el llamamiento en garantía cuando el *“daño causado haya sido consecuencia de la conducta dolosa y gravemente culposa de sus agentes”*, y en su artículo 19 señala que se podrá solicitar *“el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa graves.”*

TIPOS DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad subjetiva

Supone necesariamente la culpabilidad de su autor; no existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Por ende, necesario será analizar la conducta del sujeto. Por eso se le llama subjetiva. Con todo, previene Alessandri que la circunstancia de que la responsabilidad basada en la culpa sea subjetiva no significa que la conducta del sujeto deba apreciarse in concreto, esto es, tomando en cuenta su propio estado de ánimo, sus condiciones personales, averiguando si habría o no podido obrar mejor.. (GOMEZ, PAG.1)

El dolo, en cambio, por consistir en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en la intención de dañar, sí se aprecia in concreto; necesario será analizar la conducta del sujeto, su estado de ánimo, sus condiciones personales, su intencionalidad, averiguando si habría o no podido obrar mejor.

La culpa, por su parte, se aprecia siempre in abstracto, esto es, comparando la conducta del autor del daño con la de un tipo abstracto, con la de un hombre prudente o

un buen padre de familia. Se desprende de lo expuesto que la responsabilidad subjetiva sólo puede afectar a las personas que tengan voluntad suficiente para darse cuenta del acto que realizan. Los enfermos mentales, los infantes y aún los mayores de 7 años pero menores de 16 años, que han obrado sin discernimiento, no incurrir en ella.

La responsabilidad objetiva

Prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido: basta éste para que su autor sea responsable, y surja la obligación de indemnizar sin necesidad de demostrar la culpa; cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad.

El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva. Dentro de este concepto de la responsabilidad, los enfermos mentales y los infantes, serían responsables de los daños que causen. . (GOMEZ. PAG.1)

La responsabilidad subjetiva, que es la de nuestro Código Civil, constituye la doctrina clásica o tradicional en materia de responsabilidad, pero no es posible desconocer que la responsabilidad objetiva ha ganado terreno progresivamente, tanto en la legislación como en la jurisprudencia. Como destaca Ramón Domínguez Aguila, es indudable la acogida que entre nosotros ha ido recibiendo la vasta gama de concepciones objetivas de la responsabilidad civil, hoy derecho casi común en muchas actividades contemporáneas. (GOMEZ, ACADEMIA.EDU.PAG. 1-2)

A través de la historia, se le ha denominado responsabilidad objetiva, teoría del riesgo, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo provecho, teoría del riesgo industrial, riesgo profesional, riesgo de la propiedad, riesgo social, etc. Las denominaciones más comunes son las tres primeras. (GOMEZ, ACADEMIA.EDU. PAG.2)

Recogeremos algunas definiciones planteadas en la doctrina, acerca de algunas de estas expresiones y de la responsabilidad objetiva en general:

- a) Teoría del riesgo creado: refleja la idea de atribución de los efectos de un acto al autor del mismo. El hombre no es responsable sino por los riesgos que él mismo ha creado.

b) Teoría del riesgo: se responde, en cualquier circunstancia, por realizar una actividad peligrosa para terceros; esta denominación tiene el valor de llamar la atención sobre ciertos fenómenos o actividades que frecuentemente se realizan en la sociedad moderna, y que exigen un cuidado especial del legislador. Sin embargo, se ha criticado esta expresión, por ser imprecisa, ya que hace responsable incluso del caso fortuito, y porque no se plantea el problema de la causa de la cual emana la responsabilidad.

c) Responsabilidad objetiva: se emplea esta expresión con el objeto de precisar que no es necesario el análisis de la conducta del sujeto. Marton critica esta expresión por ser imprecisa, específicamente en dos aspectos:

(GOMEZ, ACADEMIA.EDU.PAG.2)

1. Porque la culpa, que se mide según el tipo inmutable del buen padre de familia o del ideal de un hombre prudente y diligente, ya no es en verdad un elemento subjetivo, o sea, en la llamada responsabilidad subjetiva, también hay elementos objetivos, como este parámetro del “buen padre de familia”;

2. Porque la responsabilidad “objetiva” no está constituida por la sola relación de causalidad, sino que está imbuida de ciertos elementos moderadores que son subjetivos, como la situación de interés, la fortuna, la buena o mala fe, etc. Dicho de otro modo: no habría una responsabilidad puramente subjetiva ni una puramente objetiva. En la primera existirían elementos objetivos y en la segunda existirían elementos subjetivos. Para el autor nacional Patricio Lagos, el nombre más adecuado y preciso es el de la teoría del riesgo provecho, ya que la tendencia que representa es, a su parecer, la más justa (ACUÑA, 2011).

Teoría del riesgo provecho llamada también teoría del riesgo profesional, según esta teoría desde el momento en que alguno crea ciertas condiciones de trabajo y hace trabajar a otras personas en su provecho, o extrae beneficio para ella de las actividades que desempeñan, en caso de que estas personas se dañen o sufran algún accidente aquélla debe indemnizar los daños ocasionadosLa doctrina como la jurisprudencia han conocido con el nombre de *responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno*, también llamada *responsabilidad indirecta, refleja o por el hecho de un tercero*. Para la escuela clásica , la responsabilidad por el hecho ajeno se fundamenta no sólo en la culpa *in eligendo*, sino también en la culpa *in vigilando*. Por su parte, la doctrina moderna da otro fundamento a dicha responsabilidad, consistente en el poder de dirección, de control, de autoridad, la subordinación o la dependencia en que una persona puede hallarse respecto a otra. (BOADA C. I., 2000.PAG.27)

En mi opinion corresponde a la presuncion de culpa para el indirectamente responsable por el hecho de sus dependientes, según el art. 1903 CC los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno pueden conllevar que la exigencia de responsabilidad civil recaiga sobre las siguientes personas:

- Los padres, respecto de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
- Los tutores, respecto de los daños causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía.
- Los comerciantes o empresarios, respecto de los daños causados por sus empleados o dependientes en el servicio o con ocasión de sus funciones.
- Los educadores o titulados de determinados centros docentes.
- El Estado, cuando obra por mediación de un agente especial.

Es hacer responsable a alguien por el hecho de otro ; en el caso particular del odontologo, este tiene bajo su direccion, control, subordinacion, dependencia al personal auxiliar , y en su que hacer diario delega la realizacion de actividades al mismo, y en tal situacion tendra el deber de vigilar las actividades que el personal auxiliar realice ; y en el caso de que el personal auxiliar dañe o sufran algún accidente , sera el odontologo el directamente responsable de estos daños o accidentes ocasionados con ocasion de la labor encomendada y tendra la obligacion de indemnizar los daños ocasionados. es la responsabilidad civil que tiene una persona por los actos cometidos por aquellas personas de quienes se debe responder.

EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA

La medicina no es una actividad peligrosa, el considerar a la medicina como una actividad peligrosa contraria sus nobles fines e impediría su ejercicio y por tal motivo no es concebible dicha caracterización; aunque se trató en sentencia aislada y en una materia muy concreta, la hipótesis de la transmisión de enfermedades por transfusiones sanguíneas, en dicho fallo se señaló que:

“Los allegados al paciente tienen acción de responsabilidad civil extracontractual basada en el artículo 2356 de C.C, ya que se considera la transfusión

de sangre como actividad peligrosa”. [CO. C.S.J.14-10-1959, M.P. HERNANDO MORALES MOLINA]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 105)

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL SEGÚN LA ATRIBUCIÓN

En materia de responsabilidad profesional, “*La legislación Colombiana establece en materia de responsabilidad civil una clasificación atendiendo a la persona a la cual se le imputa un hecho dañoso, bien sea directamente o de alguien por el cual deba responder,*” así: (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 53)

Responsabilidad por el hecho propio

Son nuestros propios actos u omisiones los que por regla general dan origen a la obligación de indemnizar, por tal razón las demandas están dirigidas contra el directamente responsable en este caso contra el profesional que prestó el servicio de salud, llámese médico, odontólogo, enfermera, auxiliar de consultorio, bacteriólogo, etc.

Sin embargo hay que tener presente que la prestación del servicio de salud se realiza a través de varias personas, lo que debe tenerse en cuenta al momento de atribuir responsabilidades.

Responsabilidad por el hecho ajeno

Este tipo de responsabilidad es por el hecho de terceros que están bajo nuestro cuidado, el profesional de la salud tiene personal a su cargo y deberá responder por los daños que estos causen, habrá eventos en los cuales será la institución quien también deba responder en virtud del vínculo laboral que tenga con el personal profesional, paramédico o auxiliar. Sin embargo, no siempre surge responsabilidad por el hecho ajeno del médico por las faltas cometidas por una enfermera, ya que esta puede comprometer la responsabilidad de la clínica directamente. [BE.COUR d’ appel de Liege, 13-11-1989]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 54)

Hay que tener presente que cuando un profesional de la salud trabaja de manera independiente en una clínica y da indicaciones temporales a alguien perteneciente a la institución hospitalaria, deberá establecerse si el acto del personal auxiliar hace parte de sus funciones asistenciales o si se trata de un acto totalmente independiente y sobre el

cual el profesional de la salud podía ejercer vigilancia y control, para efectos de asignar responsabilidades individuales o solidarias.

Responsabilidad directa

La responsabilidad será directa cuando se trata de una falla causada por el personal médico vinculado directamente con la institución y en tal caso no se genera una responsabilidad de la clínica o del hospital por el hecho de un tercero sino por el hecho propio.

Las clínicas responden directamente, por las fallas de su personal médico, paramédico e incluso administrativo, en eventos de daños causados a los pacientes con motivo de su ingreso o estadía en la institución. La exigencia de vínculo laboral ya no es necesaria para determinar la responsabilidad directa debido a las nuevas modalidades de contratos, cuadros de turnos, disponibilidad profesional. [CO.C.S.J. 11-9-2002, MO José Fernando Ramírez Gómez, Exp.6430]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 55)

No deben olvidarse de las obligaciones derivadas del contrato de hospitalización, de suministrar alojamiento, alimentos, drogas, personal médico y paramédico, exámenes, vigilancia e infraestructura, que también generan la obligación de indemnizar los perjuicios causados al paciente.

Responsabilidad por el trabajo en equipo

El profesional de la salud debe ejercer un deber de vigilancia sobre todos los miembros de su equipo de trabajo que lo asisten, se trata de un tipo de responsabilidad por el hecho de un tercero, que está bajo el cuidado del profesional de la salud y por el cual deberá responder ; en el evento de causar daño al paciente, al principio deberá ser analizado para el caso en concreto, no es absoluto; y determinar si se trata de un acto médico o de un acto de cuidado, en el cual debe existir vigilancia y control por parte del superior. Teoría del capitán del barco (captain of ship) en el fallo “McConnel contra Williams” creada en Estados Unidos. [EU.Suprema Corte de Pennsylvania,1949]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 57)

Los actos de cuidado pertenecen a la esfera técnica del personal paramédico o asistencial. Por tal razón, la doctrina ha formulado el principio del trabajo en horizontal y vertical en los siguientes términos:

la división del trabajo horizontal, o división del trabajo en sentido estricto, es la que se da entre profesionales que por su capacitación, competencia e independencia se encuentran en situación de igualdad, ejemplo: la relación entre el cirujano y el anestesiólogo.

La división del trabajo vertical, o delegación, hay una relación de jerarquía, estableciéndose una relación de supra y subordinación, ejemplo: el odontólogo y su auxiliar.

La responsabilidad por el trabajo en equipo no se aplica entre médicos de diferentes especialidades en virtud de la autonomía y especificidad del campo de acción de cada uno. Deberá el juzgador analizar el caso en concreto para efectos de asignar responsabilidades; bien sea por el hecho propio o en casos especiales determinar el porcentaje de responsabilidad según el interés de cada deudor solidario.

Responsabilidad en la relación docencia servicio

La doctrina española ha señalado: el medico tutor podrá incurrir en responsabilidad si permite que el médico interno residente realizar un acto médico para el que aún no se encuentra adecuadamente calificado y se produce un daño que hubiere podido evitarse con otro proceder. [Galán Cortes, Julio Cesar. Responsabilidad Civil Medica, 2º ed., Ed.Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp.142-145]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 60)

Infraestructura y equipos:

La clínica o el hospital responderá por los daños que el paciente o terceros sufran al interior de sus instalaciones o predios como: corredores, escaleras, habitaciones, quirófanos, así como por equipos o aparatos médicos.

Los daños en equipos generan responsabilidades diferentes, si intervienen diversas personas como: el fabricante, la institución propietaria del equipo, la empresa de mantenimiento y el profesional de la salud. La doctrina ha señalado lo siguiente: “las clínicas y los hospitales deben mantener los equipos que la ciencia y la técnica han aceptado para los tratamientos de las enfermedades o trastornos de salud. Esos equipos

deben encontrarse en perfectas condiciones de funcionamiento y con el personal capacitado para utilizarlos adecuadamente.

Existe una “*obligación de seguridad*”, que genera una responsabilidad de carácter objetivo en contra de la institución clínica u hospitalaria. En cuanto a la conducta que deberá analizarse, se examinara si existía un vicio oculto del equipo, que el medico con una mediana diligencia, no hubiese podido detectar o si, por el contrario, existió negligencia de este en la revisión del equipo, para efectos de imputar o no una responsabilidad de tipo personal; pues corresponde al médico conocer los instrumentos que utiliza. [BE. Cour d’ appel de Bruxelles, 17-11-1989. Matinez Rave, Gilberto. La Responsabilidad civil extracontractual en Colombia, 8°ed, 1995,p.493]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 63)

En el caso de las **infecciones intrahospitalarias**; es aquella que el paciente adquiere durante su estadía en la institución prestadora de servicio de salud. La realidad hospitalaria enseña que a pesar de la utilización de medidas de higiene, asepsia y esterilización, el riesgo de infección se encuentra presente en cualquier tipo de institución debido a la existencia de patógenos, bacterias y virus, tanto en el ambiente intrahospitalaria como en los mismos pacientes.

Ahora bien de acuerdo al Consejo de Estado Colombiano,el demandado tiene la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la infección....a falta de prueba el daño se le imputa a la entidad prestadora de servicios de salud. [CO. C. de E. secc.3°, 6-11-1997, exp.11.782, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.] (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 66)

Hay que tener presente que existen protocolos y manuales que comprenden procedimientos de lavado de manos, barreras de protección, buscando limpieza, desinfección y descontaminación del servicio de salud; además de la existencia de un comité de infecciones interno, según el nivel de complejidad.

Según el Consejo de Estado Colombiano, a este tipo de responsabilidad se le aplica un esquema objetivo de responsabilidad, para que pueda declararse la responsabilidad por daños derivados por infecciones intrahospitalarias la entidad hospitalaria deberá acreditar que actuó de manera diligente o cuidadosa, asociado con el factor de riesgo; la

cual podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

[CO. Cde E. Secc.3°. , 11-6-2014, Rad: 25000232600019980226801, C. P. Hernán Andrade Rincón]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 69)

En cuanto al riesgo el Consejo de Estado, parte del concepto de “riesgo-alea”; existen cuatro modalidades de riesgo aceptados por la Jurisprudencia de esta corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo –conflicto y riesgo-alea) ; cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa. [CO. C. de E. Secc. 3°. , 29-8-2013, Rad:25000232600020010134301, C.P. Danilo Rojas Betancur]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 67-69)

Responsabilidad por el hecho de las cosas

Tanto el profesional de la salud como el personal asistencial utilizan materiales, insumos, dispositivos entre otros, en la prestación de sus servicios de salud o en la ejecución de un acto médico o de cuidado, es el caso de la responsabilidad por la utilización de una cosa

Tal es el caso del bisturí manejado de manera imperita por el profesional de la salud con la cual produce una incisión adicional o diferente de la programada. La responsabilidad es diferente cuando la cosa como tal produce el daño por si misma, pudiendo clasificarse como una actividad peligrosa, en la medida en que ocasione un daño anormal, como sería el caso del bisturí eléctrico con el cual se produce una quemadura, al hacer contacto con la piel del paciente.

Cuerpos extraños:

Comprende dos modalidades:

1. Son aquellos insumos o instrumentos que al ser utilizados se dejan olvidados en el organismo del paciente.
2. Son aquellos elementos que accidentalmente pueden ingresar en el organismo.

La corte determina que se aplica la presunción de culpa frente al olvido de un elemento quirúrgico y se debe a un actuar negligente del médico, lo mismo ocurre en el caso de pacientes que ingieren dientes desprendidos en procedimientos odontológicos o en intubaciones.

CULPA MÉDICA

La culpa es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, denominado: hecho, hecho culposo, conducta, falla, falta, acto o acción.

Modalidades de culpa

Impericia:

Es la falta de habilidad o pericia en una ciencia o arte, en el campo de servicios de salud, es la falta de conocimientos o capacidad profesional para realizar un acto médico, su modalidad es la culpa, la jurisprudencia a dicho al respecto que *...la impericia médica es la falta –total o parcial– de pericia, entendiendo por esta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.* [AR. CNCiv., Sala G, 7-4-1983] .(RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 82)

Imprudencia:

Es la falta de templanza, cautela, prudencia, y buen juicio. Existe cuando se somete a un paciente a un riesgo injustificado que no corresponda a sus condiciones clínico-patológicas. Según la jurisprudencia *la imprudencia es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones, la prudencia debe ser una de las virtudes médicas, , pues es esencial que el medico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado.* No habría responsabilidad cuando el médico, buscando preservar la vida o la integridad de un paciente, trata de ayudarlo sin contar con los medios disponibles en un evento de urgencia. [AR. CNCiv., Sala G, 7-4-1983.] .(RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 82)

Negligencia:

Es un descuido, o falta de cuidado, o una omisión, como cuando no se emplean los medios conocidos y disponibles en la prestación de un servicio de salud; si el profesional no acata los protocolos de atención, las

medidas de cuidado, higiene, seguridad, no revisa la historia clínica, las instrucciones de un equipo interdisciplinario, las indicaciones de otro colega, las contraindicaciones de un tratamiento, la anormalidad evidente del instrumental o la fecha de vencimiento de medicamentos o materiales. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 82-83)

Violación de reglamentos:

Es la infracción de principios científicos y normas legales que consagran reglas precisas y de obligatorio cumplimiento, así como normas de ética médica, estudios profesionales y escuelas científicas; en medicina se da cuando el profesional se aparta de la *Lex artis*, en la realización de una técnica o un procedimiento. El Tribunal Supremo Español trae a colación lo siguiente, “se entiende por *lex artis ad hoc* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina- que tiene en cuenta las especiales características de su autor., de la profesión, de la complejidad, y trascendencia vital del paciente y , en su caso, de la influencia en otros factores endógenos-estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida(derivando de ello tanto el asertivo de exigencias o requisitos de legitimación o de actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/medico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado). [ES. Tribunal Supremo, 11-3-1991]. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 83-84)

Faltas de gestión, coordinación, administración o decisión

Este tipo de faltas consisten en acciones u omisiones de tipo administrativo por profesionales –trátase de médicos o no- la conducta de un director de una institución hospitalaria o de un departamento o servicio, de una EPS o de una empresa de medicina prepagada, e incluso de un auditor, puede generar responsabilidades de tipo personal e institucional por los daños causados al paciente, tales faltas consisten en limitaciones de tiempo, consultas, exámenes, medicamentos y procedimientos, las prohibiciones de ingresos y ordenes de alta, así como la suspensión de servicios por agotamiento de coberturas que atenten contra la vida y salud de un paciente. Desobedecer injustificadamente una decisión judicial que ha ordenado la realización de un acto médico también genera la obligación de indemnizar.

En aspectos administrativos, la entidad es responsable por negligencia, si no práctica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado, pues debe garantizar al paciente su derecho al diagnóstico oportuno y puede condenarse al director institucional por inobservancia de reglamentos, al no asegurarse de que se encontraban cumplidas las condiciones exigidas para el buen funcionamiento del servicio, exigidas por las autoridades de salud.

En el caso de **las tutelas**, para que la institución quede excluida de responsabilidad, tendrá que practicar de manera inmediata e íntegra los exámenes ordenados y el tratamiento ordenado, y no queda excluida por la existencia de ordenes internas con miras a la práctica de exámenes; hay que tener presente que la doctrina nacional analizando la responsabilidad médica derivada de los actos administrativos, la observancia es desde la óptica constitucional del derecho fundamental de la salud y la necesaria motivación de los actos administrativos. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 81-90)

En el caso **de urgencias**, la primera exigencia, constitucional y legal, es que todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud están obligados a prestar la atención inicial de urgencias sin sujeción a condición alguna”. “La atención inicial de urgencias comprende todos aquellos actos que tienden a estabilizar al paciente en sus signos vitales, la realización de un diagnóstico de impresión y definirle al paciente el destino inmediato, seguir en urgencias, o remitir al paciente de manera inmediata a otro nivel de atención y grado de complejidad superior que requiera. (OSORIO, 2014.Pag.205-206)

CAPITULO 2

En primer lugar en materia de responsabilidad medica la carga de la prueba tiene un sentido netamente dinámico, así lo ha hecho saber la jurisprudencia más reciente que existe sobre el tema resuelto en recurso de casación , sala civil Corte Suprema de Justicia, línea jurisprudencial; en este tipo de procesos se hace recurrente la dificultad para que la víctima pueda acreditar sus pretensiones sin embargo la corte reitero “que la parte que esté en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga sea la que deba, en principio, y atendiendo las particularidades de cada caso, aportar esos medios de convicción.

También, el alto tribunal destacó la obligación de diligenciar la historia clínica sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa por parte de los galenos, instituciones de salud y, en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo.

De igual modo, advirtió que esta pieza probatoria, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, por cuanto resulta de vital importancia para determinar la responsabilidad médica investigada”; máxime cuando la Autorización de un procedimiento médico no exonera de responder por mala práctica.

“Así mismo, cuando la historia clínica presente deficiencias o inexactitudes en la información allí plasmada, servirá de indicio para la formación del convencimiento de la obligación de resarcir los perjuicios reclamados”[(M. P. Margarita Cabello Blanco). (CSJ Sala Civil, Sentencia SC-25062016 (05001310300320000111601), 02/03/16)]

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

El consentimiento informado es el perfeccionamiento del acto jurídico (artículos 1500 y 1502 Código Civil Colombiano), por regla general, es consensual, ya que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes. El artículo 5º del Título 2º de la ley 23 de 1981 señala que en la relación médico – paciente se cumple por decisión voluntaria y espontanea de las partes, lo que en concordancia con el artículo 1500 del Código Civil Colombiano da una claridad al consentimiento, al exigir que este debe ser libre, exento de vicios como error, fuerza o dolo, de lo contrario afectaría la eficacia del acto jurídico. El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 dispone que :

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar tratamientos médicos y quirúrgicos que

considere indispensables y puedan afectarlo física y psicológicamente, salvo los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Por otra parte, el artículo 10 del Decreto 3380, reglamentario de la Ley 23, ambos de 1981, prescribe que:

El médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

En ese sentido, el artículo 12 de la norma ídem, indica que :

“El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”.

De lo anterior, se concluye que el galeno tiene la obligación ilustrar al paciente, familiares o allegados sobre los riesgos que en la salud y la propia vida tiene el tratamiento y/o procedimiento quirúrgico que se llevara a cabo, sin que sea válido guardar silencio al respecto, ya que no se le puede someter a un riesgos injustificado; por lo que con ello genera la obligación de obtener del paciente su consentimiento para actuar conforme a los conductos exigidos por la ciencia médica en el caso concreto.

.....En cirugías y en tratamientos médicos, ese consentimiento, no puede ser considerado como una causal de exoneración de responsabilidad civil médica, en aquellos casos donde ha sido otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo, sin que sea suficiente la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias, tratamientos o procedimientos a que deberá someterse el paciente. (RONALD ALEXANDER FRANCO AGUILERA, 2014)

Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales exonerativas [causa extraña] impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad [por ejemplo en el hecho del tercero como causa exclusiva], en ocasiones demostrando que si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisto e irresistible.

La diferenciación entre causalidad e imputación que ha venido predicando la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha permitido dejar de lado la afirmación según la cual las causales exonerativas de responsabilidad “rompen” el nexo de causalidad, para clarificar que la verdadera función de este tipo de causales es la de evitar la atribución jurídica del daño al demandado, es decir, impedir la imputación.

Las causales exonerativas de responsabilidad pueden exonerar de responsabilidad al demandado de forma total cuando la fuerza mayor, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son consideradas como la causa única exclusiva y determinante del daño. Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa, su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción de la indemnización. Se puede afirmar que la imputación que no ha pasado por el filtro de las causales exonerativas, es una imputación aparente, que se convierte en definitiva sólo cuando supera este estudio sin verse alterada.

Haremos referencia a las tres causales exonerativas estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia, como son la fuerza mayor y/o caso fortuito, el hecho del tercero y el hecho de la víctima. (PATIÑO, 2011)

Este obrar diligente no significa que por el hecho de hacerlo exime de responsabilidad, porque en la actualidad el obrar médico se ha convertido en un campo en el que por tratar de demostrar diligencia y cuidado se excede en su actuar o por evitar ser demandados omiten actuar con esa diligencia y cuidado o me remito a una compañía aseguradora que responde por mí o por cualquier contingencia o evento que se pueda presentar y entonces el profesional de la salud podrá en determinados momentos ser irresponsable porque tengo quien responda por mí; no obstante el profesional de la salud está sujeto a normas, reglas y deberes que debe cumplir a cabalidad y en definitiva son los medios de prueba los que determinan la existencia de tal responsabilidad.

LA PRUEBA EN EL DERECHO MEDICO

La Prueba de la Culpa Médica

Puede resultar difícil para el reclamante la prueba de la culpa médica, ya que esta dificultad viene promovida por diversos motivos, una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes en dictaminar en contra de intereses de un colega.

Por lo general el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas y los estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce el diagnóstico. A esto se suma la práctica masificada de la medicina en nuestro país, la que despersonaliza la relación médico-paciente. Se da así una relación de experto frente a profano, en la cual la balanza de la justicia debe favorecer al último por la situación de debilidad de conocimientos en la que se encuentra. Otro de los problemas al que se enfrenta el paciente es que la mayoría de las pruebas están en manos del profesional y es éste quien las ha confeccionado. Ni siquiera cabe mencionar lo que ocurre en reductos infranqueables como el quirófano, terapia intensiva o coronarias a las cuales los familiares de los pacientes no tienen acceso, desconociéndose lo que allí sucede; esta es la denominada medicina defensiva. Ante cualquier acontecimiento adverso, ¿Cómo saber cómo acontecieron los hechos? La dificultad de esta prueba es lo que generalmente lleva, a que, dudándose cuál fue el origen del daño sufrido por el paciente, el médico deba ser absuelto civilmente, puesto que la falta o incertidumbre de esa prueba es un riesgo que pesa sobre la persona del reclamante. Para evitar este juego de la carga de la prueba, es que en doctrina y jurisprudencia se vienen abriendo paso distintas ideas que tienden a aligerar esa difícil carga. Esta tendencia de mayor protección al paciente-victima se enrola en una corriente más amplia que inunda el derecho de daños. Es el favor victimae del que nos habla Alterini o el pro damnato de Díez-Picazo y Cavanillas Mugica

El juez deberá tener presente el carácter aleatorio de la medicina y sus aspectos científicos, los medios probatorios que se practiquen en el proceso, las circunstancias de tiempo , modo y lugar y la preparación académica del profesional, deben permitirle entender el asunto para determinar si existió culpa y nexo causal, sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado: Cuando de asuntos técnicos se trata no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa, dado que no proporcionan los elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que cobra especial importancia el dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, podrán ilustrar al juez sobre la causa probable que dé certeza de la producción de un daño. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 90-91)

Adicionalmente deberán tenerse en cuenta otros criterios para el análisis por parte del juez de la prueba pericial, tales como los requisitos de existencia y validez del dictamen pericial, la idoneidad del perito, los criterios científicos que utilizo para llegar a una determinada conclusión, la prueba testimonial, la confesión del médico, las pruebas documentales, los antecedentes médicos, dan cuenta de lo que pudo haber ocurrido, el juez deberá tener presente que puede suceder que las pruebas periciales hayan sido mal practicadas, pues es latente la posibilidad de error, y en definitiva es el juez a través de sentencia quien decide en el caso concreto. (GIRALDO, 2006)

Obligaciones de Medio:

El régimen tradicional de la culpa probada o la responsabilidad subjetiva, indica que corresponde al paciente demostrar la culpa del profesional de la salud o de la institución que le presto el servicio para que surja la responsabilidad. dicho sistema fue implementado al mismo tiempo que señalo que la responsabilidad medica era de carácter contractual, en sentencia conocida como el fallo “Mercier”, dictado en Francia en 1936, en el cual se señaló que el profesional de la salud no se obliga a curar al paciente sino a ...brindarle los cuidados, no cualesquiera, pero concienzudos, atentos y reserva hecha de circunstancias excepcionales, conforme a los datos adquiridos de la ciencia; el fallo “Mercier” es una referencia obligada en los procesos de responsabilidad civil contra profesionales de la salud.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia dicto con la misma filosofía de la corte francesa: la responsabilidad del médico no es ilimitada, ni motivada por cualquier causa, sino que exige no solo la certidumbre de la culpa del médico sino la gravedad. En materia de culpa, la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquella, es preciso que la culpa sea grave. La jurisprudencia actual no considera necesaria la culpa grave, pero si la necesidad de probar la culpa.

La responsabilidad subjetiva se traduce en la obligación de medio del profesional de la salud, en virtud de la cual, su deber de cuidado y atención consiste en el en el empleo de acciones y conductas para el restablecimiento de la salud, sin tener que curar, solo tratar y procurar lo mejor para su paciente, utilizando los medios, cuidados y conocimientos.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado: el medico solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de suerte que en caso de reclamación, este deberá probar la culpa del médico sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación.

La doctrina Colombiana ha indicado sobre la obligación del profesional: al médico no se exigen milagros ni imposibles; pero si está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte medico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que se escapa a sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a

intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en iguales circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión.. por consiguiente, el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que este indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los conocimientos médicos y a los recursos disponibles en el correspondiente medio, abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias.

La obligación del profesional de la salud es de medio, y el médico solo podrá exonerarse de responsabilidad, si acredita que actuó con diligencia y cuidado, esto es, con ausencia de culpa, o si demuestra que existió caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 93-95-96-97)

Obligaciones de Resultado:

La obligación de resultado, es una obligación objetiva, aplicada por algún sector de la doctrina a la cirugía y a la medicina estética, en aquellos casos en los cuales el profesional utiliza terminología asegurando resultados.

Según la corte: deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de la operación lo hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima.

Doctrinariamente se han planteado algunas hipótesis generadoras de obligaciones de resultado: el olvido de un cuerpo extraño en el organismo de un paciente, la cirugía estética, un trasplante en razón al lugar que debe ocupar el órgano en el organismo destinatario, la aposición de una prótesis comporta obligaciones de medio y de resultado, cirugía cardiovascular debiendo garantizar la ejecución debida, en la obstetricia en la que se espera que se produzca un parto normal, lo especial de esta actividad es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología, violación de una prescripción legal, como el secreto profesional, la obligación pura y simple de atender un paciente, la elaboración de prótesis dentarias y algunos exámenes diagnósticos. Hay que tener presente que en la cirugía estética salvo que haya una promesa efectiva de resultados, la obligación siempre será de medio en razón a que todo procedimientos médico sobre el organismo conlleva riesgos inherentes. (RESTREPO S. Y., 2016.Pag. 97-98-99-100)

La Prueba de Presunciones

Es el resultado de un raciocinio en donde la valoración de los hechos indiciarios se sigue que otro hecho aconteció.

Las presunciones se dividen en:

a. Legales: pueden ser juris et de jure o juris tantum. Las primeras son absolutas y no admiten prueba en contrario, las segundas admiten prueba en contrario

b. Judiciales: son aquellas que el juez forma en juicio lógico partiendo de los indicios, que son hechos probados o de público conocimiento, a partir de los cuales, mediante una operación lógica deduce la existencia de otro hecho inferido o indicado (sana critica)

En el tema de la responsabilidad del médico no existe una regla genérica que consagre una presunción legal de culpa por parte del profesional.

Acertadamente ha dicho la jurisprudencia, que cuando por las circunstancias del caso o por la índole de los hechos, la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de allí derivan sobre la parte gravada con la carga de la prueba, de modo que en estos casos adquiere pleno valor la de presunciones, medio que ha sido expresamente admitido por la ley.

En materia de responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar:

No existen presunciones legales-generales- de culpa. Esto significa que no existe una inversión general de la carga de la prueba de la culpa de los médicos, y por lo tanto la regla es que al paciente le corresponde cumplir con ese imperativo procesal: probar la culpa. No hay que olvidar que la prueba dinámica [Carga Dinámica de la Prueba] es un aporte de nuestra doctrina, aplicada en muchas ocasiones por los Tribunales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o

esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

“.....Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. [consagrada en el Código General del Proceso (Ley 1564 (julio 12 de 2012), sección tercera, Régimen Probatorio, título único, pruebas, capítulos 1y 2, artículo 167 “carga de la prueba”]

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La idea de seguridad buscada por los sujetos que desempeñan distintos roles en la sociedad, hace que ellos conciban la asistencia mutua como un recurso en el evento de sufrir deterioros ocasionados por sucesos imprevistos, que en cualquier momento disminuirían, en una u otra forma, su patrimonio. El seguro constituye uno de esos mecanismos para reparar o atenuar el desmedro económico sufrido.

No debe olvidarse la función preventiva del seguro, explicada por algunos doctrinantes, consistente en la actividad proactiva desempeñada por las compañías de seguros que propende por evitar la ocurrencia de posibles pérdidas y no solamente indemnizarlas. Así por ejemplo, las actividades, cada día más comunes, desplegadas por las compañías de seguros que suministran conductores a los usuarios que, por diferentes causas, no están plenamente facultadas para conducir su vehículo en un determinado momento. (AUTOR DESCONOCIDO, EL CONTRATO DE SEGURO, PAG.6)

Este tipo de seguro se transfiere la responsabilidad que se genera como consecuencia de la mala praxis del médico, de una persona física o jurídica, hacia una institución que dispone de mayores recursos financieros, conocida como aseguradora para la pronta atención de indemnizaciones requeridas. Este tipo de seguro trasmite al público, la idea de que las persona que los atiende, es decir el profesional está protegido, y por lo tanto ellos también.

Con el incremento de las demandas a los médicos por paciente insatisfechos, nace una verdadera necesidad del médico de contratar un seguro de responsabilidad civil con el fin de atenuar el impacto contra su patrimonio. (GARCIA, 2002, pag. 159)

En primer lugar podríamos afirmar que el contrato de seguro de responsabilidad profesional médica cumple legalmente dos funciones:

La primera atenuar el detrimento patrimonial del médico, aminorando sustancialmente el riesgo y en segundo lugar garantizar a la víctima el resarcimiento de los daños ocasionados por el profesional de la salud en el evento de la ocurrencia del daño, aunque en más de una ocasión las cláusulas [limitativas, exclusivas o eximentes de responsabilidad] establecidas en el contrato dejan a la clínica, hospital o al profesional asumiendo directamente los riesgos que en un momento procuro trasladar a la compañía aseguradora.

MEDICINA DEFENSIVA

La judicialización de la medicina trae como consecuencia a la medicina defensiva, el medico pierde el criterio de su buen saber y entender y pide prácticas, medicaciones y estudios por las dudas, por miedo a una demanda e intentando demostrar que se ha preocupado por el paciente.

Como consecuencia del incremento de demandas a los médicos y odontólogos, estos han optado ...por seleccionar sus casos, rechazar o referir los que considera de riesgo a otro profesional o especialista , solicitar múltiples estudios, -frecuentemente innecesarios- para evitar reclamos por omisión o falta de evidencias para su diagnóstico y tratamiento; realizar intervenciones quirúrgicas innecesarias o deja de hacer otras que sí lo son, para evitar quejas de sus pacientes y no verse involucrado en una demanda. Justificando así el proceder defensivo del médico, de hecho podría considerarse que de no existir estas, no habría medicina defensiva. Las compañías de seguros crearon los seguros de protección médica – responsabilidad profesional- con aumentos progresivos en la prima. Todo esto ha ocasionado el encarecimiento de la medicina y forma parte de lo que se ha llamado **Medicina Defensiva**. (SIERRA, 2003)

Tancredi en 1978 hace referencia a la **Medicina Defensiva** como *el empleo de procedimientos diagnóstico-terapéuticos con el propósito explícito de evitar demandas por mala práctica*. En una publicación previa la definimos como: **Cambios en la práctica del médico para defenderse de controversias y demandas por juicios en su ejercicio profesional**. (SIERRA, 2003)

La medicina defensiva es una práctica asistencial que, en la evaluación de las pruebas o tratamientos que han de aplicarse en un proceso clínico concreto, atiende más al **riesgo** de que el **profesional** sea **objeto** de

una **reclamación** por parte del paciente o sus familiares, que a la evidencia científica o utilidad terapéutica. Consiste en el empleo por parte del médico, de los procedimientos y medios diagnósticos- terapéuticos, con el principal fin ***de evitar ser demandado o reclamado judicialmente.*** (SERRANO, 2015)

La crisis de desconfianza en la relación clínica llevada a un extremo, se traduce en agresiones y amenazas a los profesionales sanitarios, que lejos de suponer un hecho aislado, constituyen una realidad más que palpable. Hasta el punto que, más de 30.000 profesionales sanitarios, sufrieron agresiones en toda España entre los años 2008-2012, según se desprende del *Informe de Agresiones a Profesionales del Sistema Nacional de Salud*; igualmente, en virtud de los datos, del *Observatorio de Agresiones de la Organización Médica Colegial*, en 2014, el número de agresiones se redujo un 2.8%, con respecto al año anterior, si bien también lo hizo el número de denuncias, que encuentran su causa fundamentalmente en discrepancias respecto de la atención médica recibida.

Ante esta situación, *la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, introdujo una enmienda en el artículo 550 del Código Penal que supone, la equiparación del profesional sanitario al funcionario o autoridad del artículo 24 del Código Penal, en una interpretación amplia del concepto. Dicho precepto esta vigente desde el pasado 1 de Julio de 2015.

Habida cuenta de que la Medicina Defensiva se ejerce, en un intento por evitar reclamaciones contra el profesional sanitario, conviene traer a colación, una serie de datos sobre las mismas. (SERRANO, 2015)

La medicina defensiva es destructiva: Deteriora la relación médico-paciente, propicia la pérdida de la confianza entre ellos y si llega a queja formal o demanda, ocasiona pérdida de la confianza del médico en sí mismo y favorece posteriormente su proceder defensivo. La medicina defensiva no es ética, ni es sólo el médico el único responsable de su existencia; si consideramos que el médico se auto-protege al solicitar exámenes, prescribir medicamentos o realizar procedimientos quirúrgicos para evitarse problemas, concluimos que se trata de un proceder inadecuado y es consecuencia de su historia personal, tanto de su preparación deficiente o no actualizada como de su inadecuada formación ética y moral en el seno familiar, su medio social y en la escuela. (SIERRA, 2003)

RECOMENDACIONES

El médico debe aprender a valorar realísticamente el riesgo legal de su desempeño profesional y tomar en cuenta el costo emocional, físico y financiero al paciente, antes de emplear medidas defensivas.

La mejor manera de actuar éticamente y evitar riesgos por el desempeño profesional es ejercer una **Medicina Centrada en el Paciente**. El ejercer este tipo de medicina resulta complejo y al mismo tiempo sencillo.

Complejo porque involucra la formación del médico desde su origen familiar y social, en la preparación básica, en la universidad, en su paso por los hospitales, durante su licenciatura o en el posgrado y finalmente en el ejercicio cotidiano de su profesión. Esto quiere decir, que los principios morales y éticos los adquiere durante toda su vida y que la ética médica la aprenderá y aplicará cuando estudie y ejerza la medicina.

Sencillo porque el actuar éticamente sólo exige honestidad y seriedad, consigo mismo y con su paciente. Para actuar honestamente se requiere tener una preparación básica sólida, actualizarse, capacitarse continuamente y anteponer los derechos y el bienestar del paciente al afán de lucro y frecuentemente al bienestar personal. Actuar siempre con la verdad, aunque esto implique reconocer errores y el riesgo que conlleva. Mantener altos estándares de desempeño, a nivel de médicos generales o especialistas calificados y de las guías o manuales de procedimientos.

Para terminar, es importante al emitir juicios sobre la actuación del médico, considerarlo como ser humano, que su labor se desarrolla en gran medida en un ámbito de incertidumbre y que la posibilidad de cometer un error no es totalmente evitable.

Finalmente, tener presentes durante el ejercicio profesional las cartas de los derechos de los pacientes y de los derechos generales de los médicos como lineamientos oficiales propuestos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico:

Decálogo de los Derechos Generales de los Pacientes.

1. Recibir atención Médica adecuada
2. Recibir trato digno y respetuoso
3. Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz
4. Decidir libremente sobre su atención
5. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado
6. Ser tratado con confidencialidad
7. Contar con facilidades para obtener una segunda opinión
8. Recibir atención médica en caso de urgencia

9. Contar con un expediente clínico
10. Ser atendido cuando este inconforme por la atención médica recibida

Decálogo de los Derechos Generales de los Médicos

1. Ejercer la profesión en forma libre sin presiones de cualquier naturaleza
2. Laborar en instalaciones apropiadas y seguras que garanticen su práctica profesional
3. Tener a su disposición los recursos que requiere su práctica profesional
4. Abstenerse de garantizar resultados en la atención médica
5. Recibir trato respetuoso por parte de los pacientes y sus familiares, así como del personal relacionado con su trabajo profesional
6. Tener acceso a educación médica continua y ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional
7. Tener acceso a actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión
8. Asociarse para promover sus intereses profesionales
9. Salvaguardar su prestigio profesional
10. Percibir remuneración por los servicios prestados. (SIERRA, 2003)

La Práctica defensiva negativa ocurre cuando el médico general realiza de una manera que va en contra del concepto social y clínicamente el ideal de Dingwall. Esto puede ser llevado a incluir cosas tales como la prescripción de medicamentos innecesarios; aumentos en el seguimiento, la tasa de referencia, y las pruebas de diagnóstico, así como la evitación de ciertos tratamientos y la eliminación de los pacientes de la lista del practicante. (SIERRA, 2003)

La medicina defensiva, es éticamente inadmisibles, por contravenir al menos los siguientes textos: Declaración de Ginebra, que exige al médico *velar ante todo por la salud del paciente*; Código Internacional de Ética Médica de la Asamblea Médica Mundial, al estipular que:

El médico debe a sus pacientes toda su lealtad y todos los recursos científicos disponibles para ellos. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe consultar o derivar a otro médico calificado en la materia; y el artículo 21.2 del Código Deontológico de la profesión médica, que prevé expresamente las exploraciones

complementarias no deben practicarse de manera rutinaria, indiscriminada o abusiva. La medicina defensiva es contraria a la ética médica. Al estar centrada en el profesional, procurando su autodefensa y protección, la Medicina Defensiva pervierte uno de los principios básicos de la medicina clásica, la orientación al paciente.

A la vista de la exposición precedente, y habida cuenta que la medicina defensiva no sólo no evita conflictos sino que incluso los fomenta, agrega costes sanitarios y es contraria a la ética, parece oportuno cuanto menos esbozar una serie de propuestas tendentes a evitarla. (SERRANO, 2015)

No obstante, las propuestas deberían de ir encaminadas, no únicamente a evitar la medicina defensiva, sino también a **evitar el error médico**, en la medida de lo posible. En este sentido, habrían de impulsarse **políticas efectivas de seguridad del paciente**, que disminuyan las posibilidades de que se produzcan reclamaciones frente a los profesionales sanitarios y consecuentemente reduzcan errores médicos con lo que se recorte el gasto sanitario. (SERRANO, 2015)

Por el contrario, **las prácticas médicas defensivas positivas** se definen como las mejoras de calidad, tales como aumento de la detección, el desarrollo de actividades de auditoría o de satisfacción de los consumidores y pacientes explicaciones más detalladas o detallada toma de notas. Medicina Defensiva Positiva. (AUTOR DESCONOCIDO, Factores Positivos y Negativos en la Medicina Defensiva: Un Estudio de Encuesta de los Medicos Generales, 2014)

EL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO-ODONTOLÓGICO

El código de ética está integrado por normas de carácter sustantivo y procedimental, consagra los deberes para el ejercicio de la profesión odontológica y al tiempo establece que le compete al Tribunal de Ética Odontológica el conocimiento de los procesos por su violación.

Los tribunales de ética profesional están integrados por “pares” o miembros de la misma profesión, son los titulares de la investigación y evaluación de los actos en aras de determinar si se presentó alguna infracción al Código de Ética; a través de la tramitación de un proceso. Los sujetos pasivos de la acción ético-disciplinaria, son aquellas personas naturales que posean título profesional.

La investigación de las instituciones corresponde a la superintendencia de salud.

El proceso ético-disciplinario puede iniciarse de oficio o a solicitud de cualquier persona pública o privada, lo cual da lugar a que se designe un magistrado instructor para la etapa de investigación y la práctica de pruebas, quien luego presenta un informe de conclusiones a los demás miembros del Tribunal, para que estos decidan en pleno, si formulan o no cargos al profesional por infracción al código de ética, a través de una providencia. En los casos de formulación de cargos, se efectúa una diligencia de descargos y posteriormente se dicta el pronunciamiento de fondo.

Ley 35 de 1989, decreto reglamentario 491 de 1990 capítulo XIII, artículos 70-78

De las sanciones:

Las leyes de ética médica u odontológica establecen sanciones de naturaleza profesional, que pueden ser impuestas por los tribunales y que van desde amonestación privada, pasando por diversas censuras, hasta la suspensión del ejercicio profesional por un término máximo de 5 años. Existen recursos contra dichas sanciones; hay que tener en cuenta que el proceso ético es independiente del proceso civil y del penal, no existiendo por tanto cosa juzgada, ni tampoco exigiéndose que las decisiones sean coincidentes, dado que se tratan de causas distintas. Ley 35 de 1989, decreto reglamentario 491 de 1990 capítulo XIV, artículos 79-86. (RESTREPO S. Y., 2016. Pag. 44)

CAPITULO 3

JURISPRUDENCIA

**SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL,
MAGISTRADO PONENTE: NICOLAS BECHARA SIMANCAS, BOGOTÁ,
D.C., VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOS (2002);
REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 6143**

“.....Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño y la relación de causalidad. Entonces, a quien se atribuye tal responsabilidad, independientemente que se trate de persona natural o jurídica, puede, por regla de principio, defenderse aduciendo la ausencia de uno cualquiera, de varios o de todos esos tres elementos axiológicos. Por ejemplo, podrá demostrar que su comportamiento no es culposo, porque procedió con diligencia, prudencia, pericia y sin violar reglamento alguno; o la inexistencia del daño, entendido en sentido jurídico; o controvertir el nexo de causalidad, comprobando que la lesión ocasionada a los derechos de la víctima, no es consecuencia directa o exclusiva del hecho que se le imputa.

Para el caso de las personas jurídicas, habida cuenta que por su especial naturaleza ellas actúan siempre por intermedio de agentes (personas naturales), aducir la inexistencia de culpa o de relación causal es tanto como afirmar que el actuar de sus delegados no fue culposo o que no es la causa adecuada del resultado dañoso.

En tal orden de ideas, dedúcese que no hay óbice para que una persona jurídica demandada en acción de responsabilidad civil extracontractual se defienda, tanto en las instancias como en casación, cual aquí acontece, proponiendo la ausencia de culpa de sus dependientes, que en últimas traduce la ausencia de su propia culpa, o que no hay vínculo causal entre el proceder de sus agentes y el daño cuya reparación se persigue, que implica sostener la inexistencia de dicha causalidad entre su propio proceder y el daño.

Ahora bien, el que ello sea así, como en efecto lo es, no es circunstancia que permita desconocer o contrariar las reglas que disciplinan las relaciones que surgen, de un lado, entre las partes y, de otro, entre quienes integren cada una de ellas, cuando son plurales. Si son varios los demandados, es indiscutible que, en este tipo de proceso (responsabilidad civil extracontractual), conforman un litisconsorcio facultativo y que, por ende, "serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados" y "Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso" (art. 50 del C. de P.C.).

SENTENCIA C-213/07 Referencia: expediente D-6445

Las profesiones no son actividades meramente individuales que persigan únicamente metas de carácter particular relacionadas con el ámbito de conocimiento o desempeño profesional que les es propio. Las profesiones se orientan también por criterios de comportamiento y buscan realizar su tarea de conformidad con cánones de excelencia y calidad así como contribuir al mejoramiento de la sociedad. En razón de lo anterior, el artículo 26 de la Constitución Nacional le confiere a la Ley la facultad de regular las profesiones no sólo con miras a minimizar el riesgo que puede derivarse de su ejercicio sino también con el propósito de determinar un conjunto de deberes y prohibiciones para que las actividades realizadas por los profesionales se ajuste a unos mínimos éticos y concuerde con el ambiente axiológico fijado por la Constitución de 1991 en donde se consignan los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales.

Para decirlo de otra forma: en el caso colombiano los mínimos éticos dirigidos a orientar el ejercicio de las profesiones se elevan a la categoría de normas jurídicas por intermedio de la Legislación. La Ley estructura asimismo cuál ha de ser el procedimiento disciplinario que debe seguirse cuando se desconocen las normas contenidas en los Códigos de Ética Profesional. En el marco de este procedimiento disciplinario, se prevé la existencia de Tribunales de ética con potestad para realizar el estudio de los asuntos en los que se presenta la falta de cumplimiento de los preceptos ético-profesionales y con poder para imponer las sanciones correspondientes.

La Ley 35 de 1989 "Sobre la ética del odontólogo colombiano" regula precisamente lo relacionado con el ejercicio ético de la profesión de odontología. Esta Ley está compuesta de catorce capítulos y 89 artículos a lo largo de los cuales se establece lo concerniente a (i) Declaración de Principios. (ii) Práctica Profesional de las Relaciones del Odontólogo con el paciente. (iii) Del Secreto Profesional, Prescripción, Historia Clínica y otras Conductas. (iv) De las Relaciones del Odontólogo con sus Colegas. (v) De las Relaciones del Odontólogo con el Personal Auxiliar. (vi) De las Relaciones del Odontólogo con las Instituciones. (vii) Requisitos para Ejercer la Profesión de Odontólogo. (viii) De las Relaciones del Odontólogo con la Sociedad y el Estado. (ix) Publicidad y Propiedad Intelectual. (x) Consultas y Testimonios. (xi) Alcance y Cumplimiento del Código y sus Sanciones. (xii) Órgano de Control y Régimen Disciplinario. (xiii) El proceso Disciplinario Ético-Profesional. (xiv) De las Sanciones.

SUPUESTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICADOS AL ÁMBITO DE LA MEDICINA

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha planteado lo siguiente: “Un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico determinan su responsabilidad. Previo a hacer un análisis respecto de cada uno de ellos, es importante asumir que las obligaciones profesionales de los médicos deben verse a la luz de la *lex artis* que regula las actividades médicas. Con la expresión *lex artis* se hace referencia a cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe ejecutarse, o como ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “una regla de medición de una conducta, al tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta” . Los médicos en Colombia deben cumplir los requisitos que por leyes o decretos se les impongan para poder ejercer su profesión, la cual citando el artículo 1° de la Ley 14 de 1962, se entiende como “la aplicación de los medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo”.

--COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. SENTENCIA DEL 30 DE ENERO DE 2001. M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. 27 HERNÁNDEZ, NELSON.

El daño. ‘Daño no significa más que perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable’. Los perjuicios son muy variados, no obstante cuando son padecidos por alguien a causa de la inobservancia de normas es que es importante y entra en los dominios del estudio del derecho. Algunos doctrinantes consideran que es el elemento que debe analizarse en primer lugar gracias a que la base sobre la cual se edificó el concepto de responsabilidad es el resarcimiento de un daño sufrido, y por tanto si no se constata la ocurrencia de un daño, no surgirá la obligación de indemnizar. El daño ya jurídico consiste en la modificación de una situación previa, con menoscabo de un bien jurídicamente protegido, que produce un detrimento material, corporal o inmaterial puro. En palabras de Tamayo el “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”. La determinación del daño consistirá

entonces en indicar cuáles hallazgos son consecuencia directa del evento traumático, el cual es un presupuesto que corresponde demostrar a quien lo alega. En la responsabilidad contractual el daño está íntimamente ligado a una prestación determinada e incumplida por parte del deudor, quien únicamente está llamado a responder por el daño previsible; o por el imprevisible pero en aquellos casos en que se logre demostrar que actuó con culpa grave o dolo. (TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p.247).

En la responsabilidad extracontractual el daño o perjuicio es el menoscabo de cualquier tipo de interés jurídico, sin embargo, se puede identificar el daño como la sede más inmediata que resulta afectada con el hecho dañoso, y los perjuicios como las consecuencias adversas que producen determinado daño en los bienes e intereses de una persona. Los daños han sido clasificados por parte de la doctrina de la siguiente manera: a) Daño material Aquellos eventos en los cuales resulta afectada una cosa corporal, bien porque se pierda, destruya o deteriore. Se identifican el daño emergente y el lucro cesante y además los daños extrapatrimoniales que se pudieron haber causado. El daño emergente se refiere a la disminución efectiva del patrimonio del acreedor. En este caso, el detrimento económico que sufre el paciente o su familia en el esfuerzo por restablecer su salud mediante medicamentos, hospitalización, transporte, insumos hospitalarios y demás. El lucro cesante a lo que el paciente deja de devengar en la actividad económica que desempeña, desde que cesan esas actividades por la incapacidad que le ocasiona el actuar del profesional, hasta la invalidez o la muerte. b) Daño Corporal Recae tanto sobre la integridad física como síquica de la persona. Se incluye la muerte como daño corporal, pero frente a los perjuicios que se derivaron de ese daño. c) Daño Inmaterial Son los casos en que se afecta un derecho, pero sin que concurran los dos anteriores, como por ejemplo el buen nombre.

Como estos derechos no tienen sede material, el daño termina siendo igual a los perjuicios, que pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales. Estos daños pueden venir acompañados de perjuicios como son los compensatorios, moratorios, daño emergente y lucro cesante. La diferencia entre el daño y los perjuicios versa en que el primero hace referencia a la sede más inmediata que resulta afectada con el hecho dañoso, mientras que los segundos son las consecuencias adversas que produce el daño en los bienes e intereses de alguien. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, sin embargo, que del incumplimiento de las obligaciones a cargo de los médicos, pueden surgir dos clases de daños: i) el que se produce por una falla en el consentimiento y ii) el que proviene como resultado de una mala práctica médica; daños que a pesar de tener como fuente la misma relación contractual, resultan disímiles en su naturaleza y causalidad; en el primero estaría la mera falta de información o información defectuosa o incompleta, ya que el daño simplemente podría producirse o no al resultar como un alea de la intervención misma, quedando así también dañada la libertad contractual,

mientras que el segundo de ellos estaría directamente relacionado con la culpa, ora frente al diagnóstico, tratamiento o intervención médica, y bien fuere por impericia, negligencia, imprudencia o violación de los reglamentos.

EL hecho generador. Se han empleado otros términos para describirlo como son: acción, hecho, hecho culposo, falla y probablemente el más común, culpa. el término de ‘hecho generador’ es un concepto más amplio que permite abarcar incluso los hechos sin culpa y otros sistemas de imputación como las garantías. Este elemento en materia médica ha sido entendido como la violación o incumplimiento a los deberes de asistencia y cuidado pertenecientes a la profesión. En la responsabilidad extracontractual, el hecho generador es una acción o una omisión por la cual se afecta un interés jurídicamente tutelado, pero sin que entre ellos exista un vínculo previo. La única relación que tienen ellos, argumenta la doctrina, es la derivada del deber general de no causarle daño al otro, por lo que la causación del daño sería producto de un encuentro social ocasional. Para identificar los deberes preexistentes, debido a que en materia de responsabilidad civil no es aplicable un concepto de tipicidad, se puede hacer: i) mediante la existencia de una norma expresa que consagre deberes, sanciones y facultades sobre derechos subjetivos, y ii) mediante el deber general de prudencia consagrado en el artículo 63 del código civil, el cual hace referencia a un patrón de conducta del buen padre de familia. A diferencia de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en la responsabilidad contractual si existe un vínculo jurídico previo que une a quienes son víctima y responsable, y ese vínculo surge de un contrato en donde se pacta una prestación específica y determinada. ‘En el antiguo derecho romano la responsabilidad era objetiva; quedaba comprometida independientemente de toda idea de culpa’. Sólo más adelante, en la época del derecho justiniano, se altera el presupuesto subjetivo para tener en cuenta la existencia de la culpa partiendo del ejercicio ilegítimo de un derecho, como soporte para que operen las sanciones previstas en la ley Aquilia, que carecía de un principio reparatorio.

Al estructurarse la idea de la sanción separada de la reparación, se sigue la idea justiniana acerca de la necesidad de la culpa como fundamento de la reparación con énfasis en el carácter restitutorio de la responsabilidad civil. Gracias a esto se pudo evidenciar un cambio en el enfoque que anteriormente reposaba sobre el responsable del daño, para hacer énfasis en la víctima que lo padecía. Pese a esto, a partir de finales del siglo anterior, la teoría clásica de la culpa sufrió varias críticas por ser considerada como una noción vaga y por la dificultad que presentaba la necesidad de su prueba, dando pie a la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo, que de acuerdo con Ripert, parte del supuesto según el cual “todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse por el que lo ha ocasionado porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a un problema de causalidad, cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a otro reparar el perjuicio”.

En estos eventos donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurar la responsabilidad, se hace remisión a factores objetivos como son el riesgo o el peligro, y es aquí donde es relevante la concepción respecto de las actividades peligrosas. El Consejo de Estado determinó que “una actividad peligrosa se presenta cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas. No debe perderse de vista que el peligro es un concepto indeterminado y, por lo tanto, solo puede ser establecido por el juez en atención a las circunstancias particulares del caso concreto” En consonancia con lo anterior, Tamayo la define como “aquella que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento genera más probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar, por sí solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”. Sin embargo, en el caso de Colombia concretamente, la *Corte Suprema de Justicia siempre ha sido firme en sostener que únicamente se responde* por aquellos actos que se realizan con **culpa o negligencia**, es decir que se atiende a un sistema de responsabilidad subjetiva para hacer la imputación y designar al sujeto responsable. *Aun así ha sido enfática en mencionar que en los eventos de riesgo, de actividades peligrosas, o en obligaciones de resultado,* se emplea **un sistema de culpa presunta**, régimen en el cual el deudor algunas veces puede exonerarse demostrando la **causa extraña**, y en otras que ni siquiera la causa extraña lo libera de la responsabilidad que pesa en su contra. Ha habido sentencias en Colombia que han catalogado la actividad médica como una actividad riesgosa o que entraña algún peligro, por tanto, asumiendo esta posición, se debe hacer una inversión de la carga de la prueba porque de entrada se presume que el médico tuvo la culpa del resultado producido y es a él a quien le corresponde desvirtuar esa culpa demostrando alguna causal de exoneración.

No es de recibo considerar la actividad médica como una actividad riesgosa o peligrosa gracias a que el ejercicio médico está encaminado a disminuir, atenuar o eliminar los riesgos propios del paciente que se derivan de su vida en sociedad, como son los de contraer enfermedades, sufrir accidentes, padecer deterioros en su salud, etc. Además resulta frustrante para el médico que su actuar pueda tildarse de esta manera cuando los principios inculcados desde las primeras clases, se encaminaron a una labor noble y diligente como es el alivio del sufrimiento y del dolor; más aún cuando públicamente llevan a cabo el juramento hipocrático en donde se comprometen a orientar la práctica de su oficio a un actuar ético y orientado al servicio de los pacientes, colegas y la comunidad en general.

Según Jaime Arrubla, para eliminar la responsabilidad objetiva en la prestación de servicios médicos se suelen dar como argumentos los siguientes: • Los servicios médicos son una necesidad fundamental de los habitantes y deben estar al alcance de ellos. • La responsabilidad objetiva incrementaría el costo de los servicios; en consecuencia, los haría inaccesibles para las mayorías • La implementación de una responsabilidad objetiva frenaría el desarrollo de las ciencias médicas • Una responsabilidad objetiva inhibiría a muchos profesionales para implementar ciertos procedimientos de riesgo –en perjuicio de los mismos pacientes- que, a pesar de ser los indicados, podrían implicar resultados adversos. • En la ciencia médica siempre hay un componente aleatorio e interviene considerablemente el factor reaccional del enfermo; así como en las intervenciones quirúrgicas se pueden presentar complicaciones imprevisibles, que pueden ser ajenas a la labor desplegada por el galeno.

• En los pacientes se pueden presentar anomalías o reacciones de tipo humano, que no siempre son previsibles. (PAUCAR, 2008)

Ahora bien, aunque ninguna legislación ha definido la culpa, en Colombia se han consagrado unas normas marco que determinan el campo de aplicación de la misma, por ejemplo: El código penal define las conductas como culposas “cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. Sin embargo, el código civil al referirse a la culpa o descuido detalla tres clases dependiendo del nivel de diligencia que ha debido emplear el deudor en la prestación prometida: “Artículo 63. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado [...]”.

Respecto de la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, ha venido predicando la Corte que es una “**responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual**”; sin embargo, que la *responsabilidad contractual* es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece con su paciente. Anteriormente la

jurisprudencia de la Corte había dictaminado que en la demostración de la culpa del médico se tenía que agregar como condición *la gravedad*, planteamiento que no es tenido en cuenta en la actualidad porque la conducta sigue siendo enmarcable dentro de la culpa común.

Ahora, la culpa que en términos generales puede ser definida como una conducta anormal por ser contraria a una norma de cualquier índole, o por ser contraria al deber general de comportamiento, está compuesta por dos elementos: (i) el elemento objetivo que se refiere a la ilicitud de la conducta, y (ii) el elemento subjetivo que se refiere a la imputabilidad, donde no se analiza la conducta sino al sujeto de acuerdo a las circunstancias en que lo rodearon al momento del hecho para analizar si se puede hacer un reproche o no. Además *hay cuatro formas que revisten la culpa* que son la impericia, la imprudencia, negligencia e inobservancia de reglamentos

Impericia Es definida como la falta de habilidad, conocimientos o experiencia con que un sujeto realiza una conducta. El diccionario de la Real Academia de la lengua española la define como la falta de pericia, que a su vez delimita como aquella sabiduría, práctica, experiencia y habilidad que se tiene en una ciencia o arte. Al médico general que efectúa un procedimiento de gran complejidad, como una neurocirugía, y comete un error por desconocimiento o inexperiencia, se le catalogaría como imperito. [CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., 2.001. 39] (YEPES RESTREPO. Op. Cit., 2002, p. 67)

Imprudencia Consiste en la “ligereza con que el sujeto realiza una conducta, bien sea porque no prevea, debiendo prever los efectos de la misma, o porque a pesar de haberlos previsto se confía en poderlos evitar” . Como expone Sergio Yepes, se presenta en los casos en que un médico, sin contar con el instrumental, los elementos médicos o la infraestructura adecuadas, efectúa un procedimiento sin poder manejar acertadamente una complicación, salvo que se trate de un evento de urgencia en que la responsabilidad del médico deba ser la de preservar la vida o la integridad de un paciente aún sin contar con los medios disponibles.

Negligencia Es la falta de cuidado con que actúa el profesional de la salud. Se comete negligencia cuando se hace un diagnóstico erróneo, no se respetan las prácticas médicas estándar en la prestación de un servicio de salud, se pasan por alto medidas de higiene o seguridad, cuando no se revisa la historia clínica, las contraindicaciones de un tratamiento o incluso las instrucciones de un equipo, así como la fecha de vencimiento de los medicamentos, entre otros.

Violación de reglamentos Está constituida por la infracción de los principios científicos y legales. En el campo médico, se daría cuando el profesional se aparta de la *lex artis* durante la realización de una técnica o procedimiento. Abarcaría además la

violación de normas legales que consagran reglas precisas y de obligatorio cumplimiento, como son las normas de ética médica o estudios profesionales. Lo que se conoce como *lex artis* vendría siendo el conjunto de los medios diagnósticos y terapéuticos aceptados por la ciencia médica como indicados para ejercer la misma.

Nexo de causalidad. La imputación también exige que exista el nexo de causalidad, que dentro de la estructura de la responsabilidad se divide en dos: el que relaciona el hecho generador con el daño y el que vincula al hecho generador con el sujeto, el cual ha sido denominado como nexo de imputación. En el campo jurídico no basta con que exista una culpa o una situación de nexo creado, se requiere que el hecho generador si haya sido la causa de determinado daño y sus perjuicios. Como no existe un criterio específico para definir lo que es causa debido a que ni siquiera la jurisprudencia ha hecho referencia a lo que debe entenderse por causalidad en todos los casos, se han elaborado diferentes teorías para determinar la relación existente entre un daño y el hecho que lo pudo haber ocasionado: i) La equivalencia de las condiciones, ii) Causa próxima, iii) causa adecuada, entre otras.

Causales de exoneración y justificación La causa extraña es una defensa universal tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual, debido a que pretende romper el nexo de causalidad e incluso el nexo de imputación. La ocurrencia de una causa extraña no solo implica que en algunos casos el daño fue producido por un evento externo e irresistible al demandado, sino que también podría explicar la razón por la cual el demandado no pudo haber presentado la conducta debida. Las causas extrañas que producen la exoneración de responsabilidad son: hechos de la naturaleza, hechos de un tercero y hecho exclusivo de la víctima. El artículo 64 del código civil define indistintamente la fuerza mayor y el caso fortuito como aquel suceso “imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” El vínculo de causalidad tampoco podrá ser atribuido a una persona cuando se presente una causal de justificación, las cuales son aquellas causas que son ajenas al agente que produjo el daño pero que interfirieron positivamente en su producción y por tanto eliminan el elemento de la culpa. Estas causales no se consideran antijurídicas dado que el agente se ajusta a derecho y su conducta por tanto encuentra justificación. El artículo 32 del código penal consagra unos eventos en los cuales no hay lugar a la responsabilidad penal, entre los que se pueden destacar los siguientes que pueden ser aplicados al ámbito civil como causales de justificación: “2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo. 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal. 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público”. (RUIZ M. R., 2006)

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.SALA DE CASACIÓN CIVIL. EXP:1100131030031998 07770 01.SC.10261-2014.AGOSTO 4 DE 2014.M.P. MARGARITA CEBELLO BLANCO:

Responsabilidad civil del odontólogo. Paciente que sufrió parálisis facial, posterior a cirugía odontológica. Historia clínica y su incidencia probatoria. El diagnostico.

Extracto

2.2 ahora, como dicho asunto involucra aspectos ajenos a la salud de la actora, es decir, la profesional odontóloga que le presto los servicios a la accionante, lo debió hacer bajo el compromiso de la “(...) *utilización de medios y conocimientos para el examen, diagnostico, pronostico con criterios de prevención, tratamiento de enfermedades, malformaciones, traumatismos, las secuelas de los mismos a nivel de los dientes, maxilares y demás tejidos que constituyen el sistema estomatognatico*”(literal a, artículo 1° de la Ley 35 de 1989). Y, en cuanto que “como (...) *perteneciente a las áreas de la salud, tiene la obligación de aplicar sus conocimientos en el diagnostico precoz de las enfermedades de la boca y de las enfermedades generales que presenten manifestaciones orales, valiéndose de todos los medios de diagnóstico que tenga a su alcance*” (literal i, *ibídem*) una eventual responsabilidad de la odontóloga, y, con mayor razón, la del especialista maxilofacial, preparado para intervenciones quirúrgicas, debe ser valorada, tanto a su incumplimiento o mala práctica, como a las consecuencias derivadas de ella, bajo la regulación alusiva a la *Lex artis ad hoc*, aplicación que proviene del concepto que esta Corporación ha acuñado respecto del acto médico que, en diversidad de oportunidades, lo ha definido como “*toda actividad mediante la cual el galeno se compromete a emplear su habilidad y sapiencia con miras a curar al enfermo; para tal efecto, debe desarrollar un conjunto de labores encaminadas al diagnóstico, pronostico y tratamiento de aquel y, de ser el caso, a intervenirlo quirúrgicamente*”(C.S.J SC 26 de noviembre de 2010, rad. 1999 08667 01).(...)

9. Importa para el presente litigio por centrarse en ello la acusación planteada, los procedimientos relacionados con la historia clínica y el diagnostico.

9.1 Aquella no es nada distinto a la memoria o reseña de todo lo que concierne al enfermo y a la patología que lo aqueja; constituye pieza angular por ser la narración clara, completa y oportuna del estado de salud del paciente; ella entrega elementos para diagnosticar, pronosticar, medicar o intervenir quirúrgicamente. En dicha minuta debe quedar, en detalle, las circunstancias más relevantes de la relación médico-paciente.

Sobre dicho escrito, el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, establece: “*la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un*

documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”

Alusivo al tema la Sala ha dicho:

Debe puntualizarse la relevancia de la historia clínica. Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara , precisa, fidedigna, completa, expresa y legible, todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación, hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal, cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquel, el usuario, y las personas autorizadas por estos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención medica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras de servicios, y su omisión u observancia defectuosa, irregular, e incompleta, entraña importantes consecuencias, no solo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica.(C.S.J SC 17 de noviembre de 2011, rad. 1999 00533 01).

9.2 La diagnosis, puede definirse como la concreción en torno a la patología del paciente y/o reconocimiento de la enfermedad que lo afecta.

La Corte se ha expresado así:

El diagnostico esta constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesia”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.

Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e especificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gastos adoptadas por los órganos administradores del servicio .Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnosticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su responsabilidad se impone evaluar, en cada caso en concreto, si aquel agoto los procedimientos que la lex artis ad hoc recomiendan para acertar en él.(CSJ SC 26 de noviembre de 2010, rad. 1999 08667-01).

10. La base de la controversia se centró en considerar que la profesional maxilofacial incurrió en varias equivocaciones al, de una parte, menospreciar por exceso de confianza o no analizar con el debido cuidado la historia clínica de la demandante; de otra parte, por desdeñar los anuncios existentes alrededor de la alta probabilidad de existencia de una vasculitis que otros expertos habían conceptualizado. Allí (folios 17 y 18, cuaderno de la corte), en una y otra actuación de la demandada se condensan los errores atribuidos a ella.

10.1 en cuanto a la historia clínica debe decirse que libre de toda discusión esta que la cirujana maxilofacial tuvo a su disposición dicho documento, por ende, la información allí compilada le proveía suficiente ilustración relativa a la salud de la señora Isabel Montoya.

La lectura cuidadosa en el expediente de ese texto no refleja, en rigor, la realidad que pretende la recurrente evidenciar, pues en ninguna de las anotaciones por ella resaltadas se aconseja o reseña la posibilidad de no llevar a cabo la cirugía practicada. Son coincidentes, eso sí, varias notas alrededor del estudio por sospecha de una vasculitis, pero, no aluden a que previamente y como condicionante de la cirugía, deba agotarse el procedimiento evaluativo de dicha patología.

En esa dirección, la realización del procedimiento quirúrgico al que fue sometida la demandante no puede atribuirse a una omisión en la lectura de la historia clínica y mucho menos a la sospecha de tal enfermedad. En primer lugar, por cuanto no hay acreditación alguna que confirme esa inferencia; no existen pruebas sobre la preterición de dichas notas por parte de la cirujana. La sola percepción de la recurrente no es indicativa de un desconocimiento de la misma. Pero aun, en el caso de haber acontecido tal situación, es decir, de considerar que la experta no se percató de esas anotaciones, la

cirugía, como se advirtió precedentemente, no estuvo condicionada a la finalización de los estudios recomendados.

En efecto, aparecen algunos elementos de prueba que afirman la supuesta negligencia de la demanda. Nótese que el anesthesiólogo Jaime Restrepo en la “*evaluación de riesgos operatorios*” –folio 26, cuaderno No. 3-, expresamente asentó: “*se solicita interconsulta con Med. Interna, para valoración y concepto*”. Y, en la parte inferior de dicho documento señaló: “*se puede operar*”.

El mismo profesional, al valorar a la demandante en la víspera de la cirugía, aseguro: “*no encuentro contraindicación clínica para cirugía*” (folios 28 y 29, del cuaderno principal).

Y, si bien, en ultimas, el cirujano es quien decide realizar o no el procedimiento quirúrgico, asumiendo la responsabilidad de tal determinación, su proceder resultara más o menos comprometido en cuanto que, eventualmente inobserve apreciaciones de otros profesionales alrededor de una ausencia de condiciones para no operar o la imprescindible realización de ciertos exámenes etc., o registros de la historia clínica que aconsejen una práctica diferente, en fin, vaya en contra de toda prudencia y conducta profesional, lo que , en el presente asunto no se vislumbra, precisamente, por las razones señaladas.

En ese orden, puede afirmarse que la accionada Eugenia Gutiérrez no procedió de manera temeraria, imprudente o fue negligente al sopesar los elementos necesarios para intervenir a la actora, ya que, se reitera, la referida cirugía inclusive recibió el visto bueno del experto señalado por el Dr. Saúl Uribe García. (GARCIA S. U., 2015)

CONCLUSIONES

1. Los criterios de atribución en odontología utilizados por las altas cortes para la imputación de responsabilidad civil o ética son los siguientes:
 - La culpa es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud en Colombia, en sus modalidades impericia, imprudencia, negligencia, violación de reglamentos.
 - La legislación Colombiana establece en materia de responsabilidad civil una clasificación atendiendo a la persona a la cual se le imputa un hecho dañoso, bien sea directamente (por el hecho propio) o de alguien por el cual deba responder (por el hecho ajeno).
 - Por faltas consistentes en acciones u omisiones de tipo administrativo por los profesionales de la salud, tales faltas consisten en limitaciones de tiempo, consultas, exámenes, medicamentos y procedimientos, las prohibiciones de ingresos y ordenes de alta, así como la suspensión de servicios por agotamiento de coberturas que atenten contra la vida y salud de un paciente. Desobedecer injustificadamente una decisión judicial que ha ordenado la realización de un acto médico también genera la obligación de indemnizar.
 - En aspectos administrativos, la entidad es responsable por negligencia, si no práctica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado, pues debe garantizar al paciente su derecho al diagnóstico oportuno y puede condenarse al director institucional por inobservancia de reglamentos, al no asegurarse de que se encontraban cumplidas las condiciones exigidas para el buen funcionamiento del servicio, exigidas por las autoridades de salud.
 - En el caso de las tutelas, para que la institución quede excluida de responsabilidad, tendrá que practicar de manera inmediata e íntegra los exámenes ordenados y el tratamiento ordenado, y no queda excluida por la existencia de ordenes internas con miras a la práctica de exámenes.
 - En el caso de urgencias, la primera exigencia, constitucional y legal, es que todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud están obligados a prestar la atención inicial de urgencias sin sujeción a condición alguna. La atención inicial de urgencias comprende todos aquellos actos que tienden a estabilizar al paciente en sus signos vitales, la realización de un diagnóstico de impresión y definirle al paciente el destino inmediato, seguir en urgencias, o remitir al paciente de manera

inmediata a otro nivel de atención y grado de complejidad superior que requiera.

- Los supuestos riesgos de la praxis odontológica más comunes son:
 - ✓ Daño derivado de la colocación de prótesis dental
 - ✓ Daño derivado de la colocación de objetos en la cavidad bucal de manera temporal o permanente, como coronas, pernos, aparatología funcional, entre otros.
 - ✓ Daño ocasionado por las cosas que emplea, como el instrumental, piezas de alta o de baja velocidad, materiales o instrumentos, el sillón.
 - ✓ Errores en la extracción
 - ✓ Complicaciones en la extracción:
 - ✓ Fractura de mandíbula
 - ✓ fractura de tablas de los maxilares
 - ✓ Penetración en los senos maxilares
 - ✓ No extraer las raíces cuando se fractura la corona
 - ✓ Dolor persistente
 - ✓ Transmisión de enfermedades: hepatitis, SIDA, herpes, tétanos
 - ✓ Complicaciones de anestesia: parestesia, inyección intravenosa, shock anafiláctico
 - ✓ Deglución de instrumentos
 - ✓ Errores diagnósticos
 - ✓ Lesiones nerviosas: sección del nervio dentario
 - ✓ Lesiones en lengua, carrillos, mucosas, suelo de boca, al preparar cavidades
 - ✓ Quemaduras con hipoclorito, ingesta de hipoclorito
 - ✓ Uso inadecuado de rayos X
 - ✓ Intolerancias medicamentosa
 - ✓ Resultados no obtenidos
 - ✓ Rotura de limas de endodoncia
 - ✓ Materiales de baja calidad
 - ✓ Tratamiento cruel o inhumano

- ✓ Falta de consentimiento
- ✓ Documentos incorrectos, historia clínica no diligenciada o mal diligenciada

2. La naturaleza jurídica del acto odontológico, es de carácter civil.
3. Después de realizar un análisis exhaustivo sobre el acto médico y el acto odontológico se encontraron grandes diferencias entre ambos, que en el caso de Colombia respecto a la responsabilidad civil odontológica no se encuentra legislada. En países como México, Perú, Argentina se encuentra legislada de manera específica, clara, expresa haciendo muy clara su diferencia con la responsabilidad medica así: existen 3 tipos de actos odontológicos:

1. Actos odontológicos fundamentales (actos propios del odontólogo)
2. Actos odontológicos auxiliares (actos propios y con ocasión de sus funciones)
3. Actos profesionales compartidos (con el personal auxiliar, con el personal de laboratorio dental, situaciones de remisión y contra remisión)

Mientras que el acto médico básicamente es de dos tipos:

1. Generales
2. Específicos.

4. La medicina defensiva es destructiva, deteriora la relación médico-paciente, propicia la pérdida de la confianza entre ellos y si llega a queja formal o demanda, ocasiona pérdida de la confianza del médico en sí mismo y favorece posteriormente su proceder defensivo.; la medicina defensiva no es ética, ni es sólo el médico el único responsable de su existencia; si consideramos que el médico se auto-protege al solicitar exámenes, prescribir medicamentos o realizar procedimientos quirúrgicos para evitarse problemas, se trata de un proceder inadecuado.
5. El contrato de seguro de responsabilidad profesional médica cumple legalmente dos funciones:
 - A. Atenuar el detrimento patrimonial del médico, aminorando sustancialmente el riesgo.
 - B. Garantizar a la víctima el resarcimiento de los daños ocasionados por el profesional de la salud en el evento de la ocurrencia del daño, aunque en más de una ocasión las cláusulas (limitativas, exclusivas o eximentes de responsabilidad) establecidas en el contrato dejan a la clínica, hospital o al

profesional asumiendo directamente los riesgos que en un momento procuro trasladar a la compañía aseguradora; situación comprobada en las encuestas realizadas a 12 odontólogos tanto generales como especialistas, de diferentes edades, estrato socioeconómico, tanto de empresa pública como privada quienes manifestaron un gran preocupación no solo acerca del desconocimiento del funcionamiento real de este tipo de seguro, sino al riesgo de ser demandados.

6. Recomendaciones para minimizar el riesgo de una demanda por responsabilidad profesional odontológica o limitar sus consecuencias:

- Llevar a cabo una buena práctica profesional.
- Seguir protocolos de reconocido prestigio.
- No asegurar el resultado del tratamiento.
- Tener cuidado con tratamientos muy novedosos o alejados de la ortodoxia clínica.
- Mantener una buena comunicación con el paciente y su familia.
- No criticar a otros profesionales.
- Pedir consejo si el caso nos supera.
- No abandonar al paciente en ningún caso.
- Ser muy cuidadoso en la elaboración de la historia clínica.
- Hacer un buen consentimiento informado.

- Tener en cuenta que el odontólogo explica, pero el paciente decide.
- Guardar el secreto profesional y observar la Ley de Protección de Datos.
- Conocer la casuística de las maniobras con más reclamaciones.
- Extremar las precauciones legales ante los pacientes potencialmente litigantes.
- Ser conciliatorio.
- Disponer de un buen Seguro de Responsabilidad Civil.
- En caso de demanda, notificarlo al Seguro y buscar un abogado.
- Disponer de unos mínimos conocimientos médico-legales para ejercer.

En caso de producirse finalmente la demanda, no perder el amor a la profesión.

BIBLIOGRAFIA

- ACUÑA, J. A. (2011). *RESPONSABILIDAD OBJETIVA*. Recuperado el 30 de 10 de 2016, de <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>
- AUTOR DESCONOCIDO. (2003). *Pontificia Universidad Javeriana/biblioteca/tesis/derecho*. Recuperado el 26 de mayo de 2017, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS54.pdf>
- AUTOR DESCONOCIDO. (2014). FACTORES POSITIVOS Y ENGATIVOS EN LA MEDICINA DEFENSIVA: UN ESTUDIO DE ENCUESTA DE LOS MEDICOS GENERALES. VOS EN LA MEDICINA DEFENSIVA: UN ESTUDIO DE ENCUESTA DE LOS MEDICOS GENERALES. COSTA RICA.
- AUTOR DESCONOCIDO. (2014). <https://www.google.com.co/search?q=HOSPITAL+QUIRUSALUD+EL+SAGRADO+CORAZON&oq=HOSPITAL+QUIRUSALUD+EL+SAGRADO+CORAZON&aqs=chrome..69i57.23720j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Recuperado el 15 de MAYO de 2015
- AUTOR DESCONOCIDO. EL CONTRATO DE SEGURO. *EL CONTRATO DE SEGURO, TESIS DE GRADO. PAG.6*. BOGOTA.
- BARBARA AYLEN PINTO ADAROS, C. M. (2012). *UNIVERSIDAD SANTO TOMAS*. Recuperado el MAYO de 2015
- BARBERO, J. (2006). El Derecho del Paciente a la Información: El Arte de Comunica. vol. 29: suplemento 3°.
- BERNARDO PEREA PEREZ, M. E. (2013). RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN ODONTOLOGIA.ARTICULO ESPECIAL. *REVISTA ESPAÑOLA DE MEDICINA LEGAL-VOL39-NUMERO 4*, 30-35.
- BOADA, C. I. (2000). *PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA/FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS/TESIS DE GRADO*. Recuperado el 26 de JULIO de 2016, de EL DAÑO ANTIJURIDICO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO.PAG.27: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- BOADA, C. I. (2005). *EL DAÑO ANTIJURIDICO Y LA RESPONSABILIDAD*. Recuperado el 20 de 09 de 2016, de PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

- CACERES., A. G. (10 de 2002). *El Acto Médico y el Acto Odontológico*, pagina 4. 2002. Recuperado el 25 de 11 de 2016, de http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a_01_02.pdf
- CALVO, E. L. (INDETERMINADO). *SOCIEDAD ESPAÑOLA DE VALORACION DEL DAÑO CORPORAL*. Recuperado el 20 de MARZO de 2015, de <http://www.aeds.org/congreso/congresos-aeds/Comunicaciones%20Libres/Nueva%20carpeta/Eugenio%20Laborda%20.pdf>
- CARRILLO, A. T. (2017). Seguro de Responsabilidad civil en Odontología. *Revista Mexicana de Ortodoncia-vol 5 -Numero 1*, p.6.
- CERDA, J. M. (2006). LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN ODONTOLOGIA. *REVISTA ADM MEXICO. VOL LXIII, No. 3. mayo-junio*, 111-118.
- COLS, F. G. (1994). ACTA MEDICA COLOMBIANA. *ACTA MEDICA COLOMBIANA*, 145-146.
- DERECHO, L. G. (2000). *LA GUIA DEL DERECHO*. Recuperado el 6 de MARZO de 2015, de (Mala praxis | La guía de Derecho <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/mala-praxis#ixzz4DmSyI5yH> ,
- E empleo.com. (2015). *Noticias laborales*. Recuperado el 8 de 11 de 2016, de odontologia/salud/responsabilidad civil: http://www.eempleo.com/colombia/noticias_laborales/odontolognua-salud-y-responsabilidad-social
- EPIDEMIOLOGIA, R. C. (2011). Definiciones acerca del riesgo y sus implicaciones. *Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*, VOL.49 LA HABANA .
- GARCIA, M. E. (2002). EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA. *EL CONTRATO DE SEGRUO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, TESIS DE GRADO . BOGOTA, PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, COLOMBIA*.
- GARCIA, S. U. (2015). *ANUARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO, NUMERO 2. PAG 539-540-541-542-543*. MEDELLIN: EDICIONES UNAULA.
- GIRALDO, A. F. (2006). LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MEDICA. *MONOGRAFIA, UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA*. MEDELLIN.
- GOMEZ, P. (INDETERMINADO). *ACADEMIA.EDU*. Recuperado el 20 de MAYO de 2015, de http://www.academia.edu/6899933/DE_LA_RESPONSABILIDAD_OBJETIVA

- GOMEZ, P. (INDETERMINADO). *ACADEMIA.EDU*. Recuperado el 20 de MAYO de 2015, de DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: http://www.academia.edu/6899933/DE_LA_RESPONSABILIDAD_OBJETIVA
- GONZALEZ CACERES, A. (2002). *El Acto Médico y el Acto Odontológico*. Recuperado el 23 de 09 de 2016, de http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a_01_02.pdf
- JGORTHOS. (2016). *LA RELACION MEDICO PACIENTE*. Recuperado el 25 de 09 de 2016, de EL ESPECTADOR: <http://blogs.elespectador.com/cultura/en-contra/autores-colombianos-para-ciberlectores>
- LEGAL, R. E. (2016). RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN ODONTOLOGIA. *RESVIAT ESPAÑOLA DE MEDICINA LEGAL*, 20-23.
- MORA, D. F. (02 de 04 de 1998). *El Acto Medico: Consideraciones Esenciales. Pagina 2*. Recuperado el 05 de 11 de 2016, de http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/2/actomed_consi_v4_r2.pdf
- MORA, F. G. (1998). EL ACTO MEDICO: CONSIDERACIONES ESENCIALES. *REVISTA COLOMBIANA PARA LOS PROFESIONALES DE LA SALUD, MEDICO LEGAL ON LINE*, PAG.1.
- OROZCO, M. D. (2015). *¿ACOGES EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA PROBATORIA RESPECTO DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA?* Recuperado el 30 de 10 de 2016, de UNIVERSIDAD EAFIT: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/7978/MariadelMar_UlloaOrozco_2015.pdf?sequence=2
- OSORIO, A. L. (2014). *Tema de Prueba en la Responsabilidad Médica*. Recuperado el 05 de 09 de 2016, de ISBN: 978-958-731-117-4: <http://bibliotecajuridicadike.com/sitio/index.php/catalogo/responsabilidad/tema-de-prueba-en-la-responsabilidad-m%C3%A9dica-detail>
- PATÍÑO, H. (2011). LAS CAUSALES EXONERATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO, NUMERO 20*, 376-377-378.
- PAUCAR, J. A. (2008). NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRESTACION MEDICO-ASISTENCIAL(PANEL). *UNIVERSIDAD DEL ROSARIO- BOGOTÁ*.

- PINZÓN, G. V. (03 de 07 de 2001). *LEX ARTIS*. Recuperado el 08 de 11 de 2016, de ASPECTOS DE RESPONSABILIDAD: http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf
- RAMIREZ, A. A. (08 de 04 de 2013). *Concepto de Acto Odontoestomatológico*. Obtenido de http://odontolegal1.blogspot.com.co/2013/04/concepto-de-acto-odontoestomatologico_8.html
- RESTREPO, S. Y. (1993). *La responsabilidad civil medica* 2 Ed. Bogota Colombia: Juridica Dike.
- RESTREPO, S. Y. (2016). Recuperado el 28 de julio de 2016
- RESTREPO, S. Y. (2016). *La Responsabilidad Civil Médica*. 9 edición : Duke ISBN: 978-958-731-151-8.
- RESTREPO, S. Y. (2016.Pag. 51). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA*. MEDELLIN: DIKE-9° EDICION.
- RONALD ALEXANDER FRANCO AGUILERA, N. A. (JUNIO de 2014). *UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA, BOGOTA D.C.*, . Recuperado el 26 de JULIO de 2016, de CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, PAG.6-7: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12627/1/ARTICULO%20CONSENTIMIENTO%20INFORMADO.pdf>
- RUIZ, M. R. (2006). *SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS, UNA MIRADA A PARTIR DE LA TEORIA DEL RIESGO. EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS, UNA MIRADA A PARTIR DE LA TEORIA DEL RIESGO, MONOGRAFIA*. MEDELLIN, COLOMBIA.
- RUIZ, W. (2004). *la Responsabilidad Médica en Colombia, revista virtual*. Recuperado el 15 de 11 de 2016, de Criterio Jurídico: www.revistas.javerianacali.edu.co
- RUIZ, W. (2004. PAG,202). *LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA*. Recuperado el 17 de MAYO de 2015
- SERRANO, E. R. (2015). *EL AUGE DE LA MEDICINA DEFENSIVA. EL DERECHO.COM*.
- SIERRA, R. P. (2003). *ETICA Y MEDICINA DEFENSIVA. ETICA Y MEDICINA DEFENSIVA, seminario, el ejercicio actual de la medicina*.
- VARGAS, J. H. (1998). *Aspectos Generales de la Responsabilidad Civil Médica*. tesis .
- WIKIPEDIA. (06 de MARZO de 2015). *WIKIPEDIA*. Recuperado el 06 de MARZO de 2015, de WIKIPEDIA: http://es.wikipedia.org/wiki/mala_praxis

WILSON, R. (2004). La Responsabilidad Médica en Colombia. *revista virtual: Criterio Jurídico*, volumen.4, Cali, paginas 4-5).

ZAMBRANO, K. N. (01 de 12 de 2006). *Medicolegal.com*. Recuperado el 17 de 03 de 2016, de Responsabilidad Civil Odontologica: <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2006/12/1/La%20responsabilidad%20civil%20del%20odontologo.pdf>

ANEXOS

Formato de Entrevistas (instrumento)

Entrevistas