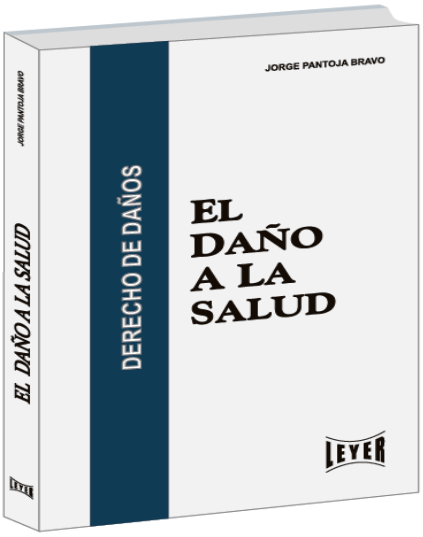
EL DAÑO A LA SALUD
Jorge Pantoja Bravo



PRESENTACION

En el ejercicio de la actividad médica surge un interrogante básico ¿Por qué los enfermos o los familiares reclaman a los médicos? Parece ser que hemos centrado todo en el tema exclusivamente económico, siendo la causa primera y primordial en evitar que vuelvan a ocurrir casos similares; la segunda, intentar averiguar por qué ha ocurrido, y solamente en tercer lugar está la causa económica; axiológicamente debería ser así; pero la realidad jurídica trastoca este orden profiriendo sentencias condenatorias en dinero, pretensión principal y generalmente la única en las demandas civiles; igual sucede en los procesos penales por mala praxis médica aprovechando el beneficio de litigio sin costos para el accionante, incrementándose cada vez más las demandas generando la "*industria del juicio"* que conlleva a la aparición de seminarios, diplomados, especializaciones y doctorados en el tema, y en el mejor de los casos, la adopción de cátedras autónomas en la carrera de derecho; junto a ensayos, monografías y libros que se agotan rápidamente, sencillamente por el incremento de las demandas, algunas fundamentadas y razonadas en su pretensión y otras exagerando sobremanera su *petitum*.

Este libro le sirve para conocer los casos decididos por las altas cortes y tribunales de la presente década –incluido el año 2015- en su mayoría de nuestro país, algunos de España, Argentina, junto a los casos tradicionales de la jurisprudencia Francesa y alguno de otro país, que exponen los errores médicos (su culpabilidad) y los casos en donde exoneran su responsabilidad (la inexistencia de mala praxis) con la doctrina y teorías que la sustentan, teniendo en cuenta de manera general las recientes legislaciones como en España con la Ley 35 de 22 de septiembre de 2015[1] que reglamenta el nuevo baremo de accidentes de circulación, aplicándose también en la responsabilidad por accidentes laborales, vigente desde el 1º de enero de 2016; en Argentina con la ley 26994 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 1º de agosto de 2015[2], y por su puesto el Código General del Proceso que entro a regir desde el 1º de enero de 2016 en nuestro país.

[1] Aprobado en el BOE de 23 de septiembre, la Ley 35/2015, de reforma del Sistema para la Valoración de Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación, mediante la que se modifica el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Moto, bajo la dirección y el gran empeño del doctor Miquel Martín Casals, excelente catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona en España.

[2] El 1ro. de octubre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación dio sanción definitiva al nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) de la Nación Argentina (ley 26994), que entró en vigencia el 1ro. de agosto de 2015 por disposición de la ley 27077.

La salud en la normatividad constitucional Colombiana antes de 1991, era la concepción de servicio y no tanto como un derecho la que inspiró a aquellos constituyentes al ocuparse de la salud por lo cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido en diversas ocasiones a la salud como servicio público.

Panorama que cambia en nuestro país con la Ley 1751 de 2015 que se analiza en extenso, conocida como "*Ley Estatutaria de Salud*", por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud introduciendo un cambio en el Sistema de Salud imperante en Colombia desde la sanción de la Ley 100 de 1993; esta nueva norma, de la más alta jerarquía legislativa contiene en cuatro capítulos sólo 26 artículos y a través de ellos establece el marco de un nuevo modelo de prestación de servicios que pretende cambiar el modelo de salud en Colombia, pues la concibe como un derecho fundamental de carácter autónomo, es decir sin sujeción o conexidad con otro, y no sólo como un servicio de obligatoria prestación por parte del Estado.

Los expertos en salud y en derecho reunidos en la Universidad Nacional el día 29 de julio de 2015 revisaron el actual sistema en Colombia, analizaron el cumplimiento de esta ley junto a la garantía del derecho la salud concluyendo que la "*Ley Estatutaria de Salud es insuficiente pero necesaria*", aunque no cuenta con todo lo que se requiere, es el punto de partida y como cualquier norma jurídica se le pueden agregar modificaciones; no obstante, el actual sistema evidencia graves problemas que se deben superar para garantizar el servicio como derecho fundamental. Critica que compartimos, a la cual adicionamos que dicha ley nada dice sobre la responsabilidad de los prestadores de salud, EPS e IPS que analizamos como una responsabilidad directa de estos entes, además de la responsabilidad solidaria y de garantía, de culpa *in viligando* o culpa *in eligendo*, sin avanzar como lo hizo la Ley francesa 303 del año 2002[3] en relación con el régimen de responsabilidad civil médica implantado, en el cual establece un principio general de responsabilidad civil y otro de solidaridad o indemnización automática, en cuanto a la indemnización de perjuicios causados sin culpa.

> "Desde que la responsabilidad de un profesional, de un establecimiento, servicio u organismo mencionado o un productor no esté comprometida, un accidente médico, una afección iatrogénica o una infección nosocomial abren derecho a la reparación de perjuicios al paciente a título de la solidaridad nacional, cuando son directamente imputables a actos de prevención, diagnóstico o cuidados que han ocasionado consecuencias anormales con relación a su estado de salud como de la evolución previsible de éste y presentan un carácter de gravedad, fijado por decreto, apreciado con relación a la pérdida de capacidades funcionales y de consecuencias sobre la vida privada y profesional medidas teniendo en cuenta la tasa de incapacidad permanente o la duración de la incapacidad temporal de trabajo"[4].

La finalidad buscada por la ley francesa es lograr la reparación de ciertos daños mediante un procedimiento sencillo y económico para la víctima, donde además se quiere vincular a las compañías aseguradoras y a la Oficina Nacional de accidentes

[3] Derecho Francés, Ley N ° 2002-303 de 4 de marzo de 2002.|

[4] PORCHY SIMÓN, Stéphanie, *L`indemnisation collective des accidents thérapeutiques, en Le Nouveau droit des malades, actes de la tournée d`études des éditions du juris classeur, Groupe* Lexisnexis, Paris, 2002, p. 100.

Médicos, la cual interviene en todo caso en los eventos de ausencia de seguro, exceso en el límite de valor asegurado o ante la objeción al pago por parte del asegurador; en el evento que de la prestación de un servicio de salud o de un acto médico se producen en el paciente daños anormales y graves, la víctima podrá acceder a una indemnización automática, después de haber agotado el trámite realizado ante una comisión regional de conciliación creada por la ley, la cual establece:

> "Cuando la comisión regional de conciliación e indemnización de accidentes médicos, afecciones iatrogénicas o infecciones nosocomiales estima que un daño compromete la responsabilidad de un profesional, establecimiento o fabricante, el asegurador que cubre su responsabilidad dirigirá a la víctima en un plazo de 4 meses siguientes a la recepción del concepto una oferta de indemnización que repare integralmente los perjuicios hasta el límite de valor asegurado de los contratos de seguro. El pago debe hacerse en un mes a partir de la aceptación de la oferta"[5].

Oferta de indemnización que también es contemplada en España con la ley 35 de 2015 de reforma al baremo de la ley 30 de 1995, considera que para garantizar la rápida resolución de los conflictos y la suficiencia de las indemnizaciones ofrecidas por el asegurador, se le impone a éste la obligación de observar una conducta diligente en la cuantificación del daño en la **oferta motivada** que debe presentar a los perjudicados y en la liquidación de la indemnización. En caso de disconformidad con la oferta motivada, las partes podrán intentar resolver de común acuerdo la controversia mediante el **procedimiento de mediación**.

Aspectos ausentes en nuestra legislación.

Y por supuesto, junto a ello consideramos la posición jurisprudencial unificada sobre el "*daño a la salud*" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en una pretendida unificación de criterios, determinado unos topes indemnizatorios que nos lleva al análisis de baremos emitiendo su opinión en un estudio denominado *Documento final*, aprobado mediante acta del 28 de agosto del 2014, referente a la reparación de perjuicios inmateriales, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios, al respecto en mi artículo "*El principio de vertebración en el 'Daño a la Salud' en Colombia"* publicada en Ámbito Jurídico de Legis el 7 de julio de 2015 dije: "*Estos fines, si bien como un intento académico son válidos, no se cumplen, lo que ha suscitado críticas en su concepto, definición, interpretación, aplicación e interrelación con el Estado y se ha entrado en conflicto con la Constitución*"[6], aspectos que se analizan en el presente libro junto a las sentencias del Consejo de Estado proferidas en el año 2015.

Sin analizar el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme

[5] Derecho Francés, Ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002.

[6] PANTOJA BRAVO, Jorge *El principio de vertebración en el 'Daño a la Salud' en Colombia*, artículo publicado el 07 de Julio de 2015, ver documento en http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Opinion/

y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales, novedad incluida en el artículo 256 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, el que ciertamente no había tenido ningún antecedente en nuestra normativa que procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos, tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda el siguiente monto vigente al momento de la interposición del recurso de cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de reparación directa y en las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas[7], en razón a que el recurso de súplica[8] "*no se soportaba en la teleología de la fuerza vinculante del precedente judicial y, con ello, en la materialización del trato igualitario dentro de las controversias definidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo*"[9], siendo procedente el recurso de queja de conformidad al artículo 245 del CPACA en las discusiones que puede surgir cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y el de unificación de jurisprudencia; igualmente sin analizar los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia, emergiendo la pregunta ¿son sentencias de unificación las decisiones emitidas en pleno de cada sesión o solo las proferidas por la Sala Plena del Consejo de Estado? Interrogante que aplica al documento de unificación del 28 de agosto del 2014 de la Sección Tercera de esta corporación (sin comentarios), anotando que el órgano competente para conocer del recurso extraordinario unificación de jurisprudencia es el Consejo de Estado según lo preceptuado en el artículo 259 del CPACA.

Además los siguientes aspectos: La pérdida de oportunidad y la prueba dinámica (legislado en el Código General del Proceso) en la responsabilidad médica, la existencia de responsabilidad directa de las EPS e IPS, el valor vida de los menores de edad en especial de los nacidos con vida y los por nacer, *nasciturus,* el concepto de *wrongfull life* (responsabilidad por nacer enfermo), *wrongfull birh (*de nacimiento injusto), "*wrongful conception*" (en las que lo que se reclama es una indemnización por el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado); la indemnización de las personas con gran invalidez; bajo la constante de la *"Mala praxis médica"* que es el nombre que se ha popularizado para referirse a las situaciones en que el paciente ha sufrido un *daño* causado por un acto médico culposo, originado en ***l****a negligencia, la imprudencia o la impericia* del profesional interviniente, sus auxiliares o del ente asistencial involucrado. Una vez probada la *mala praxis,* se genera la obligación de resarcir monetariamente a la víctima (o sus herederos) por el daño sufrido, en caso contrario hay exoneración de responsabilidad del ente sanatorio como del médico.

Planteamos la intervención del perito en la resolución de conflictos bajo la figura jurídica de arbitramento en equidad -legislada desde el siglo XVIII pero muy poco

[7] Ver artículo 257 numeral 5º del CPACA , Ley 1437 de 2011

[8] Recurso de súplica que consistía en "*la violación directa de las normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las msmas*"

[9] PINZON MUÑOZ, Carlos Enrique, "La reparación directa, aspectos procesales y probatorios", 3ra edición, Ibañez, 2016, p.209

usada-, como perito árbitro y perito consultor que se proponen en el presente escrito bajo el título de "*Arbitramento Médico*", figura que en Chile desde el año 2004 registra la primera ley que contempla la regulación de la mediación en el entorno de la salud; es la primera ley de estas características que trata la posibilidad de acudir a la mediación –arbitramento- sanitaria para resolver las controversias entre profesionales y pacientes, que de otra forma terminarán judicializándose, con costes económicos y emocionales indeseados para las partes. En España con la Ley 1, del 12 de febrero de 2015[10], introduce la mediación social y la resolución de nuevos conflictos a través de la mediación que no son contemplados en anteriores leyes sobre la materia, mediación social en los que se incluye la medición sanitaria, "*la creación de servicios de mediación sanitaria con personal formado y especializado, y sistemáticas de trabajo protocolizadas, serán la semilla de un nuevo estilo en las relaciones interpersonales dentro de la sanidad*", ha argumentado Mª. Pilar MUNUERA GÓMEZ, autora del libro "Mediación sanitaria" del año 2016[11] existiendo en ese país el Registro de Mediadores ante el Ministerio de Justicia.

En el Ecuador, Bolivia, Perú y Uruguay contemplan el Arbitraje en Equidad (de consciencia) salvo que se pacte el arbitraje en derecho ante el silencio de las partes, o sea que el arbitraje de consciencia deviene en la regla y el arbitraje de derecho en la excepción, tendencia que se debe impulsar en nuestro país, con claras ventajas para todos frente al proceso judicial tradicional que se reduce a un sistema de vallas y cancelas puestas para impedir a los interesados verse y entenderse, hasta el punto que "... *el tiempo empleado en litigar es el peor empleado en la vida*...", por ser un "*juego complicado y difícil..., una especie de gallina ciega para adultos, en el que parece que el mérito consistiera en esconderse detrás de los códigos para lograr que no se encuentren las huellas de la verdad*..."[12], y de paso, descongestionando los despachos judiciales.

Temas expuestos en mi obra Derecho de Daños de tres tomos por la editorial Leyer en el año 2015, que en el presente libro se actualizan con las nuevas legislaciones y casos médicos, siendo un tema complicado el de su valoración, reconocimiento y cuantificación de los diferentes rubros indemnizatorios, que en el Tomo II en el capítulo "*Medida del daño, la difícil tarea de su cuantificación"* digo:

> "Sin embargo, sistematizar los montos indemnizatorios es un gran reto, ha sido en sí mismo un desafío profesional dentro de un esfuerzo metodológico interesante de los casos en los cuales la vida me ha dado la oportunidad de conocer al desempeñarme como perito económico, contable y financiero en la Fiscalía General de la Nación por más de quince años; y si a ello le incorporamos la intención de hacerlo en función de la reparación del daño, siempre a favor de la víctima, superando a veces el esquema tradicional y dogmático de la responsabilidad civil por culpa, llegando de cierta manera a instruir dando argumentos para el reconocimiento indemnizatorio desde nuestro campo de acción, a la vez, lidiando con abogados duales, que cuando litigan a favor del responsable niegan todo rubro indemnizatorio y cuando abogan por la víctima

[10] España con la Ley 1, del 12 de febrero de 2015, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha, además de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2012.

[11] MUNUERA GÓMEZ, Mª Pilar, "Mediación sanitaria", editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2016

[12] CALAMANDREI, *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª. edición 1990, p. 9.

exageran sobremanera en sus montos, comportamiento deleznable que entorpece la dinámica del derecho en pro de un bienestar social cada vez mejor, negado de entrada cualquier arreglo extraproceso"[13].

En otro aparte expreso: "*La práctica judicial constituye un excelente observatorio del Derecho de Daños y una herramienta valiosa en la imprescindible tarea, para todo jurista, de profundizar en el estudio de la jurisprudencia. Sin duda alguna los libros de casos, como la presente obra, proporcionan un contacto con la realidad viva que constituye el más eficaz complemento a los conocimientos jurídicos teóricos y también una valiosa ayuda para el trabajo cotidiano de los profesionales del Derecho*"[14].

Espero cubrir de manera global el tema de responsabilidad médica, que Indudablemente algunos aspectos quedan por fuera y otros esperan su evolución jurisprudencial próxima, junto al avatar de los abogados litigantes y las observaciones que realice la doctrina, propugnando por un derecho más justo, siempre a favor de las víctimas y en pro de un bienestar social cada vez mayor.

-.-

[13] PANTOJA BRAVO, Jorge, Derecho de Daños, Tomo II, en el capítulo VII el capítulo "*Medida del daño, la difícil tarea de su cuantificación"*, Leyer, 2015, p 8
[14] Ibídem