

Doctor
ALVARO LOPEZ VALERA
HONORABLE MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE VALLEDUPAR- SALA CIVIL- FAMILIA - LABORAL
E. S. D.

Proceso Verbal	AIDELINA	SOCIEDAD CLINICA
Responsabilidad Civil	MARIA MELO	VALLEDUPAR LTDA y
Extracontractual	JIMENEZ	Otro.

Radicado- 20001-31-03-002-2009-00417-01

DIEGO ANDRES RUEDA ROJAS, ciudadano mayor, vecino y residente en la calle 25 Nro. 6ª- 09 de esta ciudad, ante usted, Honorable magistrado me permito incoar escrito de **SUSTENTACION** del **RECURSO DE ALZADA** propuesto contra la sentencia de primera instancia, permitiéndome manifestar ab initio, los parámetros en que pido sea concedido el recurso para posteriormente enfilear los Reparos concretos contra la decisión de primer grado:

1. Parámetros

Tiene por objeto el recurso de apelación, la revocatoria total de la providencia de primera instancia, para que en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda, tanto las de índole declarativo como condenatorias, con la respectiva indexación de los perjuicios irrogados, estos son los materiales e inmateriales- morales y/o daño en la vida en relación, disfrute de los placeres de la vida, perdida de oportunidad, ante el innegable transcurso del tiempo y la devaluación monetaria propia de la economía inflacionaria nacional.

2. REPAROS CONCRETOS

Inicio por oponerme a la sentencia del fallador a quo, en cuanto lo probado no estuvo en consonancia con el resultado o veredicto de carácter absolutorio, muy a pesar de los yerros advertidos en el decurso del proceso (derivados del fallo por indebida valoración probatorio- indiciaria), y que a la postre terminaron por ENDILGAR "COMO ULTIMA RATIO" culpa o incuria en mi representada quien como neófita en el tema específico DEL ORIGEN DE SUS dolencias y la posible patología causante de las mismas, POCO O NADA PODIA saber de lo experimentado físicamente en la región abdominal, "**Confianto (de modo legitimo) su salud y su vida misma A LA EPS, LOS FACULTATIVOS MEDICO, y la clínica contratista (IPS) del servicio médico y no un simple CENTRO DE HOSPEDAJE U HOTELERIA, COMO EN REIERADAS OCASIONES lo planteó en su férrea defensa la togada de la CLINICA ACCIONADA.**

Sea lo primero, indicar, que **el daño, inadvertido, opacado y finalmente SOSLAYADO**, frente a este caso particular, si fue evidenciado por la recurrente al punto que sin explicación alguna, fue LABORATORIO O CENTRO DE ENSAYO de toda suerte de improvisaciones, incurias, faltas y carencias en la aun exigible "LEX ARTIS" medica, pues pisoteándose su integridad y dignidad humana, los facultativos a cargo de los **Paraclínicos**, exámenes, chequeos o procedimientos fallaron originariamente, induciendo en cierta medida, pero sin excluir en su totalidad, el error en el que finalmente incurrieron quienes realizaron el PROCEDIMIENTO FINAL, consistente la CIRUGIA, que concluyó por CONFIRMAR EL ENTUERTO MEDICO, AL DESCARTAR LA CAUSA O **RAZON SINE QUA NON** POR LA QUE ESTA SE ORDENÓ DESDE EL INICIO, CUAL ERA EXTRAER **CALCULOS BILIARES** DE LA VESCICULA, SIN PERCATARSE o PERCATANDOSE "TARDIAMENTE" QUE EN REALIDAD AIDELINA MELO, NO TENIA VESCICULA POR CONLUCIRSE QUE SU CASO COMPORTABA LO QUE LA CIENCIA DENOMINA UNA "AGENESIA VESCICULAR", es decir ausencia de vesícula.

Ante dicho despropósito, y sin pretender divagar en disquisiciones que terminen por tomar la conducta individual de los "científicos intervinientes" al no estar en presencia del "inimaginable reproche penal" si comporta responsabilidad "civil" EL CUESTIONABLE INCUMPLIMIENTO AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO y PRUDENCIA, en que incurrieron con su actuar los galenos, facultativos y/o médicos que practicaron los exámenes diagnósticos, en especial la DENOMINADA IMAGEN DIAGNOSTICA y quien o quienes finalmente desplegaron la "inusitada" cirugía exploratoria de UN CASO DE AGENECIA VESCICULAR de fácil detección por simple pero no por ello **menos** avanzadas y/o innovadoras imágenes diagnósticas, en el decurso de un procedimiento del que se colige **"información abundante de literatura médica, que señala métodos menos falibles de detección que a la postre se "obvian u omiten" por barreras u obstáculos (POS, DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LAS EPS) que en síntesis obedecen a factores económicos de ahorro de costos, gastos y recursos en el sistema de salud, en contraposición a lo ordenado por la sentencia T-760 DE 2008 en el sentido de ordenar al PACIENTE LO QUE ESTE REQUIERA pero que no por ello, descarta la rigurosidad en el análisis del caso puesto en manos de quienes en honor a HIPOCRATES juran SALVAR VIDAS Y RETORNAR SANOS A LOS ENFERMOS y no al revés"**

Entrando en materia de lo que en realidad aconteció con la paciente - afiliada a la gestora SALUD COOP EPS, se tiene que ésta venia quejándose por fuertes dolencias en la región abdominal, por lo que emprendió un "largo camino haciéndose valorar por internistas, quienes ordenando exámenes, chequeos, pruebas e imágenes diagnósticas y consultas cpm especialistas, para que previo a la detección de una probable patología, afección y/o enfermedad" se obtuviera precisión en

descartar la presencia de CALCULOS BILIARES EN EL ORGANO DE LA VESICULA, hecho demostrado con la cronología de la historia clínica adjunta al expediente y que con suficiencia, PRUEBA (sin haberse valorado de ese modo por el a quo) que la atención de AIDELINA MELO, no fue **repentina, imprevisible, irresistible y/o de emergencia**, sino que la misma, fue producto de CITA PREVIA, y remisión de un internista, que por lo visto presupone UN ARDUO CAMINO para el verdadero "asidero del amplio campo de la investigación científica" y no la precipitada actuación derivada de la "urgencia médica" en la que existe poco margen de maniobra ante la INMEDIATEZ de la intervención del médico o cirujano, por lo que no está "acreditado el **presunto análisis riguroso del caso de mi defendida**" y antes por el contrario queda al **descubierto** "el dilatale médico, ante el paulatino y parsimonioso proceso de auscultación de su "mal" POR LO QUE SE TUVO A DISPOSICION el amplio espectro de los "EXAMENES, TRATAMIENTO, PROCEDIMIENTOS, FARMACOS, ELEMENTOS, RESULTADOS, etc." que reposadamente permitieron (obligación de medios) descartar el "previsible resultado sin necesidad de la **practicar** la de por sí arriesgada, perturbadora y **dañosa** Operación o cirugía, pues admitiendo que la medicina ésta aun supeditada a los avances tecnológicos y es ciencia de permanente construcción, no **puede perderse de vista** que en este caso en particular, LOS ELEMENTOS QUE SE REQUIERAN Y LOS MEDIOS INDISPENSABLES DEBEN SER PUESTOS AL SERVICIO DE LOS USUARIOS DE LA SALUD, ES DECIR DE LAS PERSONAS DE **CARNE Y HUESO** AFILIADAS O NO (VINCULADOS) AL SISTEMA DE SALUD CONFORME A LA FILOSOFIA ANTROPROCENTRICA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO plasmado como derecho y no como una DADIVA, conforme al tenor de los Art. 1, 2º y 48 supralegal y desarrollado jurisprudencialmente en abundantes sentencias de un derecho civil que no puede ser ajeno a las dinámicas jurídico-sociales y que por ende debe constitucionalizarse

Nótese que de "Buenas a buenas" se concluye que AIDELINA MELO JIMENEZ no tiene vesícula, y por ende no hubo necesidad de extraer calculo alguno, situación evidencias en el pos operatorio con el análisis de patología, pero con el agravante de haberse concluido que la IMAGEN DIAGNOSTICA DE UN PACIENTE CON AGENESIA VESICULAR ES LA MISMA IMAGEN DIAGNOSTICA DE UN PACIENTE CON UNA VESICULA LLENA DE CALCULOS, es decir que EL AZAR Y LA SUPERSTICION PARECEN LA SOLUCION PREVISIBLE PARA ESTOS CASOS, sin acudir a la OBJETIVIDAD Y RIGUROSIDAD CIENTIFICA, siendo inadmisibles entonces que en este evento no existan fronteras entre lo "científico- lo exotérico y la mera especulación".

Escudriñando LA LITERATURA CIENTIFICA en temas análogos al que nos ocupa, encontramos que la ASOCIACION COLOMBIANA DE MEDICINA INTERNA ha aceptado científicamente que:

"cuando un médico se enfrenta a un paciente con dolor abdominal, debe resolver si el paciente se hospitaliza, cuáles exámenes requiere, si debe observarse y por cuánto

tiempo o si debe ser operado". Para la fase de diagnóstico, "el acercamiento al problema comienza con una historia clínica ágil, **pero completa**. Es muy importante interrogar al paciente sobre las características del dolor; localización, irradiación, patrón, inicio y duración, factores exacerbantes y aliviantes, y síntomas asociados. Una vez se completan estos datos de la historia, se procede al examen físico. Como en todo paciente, es necesario hacer un examen físico completo, pero nos detendremos en el examen abdominal. (Manual de urgencias en medicina interna. Bogotá: 1994, p. 174 y s.s.).

Hipólito Waisman explica que "en el abdomen agudo, a la exactitud diagnóstica hay que anteponer la conducta a seguir con el paciente; postergar la curiosidad etiológica por el criterio **táctico**. (...) La experiencia humillante ha enseñado a los cirujanos, que en los abdómenes agudos la diferencia entre la mejor y la peor cirugía es infinitamente menor que la que existe entre la cirugía precoz y la tardía, y que el mayor sacrificio es el del tiempo" (Emergencia médicas y quirúrgicas. 2ª ed. Buenos Aires).

Es cierto que nadie está exento de errores, y que el simple error per se no es constitutivo de culpa. Pero también lo es que la pericia o impericia de un médico solo se determina a la luz de los aciertos o desaciertos que obtiene en cada caso que atiende, pues solamente los resultados de su labor pueden dar cuenta de la habilidad y destreza en el **manejo de su arte**. La impericia se agrava, como en el caso de marras, por la negligencia médica, al preferirse dejarse guiar "el matiz ausente de color que arroja el resultado de la única y no repetitiva IMANOGRAFIA", en vez de adoptar un criterio táctico guiado por la evidencia científica.

No es en modo alguno admisible que con todas las investigaciones, estudios, protocolos médicos, guías de urgencia, etc., que describen con un alto nivel de exactitud la complejidad mostrada por la paciente y sus reiterados dolores, a la luz de los signos y síntomas que presentaba; existiendo exámenes de IMAGENOLOGIA más avanzados y modernos a los utilizados y aun así contando con tiempo suficiente para emitir un concepto mas real u objetivo, se optó por el camino de la DUDA al realizarse una cirugía que por fortuna no constituyo un daño mayor en la humanidad de la actora, pero en cambio sí ocasiono un perjuicio evidente que aunque estético repercute en el desenvolvimiento libre de su personalidad, al ser una joven mujer, que ya no puede lucir parte de su esbelto cuerpo (por ser la belleza un concepto subjetivo) todo esto evitable de haberse permitido arribar a un diagnóstico certero, siendo inaceptable que los facultativos y la EPS como entidad gestora administradora de los recursos del sistema, se escuden en argüir que es un GRAN RETO PARA LA CIENCIA determinar si un PACIENTE PADECE DE CALCULO O POR EL CONTRARIO PADECE UN CASO DE AGENECIA VESICULAR, ANTE EL SIMPLE REFLEJO DE LA IMAGEN DIAGNOSTICA prescindiendo se otros métodos y tecinas puestas a disposición del amplio espectro de la auscultación científica, cuan si fuese un problema matemático de simple

aplicación de una sola formula a determinado problema, y no de una ciencia amplísima y en construcción.

Como Corolario, la violación del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 **por no brindar una atención integral**, continua y de calidad a la paciente, incidió considerablemente en los daños ocasionados a su integridad física, pues el desentendimiento de la EPS y los médicos contratistas o subcontratistas de las IPS no solo prosiguieron la senda del errado diagnóstico y la precoz cirugía, sino que además de ello dejaron secuelas, heridas y cicatrices imborrables, sin necesidad alguna, pues como se ha iterado, jamás se descubrió que era un caso de agnesia vesicular.

Al respecto, los estándares médicos indican: "La comunicación en el momento del traspaso está relacionada con el proceso de pasar la información específica sobre un paciente de un prestador a otro, de un equipo de prestadores al siguiente, o bien de los mismos prestadores al paciente o sus familias a efectos de asegurar la continuidad y la seguridad de la atención del paciente" (Fabián Vitolo. Problemas de comunicación en el equipo de salud).

Lo anterior, en contravía de los estándares científicos, según los cuales: "El retraso o la falta de comunicación de estudios de imágenes o de laboratorio que son críticos para el tratamiento del paciente ponen en juego su **seguridad** y son una fuente importante de juicios por responsabilidad profesional. Se entienden por "estudios diagnósticos críticos": Aquellos que siempre requieren una rápida comunicación de los resultados, aun cuando estos sean normales; aquellos cuyos resultados se encuentran muy por fuera del rango normal, amenazando la vida y determinando la necesidad de una intervención urgente (comunicación de valores críticos); aquellos cuyos resultados constituyen hallazgos que, si bien no resulta urgente comunicar, hacen pensar al **radiólogo** o al bioquímico que quien solicitó el estudio no los espera, pudiendo afectar negativamente al paciente. (...) Otra definición que ha sido muy utilizada define como "crítico" a aquel resultado que cambia inmediatamente el curso de la atención médica" (Fabián Vitolo. Problemas de comunicación en el equipo de salud).

El médico no tenía claridad sobre la enfermedad que presentaba la paciente pues consideró que los signos y síntomas que mostraba eran confusos, pero tampoco intentó corroborar o descartar el diagnóstico inicial mediante la remisión al ginecólogo u otro especialista, ni realizó los procedimientos que estaban a su alcance para establecer un diagnóstico diferencial con patologías que suelen presentar síntomas similares a los de la apendicitis.

Todo lo anterior ratifica la culpa *in contraendo* e *in vigilando* de la institución, pues la equivocación en el diagnóstico que llevo a la errada cirugía no fue excusable ni se debió a la ausencia de signos y síntomas en la paciente, ni mucho menos fue obra del infortunio, sino que está directamente relacionada con la negligencia del equipo

médico al incurrir en una larga e injustificada cadena de errores por desconocer las normas sobre diligenciamiento de la historia clínica; las guías del Ministerio de Salud sobre manejo de urgencias de alteraciones gastrointestinales; los protocolos de urgencias establecidos por el Ministerio de Salud; y los estándares científicos de aquella época sobre el diagnóstico y tratamiento de afecciones en la vesícula.

No hubo por el "equipo médico en este evento aislado y disperso y ausente de comunicación fluida, eficiente y oportuna" un proceder adecuado tendiente a establecer un **diagnóstico diferencial** o porque no una nueva orden imagenología diagnóstica, que hubiera permitido identificar con un alto grado de probabilidad lo que le ocurría al paciente, que además era altamente previsible y cuyas consecuencias debían ser absolutamente esperables según la literatura médica que se ha descrito con precedencia en forma amplia.

La atención que se brindó a la señora ADELINA MELO JIMENEZ, en suma, no fue eficiente, oportuna, humanizada, integral, continua ni de calidad, contrario a lo ordenado por el artículo 153 de la Ley 100 de 1993. Está suficientemente documentado que el servicio fue negligente, discontinuo e inhumano, todo lo cual es suficiente para endilgar la responsabilidad directa a las entidades demandadas.

La multiplicidad de errores en el diagnóstico no fueron sino el comienzo de una larga cadena de errores negligentes, como se demostrará a continuación.

Esta causalidad adecuada -explica Karl Larenz- "expresa cuál es la necesaria delimitación de las consecuencias imputables, aunque bajo el falso ropaje de una "teoría de la causalidad". (...) El efecto más lejano de cierta acción es únicamente "adecuado" cuando esta acción ha sido apropiada para la producción del resultado obtenido en circunstancias normales y no solo en circunstancias especialmente peculiares completamente inverosímiles que han de quedar fuera de toda consideración según el curso normal de las cosas. (...) Al responsable del hecho solamente le pueden ser imputadas y tenidas en cuenta en la determinación del daño aquellas consecuencias "adecuadas" al hecho generador de la responsabilidad" (Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 200).

Por tal razón, la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de 'causa jurídica' o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural. (Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa, 2009. p. 90).

La 'causa jurídica' o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche. "A través de un acto semejante se considera al agente como **autor** del efecto, y

este, junto con la acción misma, pueden **imputársele**, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación" (Immanuel Kant, Op. cit. p. 30).

A partir de entonces la conducta a la que se atribuye la consecuencia lesiva asume el significado de hecho jurídicamente relevante imputable a un agente que tenía el deber de actuar de acuerdo con la función que el ordenamiento le asigna (*imputatio facti*), pero aún no se dice nada sobre cómo debió ser esa acción u omisión (*imputatio iuris*), ni sobre cuál es la consecuencia jurídica que ha de imponerse en virtud de la constatación del supuesto de hecho previsto en la norma (*applicatio legis*).

Tal valoración no corresponde a un proceso de subsunción del hecho en la ley, toda vez que las pautas jurídicas de conducta son preconcepciones hermenéuticas que permiten apreciar un dato como hecho jurídico atribuible a un agente. Estas pautas establecidas por el ordenamiento jurídico impiden que la imputación sea un proceso arbitrario, pues a ellas se ajustan tanto la valoración que hace el juez de un evento, como la conducta del autor. La imputación jurídica del hecho, en suma, es el razonamiento que abre la vía para imponer consecuencias jurídicas al artífice por sus actos, mas no es la subsunción lógica que impone la sanción prevista en la ley al caso concreto.

Estas consideraciones tienen una inestimable repercusión práctica en el ámbito de la valoración probatoria, dado que el objeto de la imputación —el hecho que se atribuye a un agente— generalmente no se prueba directamente sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un "nexo causal" que es difícil demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o 'causación por medio de otro'; lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es solo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad.

Los datos provenientes de la percepción directa tales como la presencia de una persona en un lugar y momento determinado, la exteriorización de sus acciones, la tenencia de objetos, la emisión de sonidos, la lesión a otra persona *corpore corpori* o bien mediante instrumentos, etc., son eventos o estados de cosas que se pueden probar directamente porque producen sensaciones. Pero la valoración de tales situaciones como hechos jurídicamente relevantes, es decir dotados de significado para el juzgador, y su relación de sentido jurídico con el resultado dañoso, son juicios de imputación que no se prueban directamente, sino que se atribuyen y se valoran mediante inferencias racionales, presunciones judiciales o indicios.

Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de 'guardián de la cosa', las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

Es posible percibir a los individuos y algunas de sus acciones, pero el estatus de estas como hechos jurídicos y su relación con un agente no son verificables por los órganos de los sentidos; tanto más si se trata de omisiones o de 'causación indirecta', pues entre la pasividad de un sujeto y el deber de evitar un resultado no existe ninguna conexión de causalidad natural. Únicamente si se reemplaza esa inactividad por la idea de un deber jurídico de actuar es posible imprimir mayor claridad y precisión a los conceptos de la comisión por omisión y la lesión por medio de otro.

La prueba de la imputación del hecho a un agente no se puede establecer únicamente a partir del análisis de la 'causalidad natural pura', porque las explicaciones físicas o mecánicas del comportamiento generador de un resultado no siempre son distinciones indiscutibles en el lenguaje jurídico, y nunca lo son en materia de omisiones y responsabilidad indirecta. Ello no quiere decir que se tenga que prescindir de los aportes técnicos de determinación de causalidad natural, sino que detrás de tales datos de la experiencia hay construcciones lingüísticas o de sentido jurídico por parte de quien los observa y valora.

Aunque la causalidad natural no puede excluirse por completo del juicio de imputación, hay que tener presente que ella no es absoluta ni constituye todo el proceso de atribución de un hecho a un agente, porque la cualidad de artífice se encuentra prefigurada por una concepción normativa, o sea que cada comportamiento es valorado dentro de un horizonte de conductas que se erige como patrón selectivamente relevante.

Existe una diferencia fundamental entre el principio de causalidad y el de razón suficiente, toda vez que el primero busca el origen material de un hecho, en tanto que el segundo se pregunta por qué un resultado puede ser atribuido a una acción dentro de un marco de valores preestablecidos. En el primer caso se habla de relaciones causales, en el segundo de explicaciones de razón.

Las relaciones causales parten de regularidades detectadas en la ocurrencia de los fenómenos, con base en las cuales la ciencia construye generalizaciones inductivas a partir de la observación, el análisis estadístico y el cálculo de probabilidades. Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser

con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo).

De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño.

La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquel puede ser reputado artífice.

La persona obligada a indemnizar es usualmente, pero no siempre, el ejecutor material del perjuicio. Lo anterior explica por qué es posible imputar la agencia del daño a una persona que no tuvo ninguna participación en el flujo causal que lo desencadenó, como cuando se atribuye el hecho al heredero o a quien recibe provecho del dolo ajeno (artículo 2343 del Código Civil); a quien está a cargo del menor impúber o discapacitado causante del daño, siempre que pueda imputársele negligencia (2346); a quien está llamado a reparar el daño cometido por aquellos que estuvieren a su cuidado (2347); al empleador por los daños causados por sus empleados (2349); al dueño del animal domesticado (2353); o al tenedor de animal fiero (2354), en cuyos casos el hecho generador del daño se atribuye con base en criterios jurídicos y no de causación natural.

De igual modo, es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una 'causalidad' desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de estos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural. Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio.

No está de más aclarar que esta imputación no lleva implícito el reproche de la conducta por haber creado un riesgo jurídicamente desvalorado y realizado en el resultado concreto típico, tal como se la suele entender en la dogmática del derecho penal, para cuya determinación la división entre la *imputatio facti* e *imputatio iuris* carece de toda importancia. De ahí que nada tiene que ver con la 'teoría de la imputación objetiva' que se ha desarrollado en aquella área recientemente.

"En particular, lo que se viene incluyendo hoy en día dentro de la llamada "imputación objetiva" es un juicio que, en realidad, difiere de lo que la doctrina de la imputación entiende por esta. En concreto, la llamada "imputación objetiva" en las actuales teorías del delito no constituye, propiamente, lo que durante siglos se ha venido entendiendo por tal, sino un conjunto de operaciones de interpretación y subsunción. (...) Así, en primer lugar, cuando para la imputación objetiva se exige la creación de un riesgo típicamente relevante (o jurídicamente desaprobado), no puede pasarse por alto que dicho riesgo es considerado como típico, esto es, como expresión del contenido de una norma. Lo cual supone haber interpretado esta y subsumir en ella el hecho. (...) Además, en segundo lugar, al prestar atención a las habituales operaciones de concreción de la llamada "imputación objetiva", se constata que a menudo se trata de reducciones teleológicas (fin de protección de la norma), de interpretaciones restrictivas (para excluir como típico lo adecuado socialmente o lo considerado irrelevante por insignificante). Dicho modo de proceder muestra que nos hallamos ante lo que la metodología jurídica considera interpretación y aplicación del Derecho.

Por decirlo en forma más explícita: en la doctrina de la imputación objetiva de las teorías del delito al uso se lleva a cabo una operación que no es, en propiedad, imputación, sino un juicio de valoración de un hecho previamente imputado. Brevemente: la doctrina de la imputación objetiva no sería propiamente imputación, sino interpretación y subsunción" (Pablo Sánchez-Ostiz. Imputación y teoría del delito. Buenos Aires: Edit. B de f., 2008. p. 482).

Por cuanto la "imputación objetiva penal" es, en últimas, el juicio de desaprobación de la conducta a partir de la descripción contenida en un tipo penal, y en materia de responsabilidad extracontractual no existe esa censura previamente incorporada a una norma típica; entonces es teórica y prácticamente imposible cualquier intento de aplicar la denominada "teoría de la imputación objetiva" al campo civil. Criterios propios de la teoría del delito penal, tales como la creación de un riesgo no permitido, el fin de protección de la norma, la prohibición de regreso, etc., no son compatibles con el marco de sentido jurídico de esta área del derecho, circunscrita a indemnizar integralmente los daños ocasionados bajo las circunstancias propias del instituto de la responsabilidad extracontractual.

La imputación a la que aquí se alude es el juicio sobre la cuestión de cómo atribuir un hecho a un sujeto (*imputatio facti* o de primer nivel), tal como se ha concebido en la dogmática civil con profundo arraigo en la tradición privatista, que la entiende como una operación constitutiva de la relación jurídica entre un agente y un resultado. La *imputatio facti* permite afirmar que un sujeto es el artífice de una acción (apreciación de sentido de un hecho),

pero nada dice acerca de la corrección o incorrección de dicha acción según se adecue o no a un deber objetivo de cuidado o prudencia (Karl Larenz, Op. cit. p. 201).

Las pautas de atribución de un hecho a un agente, en suma, se infieren a partir de los deberes de acción que impone el ordenamiento jurídico, como por ejemplo las normas de familia que asignan obligaciones de ayuda mutua entre los cónyuges; o a los padres, tutores y curadores hacia los hijos u otros sujetos bajo su cuidado; los deberes de protección a cargo del empleador; las obligaciones de seguridad de los establecimientos comerciales y hospitalarios; la obligación de prestación de una atención en salud de calidad que la Ley 100 de 1993 impuso a las organizaciones proveedoras de servicios médicos; las situaciones que consagran los artículos 2343 y siguientes del Código Civil; o las que ha establecido la jurisprudencia, tales como el concepto de 'guardián de la cosa'.

En virtud de tales deberes la imputabilidad (posibilidad de atribución de los hechos) se generaliza en procesos abstractos de institucionalización de expectativas que hacen factible que las selecciones sean pertinentes o aplicables a todos los sujetos que están en situaciones similares. Esta preconcepción se requiere, inclusive, para la determinación de la responsabilidad objetiva, pues no es posible atribuir un resultado lesivo a un artífice 'como suyo' si el ordenamiento no permite hacer esa atribución.

Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.

Por supuesto que la causalidad natural desempeñará un papel importante en los eventos en los que se debate una responsabilidad directa por acción, en cuyo caso la atribución del hecho al convocado a juicio se podría refutar si se demuestra que su conducta no produjo el daño (no teniendo el deber jurídico de evitarlo), sino que este se debió a una causa extraña a su obrar, como por ejemplo un caso fortuito, el acto de un tercero o el acto de la propia víctima.

El juicio de reproche culpabilístico.

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad (exigible en los casos de responsabilidad por culpabilidad), no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*). También en materia de culpabilidad, el dolo y la culpa se imputan a partir de un marco de sentido jurídico que valora la conducta concreta del agente, pero no se "constatan" mediante pruebas directas.

La culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad): el reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo. "La culpa civil —explica Barros Bourrie— es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo. (...) el juicio de disvalor no recae en el sujeto sino en su conducta, de modo que son irrelevantes las peculiaridades subjetivas del agente" (Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, 2009. p. 78).

Esta culpa se diferencia sustancialmente de la culpa subjetiva, autónoma o espiritualizada acuñada por la filosofía moderna y que sigue las máximas internas de la moral; pues en materia de responsabilidad extracontractual la conexión psíquica o componente anímico del sujeto con lo obrado resulta irrelevante.

El fundamento de la culpabilidad civil no reside ni puede residir en la doctrina del libre albedrío que presupone suprema autonomía o plena conciencia para determinarse según la regla moral que el hombre se dicta a sí mismo. En la responsabilidad civil, ser libre significa tener capacidad de adoptar pautas de acción, es decir contar con la potencialidad para emplear reglas objetivas de comportamiento que obligan a quien las incumple o desconoce.

Desde luego que la atribución de responsabilidad civil presupone un destinatario libre, pero esa libertad no es concebida como voluntariedad, representatividad o conciencia de la ilicitud, sino simplemente como posibilidad de elección entre varias opciones según unas reglas de conducta social institucionalizada, independientemente del grado de conciencia que el agente tiene sobre las consecuencias jurídicas que podría acarrear el quebranto de tales reglas.

La circunstancia de que los menores de diez años y las personas con discapacidad mental no sean sujetos pasibles del juicio de reproche culpabilístico según la ley civil (art. 2346), no se debe a que no puedan representarse las consecuencias de su obrar (pues eventualmente sí podrían hacerlo), sino a que la ley civil presume *iuris et de iure* que no tienen la posibilidad de adecuar su conducta a los parámetros socialmente exigibles.

La libertad que exige la culpabilidad civil solo requiere que el artífice cuente con la posibilidad de conocer las circunstancias del obrar por motivos razonables (previsibilidad), pero no que se haya representado las consecuencias de su conducta (falta de previsión), por lo que la culpa que resulta suficiente para endilgar responsabilidad civil es la culpa sin representación, pues de otro modo no tendría cabida en ella la impericia o completa ignorancia acerca de lo que debe saberse en un contexto específico de acción.

Es cierto que la culpa con representación y el dolo son fuentes de responsabilidad civil, pero su relevancia en esta área del derecho no consiste en su grado de culpabilidad cualificada o máxima, sino en que tales conductas superan el nivel de culpa media. Una vez alcanzado este umbral de culpa media, es posible atribuir el juicio de reproche civil, pues la culpabilidad extracontractual no admite graduación en la medida que para imponer la obligación de indemnizar no interesa la magnitud de dicho reproche subjetivo, ni siquiera en los eventos en que la imprudencia de la víctima concurre con la del agente en el desencadenamiento del daño, en cuyos casos esta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de “coparticipación causal”, es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de “compensación de culpas” como ocurría en el pasado (CSJ, SC del 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01).

A diferencia de la condena penal en la que el juez tiene en cuenta la magnitud del juicio de reproche para efectos de mayor o menor punibilidad en la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (artículo 54 Código Penal); para otorgar mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad (Art. 63); y aún para tasar la indemnización por daños (Art. 97), la culpabilidad civil opera en una lógica binaria, en la que basta traspasar el umbral de culpa media del buen padre de familia para ser culpable y obligado a reparar integralmente el perjuicio, siempre que se prueben los demás elementos de la responsabilidad, claro está.

La culpa extracontractual no admite graduación, por lo que no son aceptables los distintos niveles de culpa que para la celebración de negocios acuñó la tradición romana, recogidos en el artículo 63 de nuestro ordenamiento civil. Memórese –según se dijo en el recuento histórico de esta parte motiva– que la responsabilidad civil extracontractual no deriva en sentido estricto de las fuentes romanas de las obligaciones. Y según se explicó en párrafos precedentes, la culpabilidad que le es inherente no coincide con el reproche subjetivo propio de la moralidad, para la que sí es importante la intensidad del juicio de desvalor.

La culpabilidad –se reitera– no implica suprema autonomía para determinarse (voluntariedad) sino potencialidad o capacidad para obrar por motivos razonables (volición)⁽¹⁾, o sea por razones atendibles según el sujeto que imputa (juez) de conformidad con los valores del sistema de derecho civil de cada época y lugar. De ahí que la situación psicológica del agente respecto de su conducta como generadora de un daño resulta irrelevante para decidir sobre su culpabilidad.

En resumen, es posible reprochar un hecho a un sujeto porque tal hecho es producto de su libertad. La libertad en materia extracontractual significa que el artífice ha de contar con alternativas de decisión o poder de control de la situación, es decir que se trata de una libertad entendida como volición. Luego, el agente no responde de aquello en lo

que no participa con esta libertad mínima, porque entonces el resultado no podría imputársele sino que sería causa extraña. Estas son las condiciones de realización de la atribución de culpabilidad pero no son la culpa misma, pues esta se patentiza en la valoración de la conducta como falta de prudencia.

La culpa civil es falta de prudencia. En la tradición filosófica que se remonta a Aristóteles, la prudencia no es una virtud del carácter o la moralidad (ética), sino del intelecto o razón (dianoética). "Parece propio del hombre prudente —afirma el Estagirita— el **ser capaz** de deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo para vivir bien en general. (...) Llamamos prudentes a los que, para alcanzar algún bien, razonan adecuadamente. Un hombre que delibera rectamente puede ser prudente en términos generales. (...) La prudencia, entonces, es por necesidad un modo de ser racional, verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno para el hombre" (Ética a Nicómaco, Libro VI. Madrid: Editorial Gredos, 1988, p. 275).

Por medio de la prudencia, entendida como cálculo razonable o discernimiento, se obtienen los mejores resultados en un contexto específico de acción. La prudencia no es algo abstracto, teórico, metafísico o idealizado, sino la acción concreta y estratégica que se requiere para la obtención de un resultado deseable; es, en suma, la recta razón o el justo medio en las materias o labores prácticas: es cautela, diligencia, moderación, sensatez o buen juicio. El parámetro para medir la prudencia es el hombre prudente en su desenvolvimiento social y no una idea abstracta. (Pierre Aubenque. La prudencia en Aristóteles. Barcelona: Grijalbo, 1999. p. 50, 63, 77, 79).

La falta de prudencia o moderación es el obrar por exceso o por defecto: por defecto, cuando se incurre en desidia, descuido, negligencia, ignorancia, despreocupación o impericia; por exceso, cuando se actúa con precipitación, impertinencia, necedad, atrevimiento, temeridad, indiscreción, insensatez, irreflexión o ligereza. La inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible.

La culpa civil no es un error esporádico respecto a los resultados obtenidos (que no tendría relevancia jurídica en la responsabilidad por culpabilidad), sino un error o anomalía que surge de la comparación de la conducta pasada con el estándar de conducta jurídicamente aceptado. La repetición o persistencia en el error puede dar lugar a culpa en la medida que aumenta las posibilidades de calcular razonablemente la inadecuación de la conducta a los parámetros sociales, técnicos, científicos o profesionales jurídicamente exigibles.

De esto eran conscientes los antiguos autores latinos, siendo ello, precisamente, lo que quiso significar Cicerón en su frase: "*Cuiusvis hominis est errare: nullius nisi insipientis in errore perseverare*" (Es propio de los hombres errar, pero solo del ignorante perseverar en el error)

[Filípica XII 5]. Muchos siglos después, Agustín de Hipona citó en sus Sermones una frase similar: "*Humanum fuit errare, diabolicum est per animositatem in errore manere*" (Fue propio del hombre errar, pero permanecer en él por orgullo es malvado).

La responsabilidad civil de las entidades del sistema de seguridad social en salud.

Hasta hace solo un par de décadas era frecuente que los pacientes acudieran voluntariamente al médico que por su grado de cercanía o por su fama les generaba la confianza suficiente para poner en sus manos la cura de su salud. Era, por lo general, el médico de la familia, "de cabecera", de la localidad o, en fin, el profesional con quien los pacientes podían establecer una relación de proximidad personal que caracterizaba la atención médica destinada a tratar o curar una dolencia específica. De ahí que el vínculo jurídico que nacía entre el médico y su paciente fuera considerado como un contrato bilateral, principal, de ejecución instantánea, la mayoría de las veces *intuito personae*, consensual, conmutativo y de libre discusión.

Como este vínculo jurídico surgía por la voluntad de ambas partes, el médico respondía por los daños que causaba al paciente en razón del incumplimiento de las estipulaciones pactadas en el convenio celebrado. De igual manera respondía por las acciones u omisiones culposas del personal que estaba a su cargo, siempre y cuando tales perjuicios ocurrieran en el ámbito de sus funciones, es decir, en razón y con ocasión de la prestación del servicio médico.

Esta especie de responsabilidad, simple por demás, no ha desaparecido del todo, pero hay que reconocer que cada vez se encuentra más en desuso, sobre todo después de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993), a partir del cual la prestación de los servicios médicos dejó de ser una labor individual para convertirse en una actividad empresarial, colectiva e institucional, que abrió paso a lo que hoy se denomina "macro medicina", en la que el enfermo ya no es considerado un paciente sino un cliente más dentro del engranaje económico que mueven grandes organizaciones, y en la que el usuario no acude ante su médico de confianza sino ante una estructura corporativa que relegó el factor *intuito personae* a su más mínima expresión.

La masificación del servicio de salud trajo consigo la despersonalización de la responsabilidad civil médica, que ahora no solo se puede originar en la culpa del facultativo sino en la propia culpa organizacional, en muchos casos no atribuible a un agente determinado.

Asimismo, los grandes adelantos de la ciencia moderna, el aumento de los aciertos terapéuticos, el uso de nuevas tecnologías, los resultados demostrados por la práctica de la medicina preventiva, el progreso de la medicina de precisión y la terapia dirigida cuando ello es posible, y la masificación del servicio de salud como producto de consumo,

han hecho de la medicina una disciplina sofisticada, en la que se ha acumulado una enorme fuente de pronósticos, diagnósticos, tratamientos y procedimientos fidedignos según el buen hacer profesional, que la han elevado a los más altos niveles y minimizan el ámbito de lo fortuito porque acrecientan el margen de lo previsible, sin que ello signifique que las circunstancias atribuibles a la fatalidad hayan desaparecido por completo.

De ahí que tanto las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud como los profesionales que fungen como agentes suyos, están cada vez más inmersos en un contexto de responsabilidad, porque entre mayor es el saber científico, la actualización de los conocimientos, el poder de predicción de los resultados y el dominio de las consecuencias, se incrementa el grado de exigencia ética y jurídica que se hace a las empresas y agentes prestadores del servicio de salud.

Es esperable que a mayor comprensión sobre los procedimientos y técnicas idóneas que rigen un ámbito especializado de la ciencia, más grande es el poder de control sobre el mismo y mayores las posibilidades de evitar resultados adversos, lo que aumenta el grado de exigencia de responsabilidad.

Aunque el sistema de seguridad social está orientado por el principio de la solidaridad, ello no significa que la medicina sea una actividad de caridad o beneficencia, pues las entidades promotoras y prestadoras del servicio están organizadas bajo un modelo de economía de mercado en el que los afiliados al régimen contributivo y sus empleadores tienen que pagar por el servicio que reciben; mientras que en el régimen subsidiado los afiliados pagan una cotización que se financia con ingresos fiscales o de la solidaridad, lo que convierte al cliente en acreedor del derecho a una asistencia sanitaria de calidad "en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional" (Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 9°).

El rompimiento de los moldes clásicos en los que se enmarcaba el ejercicio de la medicina como profesión liberal, caracterizada por las obligaciones emanadas de la relación médico-paciente, ha hecho que el esquema de la responsabilidad civil fundado en la culpa individual se muestre insuficiente frente a las reclamaciones por daños a la salud producidos por la estructura organizacional de las entidades del sistema de seguridad social, pues bajo este nuevo modelo surge una amplia gama de problemas que ameritan una solución distinta a la luz del paradigma de sistemas.

No es posible, entonces, decidir las controversias jurídicas que involucran la responsabilidad de los médicos y de la estructura del sistema de seguridad social en salud bajo una interpretación tradicional del derecho civil concebida para endilgar responsabilidad en el ámbito exclusivo de las relaciones médicas interpersonales.

Bajo este nuevo enfoque, el primer punto que toca analizar —porque de él depende el tratamiento y la solución que se le dé al problema jurídico planteado— es el concerniente a la naturaleza jurídica de la obligación de la cual surge la responsabilidad que se reclama.

Naturaleza jurídica de la responsabilidad por daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud.

En la responsabilidad civil que surge de los daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud, el objeto, fundamento y características del servicio de salud; la afiliación al sistema; la forma de pago y monto de las cotizaciones; el régimen de beneficios; las garantías y deberes de los usuarios; los deberes de los empleadores; la dirección, administración y financiación del sistema; su organización, control y vigilancia; y, en fin, todo lo concerniente a las obligaciones y derechos de los integrantes del sistema, sean prestadores o usuarios, está regulado por el Título II (artículos 152 y siguientes) de la Ley 100 de 1993 y disposiciones modificatorias y complementarias.

Poco queda a la iniciativa privada de las partes, salvo la posibilidad de escoger la entidad promotora de salud a la que tienen que afiliarse, así como la de acudir a la institución prestadora de su preferencia cuando ello es posible según las condiciones de oferta de servicios (artículo 153-4, *ejusdem*).

El artículo 153-2 de la Ley 100 consagra la obligación para todos los habitantes del país de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, por lo que todo empleador tiene la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. De igual manera, los trabajadores independientes o contratistas están obligados a cotizar al régimen contributivo en salud.

A su turno, el artículo 157 *ejusdem* establece los tipos de participantes en el sistema de salud, siendo estos los afiliados mediante el régimen contributivo, los afiliados mediante el régimen subsidiado, y los participantes sin capacidad de pago que están vinculados en forma temporal mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.

Por su parte, el artículo 183 de ese estatuto prohíbe a las entidades promotoras de salud terminar en forma unilateral la “relación contractual” con sus afiliados o negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen.

No solo la afiliación es un acto obligatorio para la población con capacidad de pago y para las EPS, sino que el monto y forma de hacer las cotizaciones también lo son, en la medida que están preestablecidos por la ley y sobre tales aspectos no existe ningún poder de negociación. De igual modo, el régimen de beneficios es inmodificable por el querer de las partes, de suerte que es muy poco lo que queda al arbitrio de la voluntad.

La afiliación se produce por una sola vez, sin que ese acto esté sujeto a negociaciones o acuerdos de ninguna especie, y a partir de ese momento los participantes del sistema no pierden tal calidad, siendo beneficiarios de todas las

prestaciones asistenciales consagradas en la ley, por lo que el vínculo legal que surge del sistema de seguridad social en salud comporta una relación legal permanente. Esta relación jurídica –se reitera– se establece por una sola vez y para siempre entre el usuario y el sistema de seguridad social en salud, mas no con una empresa o entidad específica.

Como participantes del sistema de seguridad social en salud, las personas esperan una eficiente prestación del servicio que pagan mensualmente mediante un aporte económico individual o familiar financiado directamente por el afiliado, o en concurrencia entre este y su empleador; o bien a través de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad.

En su condición de clientes del sistema, los pacientes se presentan ante las instituciones prestadoras del servicio de salud en calidad de usuarios del servicio público de salud que administran y promueven las entidades de la seguridad social, por lo que el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario.

La imputación del daño a las empresas promotoras de salud, a las instituciones prestadoras del servicio y a sus agentes.

Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya "función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)" (Art. 177).

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que estos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquellas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por

cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que "son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley".

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta solo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron

control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluayan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

La diligencia y cuidado de las instituciones prestadoras del servicio de salud y sus agentes.

La atribución de un hecho lesivo a un agente u organización como suyo es necesario pero no suficiente para endilgar responsabilidad civil, como se ha explicado extensamente con anterioridad. Para esto es preciso, además, que el daño sea el resultado de una conducta jurídicamente reprochable en términos culpabilísticos.

La prudencia en el ámbito de la prestación del servicio de salud es el término medio en las acciones y operaciones profesionales, es no obrar por exceso ni por defecto según los estándares aceptados en los procedimientos y la práctica científica de una época y lugar determinados.

De igual modo se ha explicado que para la atribución de responsabilidad organizacional no basta con analizar la conducta aislada de los elementos del sistema, sino que debe valorarse el nivel organizativo como un todo.

La culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una unidad de acción selectivamente relevante que tiene en cuenta los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema. Por ello, el juicio de reproche ha de tomar en

consideración, además de las acciones y omisiones organizativas, las fallas de comunicación del equipo de salud que originan eventos adversos cuando tales falencias podían preverse y fueron el resultado de la infracción de deberes objetivos de cuidado.

Según los estándares aceptados en la práctica profesional de la salud, los problemas de comunicación entre los proveedores de atención médica y entre ellos y sus pacientes afectan seriamente el desenvolvimiento de la atención y son una de las principales causas de responsabilidad por negligencia médica. (Fabián Vítolo, Problemas de comunicación en el equipo de salud, Biblioteca virtual Noble, 2011).

De acuerdo a la literatura especializada en el tema de calidad total de los servicios de salud, el quiebre en la comunicación genera más daños de gravedad a los usuarios que otros factores de riesgo como la pobre capacitación técnica de los agentes de salud, la insuficiente evaluación del paciente y la falta de personal necesario para cumplir las tareas (Ibíd.).

Los cortocircuitos en la comunicación durante el proceso de atención pueden presentarse en los pases o remisiones del paciente de un profesional a otro; cuando se imparten órdenes; cuando se transfiere responsabilidad entre efectores; cuando se prescriben las fórmulas médicas; cuando el paciente es dado de alta; cuando se dan indicaciones a sus familiares (o se omiten) sobre los cuidados y tratamientos que han de realizarse en el hogar; etc., en cuyos casos es posible que el profesional brinde al paciente una atención inmediata adecuada para su dolencia y, sin embargo, ocasione errores de comunicación que repercuten en eventos adversos por quebrantar las normas y estándares sobre el correcto manejo de la información.

El numeral 9° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre estos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina "cultura de seguridad del paciente", que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

Según los expertos en la materia, existe una cultura de seguridad "cuando hay un esfuerzo organizacional centrado en

salvaguardar el bienestar de los pacientes, que cuenta con el compromiso del personal y la jefatura. Todos los involucrados asumen la responsabilidad de la seguridad del paciente y su familia, y el personal de salud se siente seguro al comunicar instancias que comprometen el cuidado de un paciente o la ocurrencia de situaciones adversas" (Bárbara Soule. Seguridad del paciente).

Para poder realizar un trabajo eficaz, óptimo y conforme a los estándares de la ciencia, las organizaciones proveedoras de servicios médicos tienen el deber legal de implementar la cultura de seguridad del paciente. Esta es una de las operaciones empresariales más importantes para la disminución de errores médicos, y es una variable que cobra gran fuerza en la valoración que el juez civil realiza acerca de la diligencia y el cuidado que debió tener la entidad sobre un proceso respecto del cual ejercía control.

"Una cultura de seguridad del paciente implica liderazgo, trabajo en equipo y colaboración, prácticas basadas en la evidencia, comunicación efectiva, aprendizaje, mediciones, una cultura de trato justo, pensamiento sistémico, factores humanos y una política de tolerancia cero" (Ibíd.).

Los flujos eficientes de información son absolutamente importantes para lograr una atención integral, continua y de calidad según los estándares del ámbito médico; siendo la historia clínica uno de los instrumentos más valiosos –si no el más preciado de todos– para efectos de transmitir una correcta información que redunde directamente en la salud del usuario. Tan importante como los conocimientos médicos y la pericia profesional al momento de aplicarlos, es la transmisión óptima de ese conocimiento al equipo de trabajo, al paciente y a su familia.

Lo anterior no solo se debe a la garantía del derecho fundamental a la información, sino, principalmente, a que un quiebre en la comunicación de los profesionales de la salud aumenta enormemente las probabilidades de errores previsibles que la organización tenía el deber de evitar. Ello no es algo que traspase las posibilidades cognoscitivas de los miembros de la empresa de salud ni es una política que la organización puede adoptar o inobservar a su antojo, sino que es una verdadera obligación jurídica.

En efecto, la Resolución 1995 de 1999 emanada del Ministerio de Salud, por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, define este instrumento como un documento "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".

Con el fin de lograr la eficiente transmisión de la información consignada en la historia clínica, el artículo 5° *ejusdem* dispone que este documento "debe diligenciarse en 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”.

La violación de estas normas técnicas lleva implícita la culpa de la organización sanitaria cuando los daños ocasionados a los usuarios del sistema de salud pueden estar razonablemente relacionados con brechas en la comunicación que resultan del diligenciamiento y manejo inadecuado de la historia clínica.

Así, no consignar en forma clara, precisa y según los estándares legales y técnicos los resultados obtenidos por el médico en un diagnóstico inicial, aumenta las probabilidades de que ante la presencia de un error, el profesional que atiende al paciente en una oportunidad futura persista en tal equívoco, y de esa forma se aumente la cadena de errores constitutivos de culpa por no actuar de conformidad con las pautas establecidas para la prevención, disminución y erradicación de eventos adversos.

En un sentido similar, el ocultamiento de los errores propios o ajenos detectados en los diagnósticos, tratamientos o procedimientos que realizan los profesionales de la salud aumenta considerablemente las posibilidades de que el error inicial se incremente por una conducta negligente. Mientras que el descubrimiento y la denuncia oportuna de tales errores demuestran una conducta prudente, honesta y ética encaminada a la disminución de los daños y a una atención humana, continua, integral y de calidad, como lo ordena la ley.

“...ninguno de los operadores sanitarios podrá excusarse y liberarse de responsabilidad con el argumento simplista de que “fue el otro quien lo hizo”, puesto que existe una responsabilidad conjunta y solidaria en virtud de la cual se exige al último que haya intervenido en la prestación del servicio mayor diligencia que al anterior facultativo, con el fin de revertir el efecto dañoso que el “error” antecedente hubiese causado” (Gustavo López-Muñoz y Larraz. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 21).

Es posible, entonces, que un diagnóstico o tratamiento parezca adecuado si se lo examina de manera aislada; pero que si se analiza en un contexto organizacional, haya sido defectuoso según los estándares médicos por la negligencia del profesional al no fijarse en el diagnóstico o tratamiento que hizo el médico que atendió al paciente en una oportunidad anterior y que estaba consignado en la historia clínica, infringiendo de ese modo los deberes de cuidado propios y organizacionales.

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o

cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

El error al que aquí se alude es el "error negligente", "más claro aún: el que se origina cuando se quiebran por el agente causante del error los criterios y niveles exigibles y esperables de conducta profesional sanitaria y que, además, como consecuencia del cual se produce [o ha existido el riesgo de que se produzca] en el paciente un efecto lesivo y/o perjudicial. El hecho de que la medicina sea, aún en nuestros días de gran progreso tecnológico, más un arte que una ciencia dura como, por ejemplo, la matemática, la física, la química y que, debido al factor reaccional propio de cada enfermo no pueda predecirse un resultado exacto del tratamiento prescrito para curar una enfermedad o dolencia, NO significa que el "error", dentro del contexto sanitario en que nos movemos, sea permisible ni tolerable. Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y de la prestación de todos los medios de diagnóstico y tratamiento disponibles, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados" (Gustavo López-Muñoz y Larraz. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 20).

La culpa de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio —se reitera— se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia¹.

¹. **SENTENCIA SALA CIVIL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SEPTIEMBRE 30 DE 2016**

Del honorable magistrado,

DIEGO ANDRES RUEDA ROJAS
CC 77094679 DE VALLEDUPAR
T.P. 184057 DEL CS DE LA J

