

LA COMPETENCIA ARBITRAL EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA A LA LUZ DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Tomás Hernán Mejía Triana¹

RESUMEN

Las acciones de responsabilidad civil tradicionalmente se han iniciado y llevado hasta su culminación mediante el mismo procedimiento ordinario, que se ha caracterizado por su inexperiencia, su negligencia y su deprimente lentitud. Con la entrada en vigencia del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) se ha venido considerando el entendimiento de la prestación de servicios que no implican la entrega de un bien, entre ellos los servicios médicos, como relaciones de consumo, llevando implícitamente consigo modificaciones en las competencias jurisdiccionales para conocer sobre asuntos indemnizatorios derivados de la responsabilidad civil médica, abriendo una brecha enorme para la competencia arbitral. Competencia que sustentada en la Ley 1563 de 2012 y en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013, encuentra una validez plena para la consagración de una cláusula compromisoria en un contrato de afiliación en el sistema contributivo de salud en Colombia.

PALABRAS CLAVES

Arbitraje, Competencia, Responsabilidad Civil, Servicio Médico, Cláusula Abusiva.

ABSTRACT

The actions of civil liability have traditionally been initiated and brought to completion by the same regular procedure, which has been characterized by its inexperience, its negligence and its depressing slowness. With the promulgation of the Statute of the Consumer (Law 1480 of 2011) has been considering the understanding of the provision of services that do not involve the delivered of a property, like medical services, as relations of consumption, taking with them changes in the implicitly jurisdictional powers to know on matters of compensation arising from the medical liability, opening a huge opportunity to the arbitral jurisdiction. Competition that based on the Law 1563 of 2012 and Articles 80 and 81 of Decree 1829 of 2013, finds a full validity to the consecration of an arbitration clause in a contract of affiliation in the contributory system of health in Colombia.

KEY WORDS

Arbitration, Jurisdiction, Civil Liability, Medical Service, Abusive Clause.

¹ Abogado Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, estudiante del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: tomas.mejia@hotmail.com.

I. INTRODUCCIÓN.

Las acciones de responsabilidad civil médica incoadas contra los diferentes intervinientes del servicio médico, esto es, contra las variadas personas naturales o jurídicas que de acuerdo al sistema de salud colombiano intervienen en la prestación del servicio médico, han sido abundantes y de variado trato judicial. (Deik Acosta-Madiedo, 2010)

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de manera diversa respecto de la institución por la cual deberían responder los prestadores del servicio médico, especialmente, respecto de la necesidad o no de la prueba de una culpa o negligencia médica (Deik Acosta-Madiedo, 2010). No obstante, bien porque los diferentes intervinientes del servicio médico (EPS, IPS, Médico, Asegurador) respondan por una u otra institución de responsabilidad contractual o extracontractual, continúa siendo claro que el proceso judicial se caracteriza por su lentitud, tardanza, y falta de especialidad de los funcionarios judiciales en las materias de responsabilidad civil médica (Jaramillo Jaramillo, 1998), lo que impide una adecuada tutela de los derechos de las víctimas, y la continua prestación de un servicio médico sin garantías de calidad e idoneidad exigibles al mismo.

Desde el 2011, año en la que se promulgó la Ley 1480, doctrinantes nacionales como Javier Tamayo Jaramillo, Jose Felipe Giraldo Gómez, Alejandro Giraldo López, Carlos Germán Caycedo, Ramón Eduardo Madriñán, Dionisio Manuel de la Cruz Camargo, entre otros, han venido presentando en sus diferentes escritos una preocupación latente en cuanto a los servicios que no implican la entrega de un bien, entre ellos, los servicios jurídicos y médicos, por cuanto la redacción de la noción de “productor” y de “consumidor” que consagró la mencionada ley permite una interpretación extensa y amplia en cuanto a los asuntos que podrían estar cobijadas con sus normas. ¿La prestación del servicio médico y jurídico puede entenderse como una relación de consumo?, el asunto es preocupante por la posibilidad real y jurídica de calificar los servicios médicos y jurídicos como parte de aquellas relaciones que se denominan “relaciones de consumo”, y por lo tanto, al no existir una regulación especial y específica frente a los conflictos que pudieren surgir de ellas, habrían de someterse a las normas consagradas en el Estatuto del Consumidor, llegando incluso a modificar algunas reglas de responsabilidad, especialmente aquellas que atinentes a la “competencia” de algunos operadores jurídicos para conocer sobre un conflicto de responsabilidad civil médica.

El Estatuto del Consumidor ha permitido que los conflictos de responsabilidad civil puedan ser objeto de conocimiento por nuevos operadores judiciales revestidos plena o transitoriamente de jurisdicción, esto es, ha creado nuevas competencias jurisdiccionales para este tipo de acciones. No obstante, el estado del arte nacional respecto de las “relaciones de consumo” y “la responsabilidad civil médica” parece haber echado al olvido un mecanismo alternativo de solución de conflictos conocido como el “Arbitraje”, con los mismos efectos jurídicos concedidos para el proceso ordinario (Actualmente “proceso verbal” con los cambios traídos por el Código General del Proceso), por medio del cual tradicionalmente se han tramitado todas las acciones de responsabilidad, especialmente la responsabilidad civil médica. Surgen de la inmediato las siguientes preguntas: ¿La prestación del servicio médico puede entenderse como una relación de consumo?, ¿Podrá tramitarse un conflicto de responsabilidad civil médica mediante un proceso arbitral?, ¿Los

derechos surgidos de la responsabilidad médica podrán entenderse de libre disposición?, ¿Los pactos arbitrales celebrados entre afiliado o beneficiario del sistema de salud con las entidades promotoras de salud (EPS), las instituciones prestadoras del servicio (IPS), o los médicos son válidos o abusivos de acuerdo a los artículos 42 y 43 del Estatuto del Consumidor?, Son cuestiones que no se responden con la simple observancia normativa, doctrinaria o jurisprudencial, sino que requiere un esfuerzo profundo de reflexión y análisis por parte del investigador. En ese orden de ideas, la pregunta rectora que reúne todas las anteriores y que constituye el principal eje de la presente investigación consiste en *¿Es posible en Colombia tramitarse un conflicto de responsabilidad civil médica derivada de la prestación del servicio médico mediante el Arbitraje?*

Así las cosas, de obtener una respuesta favorable a la posibilidad de justificar y argumentar jurídicamente un camino procesal adicional al ordinariamente utilizado, con los mismos efectos jurídicos pero con un valor agregado de mayor agilidad, celeridad, comodidad, concentración, y especialidad (Espinosa Quintero, 2010), conllevaría a mayor tutela de los derechos de las víctimas directas e indirectas de conductas ilícitas generadoras de perjuicios patrimoniales y extra-patrimoniales, y a una mayor exigencia a los profesionales de la salud, las instituciones prestadoras del servicio, y las empresas promotoras de salud en la labor que realizan.

II. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO COMO RELACIÓN DE CONSUMO.

Los privilegios o prerrogativas que actualmente se vienen reconociendo de manera creciente en las legislaciones internacionales y especialmente la nacional colombiana para los consumidores o usuarios de algún producto o servicio, tienen su razón de ser en que el surgimiento del derecho del consumo se debió a una verdadera necesidad que residía en la obligación estatal de interceder por las personas que terminaban siendo la parte más vulnerable en estos vínculos contractuales derivados de los contratos de adhesión, producto de una relación de consumo de bienes o servicios. La evolución de las regulaciones le ha otorgado una importancia y reconocimiento al contrato de adhesión, y especialmente, el reconocimiento a la posibilidad de que dentro de su contenido pudiera involucrarse una cláusula de tipo “abusiva”, pues ello permitió al legislador actuar, generando un avance normativo, estableciendo un marco de protección para el consumidor, en quien radica el objeto de la actual Ley 1480 de 2011. (Pérez Forero, 2013)

La prestación del servicio médico por parte de los profesionales en la salud, las instituciones prestadoras del servicio, y las empresas promotoras de salud, entendida en el artículo 1º de la ley 14 de 1962 como aquella “(...)aplicación de los medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención y 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”, se ha visto desmejorada en su diligencia y cuidado por la misma legislación que regula la prestación del servicio médico, las deficiencias económicas e instrumentales de las instituciones prestadoras del servicio, las deficiencias académicas de los profesionales de la salud (Rodríguez Almada, 2001) y especialmente las deficiencias

académicas de los operadores jurídicos (abogados y jueces) en los trámites judiciales cuando el asunto objeto del litigio alude a asuntos responsabilizatorios derivados de la prestación del servicio médico, aunado a la deprimente lentitud y negligencia de los procesos judiciales.

Lo anterior ha conducido a que desde el 2011, año en el que se promulgó la Ley 1480, doctrinantes nacionales como José Felipe Giraldo Gómez, se hayan atrevido a vincular conceptualmente aquella prestación negligente y descuidada del servicio médico surgida con ocasión de vínculos contractuales derivados de los contratos de adhesión de “afiliación a los sistemas de salud”, o en el mejor de los casos un contrato directo con el profesional de la salud, al concepto mismo de “relación de consumo”, entendida esta última como aquel vínculo jurídico surgido entre una persona natural o jurídica que de manera habitual, directa o indirectamente, diseña, produce, fabrica, ensambla o importa bienes muebles o inmuebles o presta servicios, conocida como “productor”; una persona natural o jurídica que de manera habitual, directa o indirectamente, ofrece, suministra, distribuye o comercializa dichos bienes muebles o inmuebles o dichos servicios con o sin ánimo de lucro, conocida como “proveedor”; y otra persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza dichos bienes muebles o inmuebles o dichos servicios, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica, denominado “consumidor o usuario”. (Ley 1480 de 2011)

Si bien no es objeto de la presente investigación argumentar, sostener y presentar la posibilidad de concebir la prestación del servicio médico como una relación de consumo, y aun cuando hay parte de la doctrina que todavía duda sobre la naturaleza de prestación del servicio médico (Mártinez Cárdenas, 2009), resulta pertinente mencionar que para el presente escrito partimos de la base o pilar en virtud de la cual la prestación del servicio médico se ubica dentro de aquellos servicios que no implican la entrega de un bien, esto es, de aquellos en los cuales el prestador del servicio en principio no se vincula jurídicamente con la obtención o consecución de un resultado en específico (obligación de resultado), sino más bien con el acatamiento y desarrollo de una serie de conductas y comportamientos al cual está llamado, sin comprometerse con la obtención misma de un resultado en específico (obligación de medios), pero que en todo caso se trata de una persona natural o jurídica que, directa o indirectamente, de manera habitual presta, ofrece, suministra, distribuye o comercializa “*los medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención y 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* (Artículo 1º, Ley 14 de 1962)” ubicándose enteramente dentro del concepto de “productor” y “proveedor” que trae consigo los numerales 8º y 9º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, y donde especialmente el destinatario del servicio adquiere la calidad de parte profana o débil de la relación que surge con el proveedor o productor, y que en todo caso se trata de una persona natural que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza del servicio médico para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica, convirtiéndose ineludiblemente en un consumidor de dicho servicio en atención al concepto que recoge el numeral 3º de la Ley 1480 de 2011 y especialmente en atención a lo que la doctrina tanto ha discutido respectivo

de dicho concepto, pero que en últimas “en la mayoría de los casos, está delimitada legalmente, y (...) concebido como el adquirente de un bien o servicio en calidad de destinatario final para un uso personal, familiar o doméstico (no profesional).” (Villalba Cuellar, 2009)

A lo anterior se le suma que el mismo numeral 3° de la Ley 1480 de 2011, consagra expresamente que “Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (negrillas y subrayado fuera del original) dándole una estocada final a cualquier duda que pueda surgir de la condición de consumidores que pudieran tener los pacientes respecto del servicio médico que se les presta y que contrataron, más aun cuando la misma Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 2° establece que “El Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del USUARIO el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud.” (Negrillas, Subrayado, y Mayúsculas fuera del original) concepto que se reitera a lo largo del cuerpo normativo de la ley, y que para todos los efectos se entiende incluido dentro del concepto de consumidor por estricta exigencia y consagración legal.

Compartirnos igualmente los argumentos expuestos por el Doctor Luis Felipe Girado Gómez en su obra denominada “Responsabilidad Civil por la Prestación del Servicio Médico, a la Luz de la Nueva Regulación de Protección al Consumidor” cuando acertadamente considera que:

“Con el ánimo de empezar a dar una respuesta a este interrogante, acudimos a lo expresado en el artículo 7.º del Estatuto del Consumidor, en donde al definir el concepto de garantía legal se hacen unas consideraciones especiales sobre la forma de entender esta figura cuando se trate de caso de prestación de servicios que implican una obligación de medio, tal como sería el supuesto de los servicios médicos, de los abogados y de las demás profesiones que sean consideradas como liberales, lo cual a todas luces da cuenta de la intención del legislador de cobijar este tipo de servicios con las normas del nuevo estatuto.

Es así, como indica el mencionado artículo 7.º del estatuto, respecto a la garantía legal que le es exigible a todos los productores y proveedores de asegurar la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos que en relación con “la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado”

(...)Adicional a lo prescrito por el artículo 7 del estatuto, debemos llamar la atención sobre un hecho notorio y es la ausencia de reproducción en la nueva regulación del artículo 45 del Decreto 3466 de 1982, que al respecto indicaba que “Las disposiciones del presente decreto no se aplican a los servicios prestados mediante relación de trabajo, ni a los prestados por profesionales cuyas obligaciones sean comúnmente catalogadas como de medio”.

Corolario de lo anterior, no hay duda sobre el ánimo del estatuto de cobijar dentro de su regulación esta especie de servicios, máxime si se considera la definición de

producto que trae el estatuto, de tratar como tal a todo bien o servicio, aunado a la regulación especial que parece traer la norma sobre garantía legal para los servicios que implican una obligación de medios, y sumado al hecho contundente que ya se mencionó de no haber trasladado a la nueva codificación la excepción expresa de no aplicación de estas normas a los servicios prestados mediante relación de trabajo o a los servicios profesionales que impliquen comúnmente una obligación de medio.

Así las cosas, no queda más que concluir que el nuevo Estatuto del Consumidor debe aplicarse a las relaciones de consumo que se generen cuando se preste el servicio de médico, pues en este tipo de relaciones es evidente que hay una relación de consumo, donde el consumidor —paciente— solicita el servicio con la finalidad de ser el usuario final del mismo, para satisfacer una necesidad a todas luces personal, que no es otra que tratar de recuperar su salud.” (Giraldo Gómez, 2013)

De ese mismo modo, y como se dijo anteriormente, el entender la prestación del servicio médico como una relación de consumo, conllevaría a una aplicación inmediata de las normas consagradas en el Estatuto del Consumidor a los mencionados servicios médicos. No obstante, antes de caer en la tentación de aplicar en un todo y por todo dicho Estatuto, es necesario un análisis profundo de cada una de las instituciones jurídicas que sufrieron modificaciones o alteraciones en virtud de esta aplicación, y observar cuales de ellas no se verían vulneradas por la nueva regulación. Una de las instituciones que merece ser estudiada es aquella que alude a la “competencia” de algunos operadores jurídicos para conocer sobre un conflicto de responsabilidad civil médica, especialmente aquella que alude a la competencia arbitral.

Es necesario tener claro aquello que el Dr. Patricio Aylwin Azocar en su obra “El Juicio Arbitral” pretende diferenciar cuando alude la competencia arbitral, esto es, los conceptos de jurisdicción y competencia. Éste, apoyándose en consideraciones de Bernard, alude que las mencionadas figuras son sustancialmente distintas en tanto que “*La primera consiste en el la facultad o el poder de juzgar, de declarar el derecho controvertido entre partes*”, y “*la competencia es la repartición del poder de juzgar entre los diversos órganos jurisdiccionales.*” (Aylwin Azocar, 2009). El autor considera que los dos conceptos en principio no se individualizan por separado en el ámbito del arbitraje, sin embargo mediante la realización de un ejercicio interpretativo, los problemas de jurisdicción aluden notablemente si el tribunal de arbitramento tiene la facultad de impartir justicia o no, y por otro lado, los conflictos de competencia, aluden los límites materiales y personales, y aquellos eventos litigiosos que pueden surgir de dicha situación.

Así las cosas, miremos la viabilidad de la competencia arbitral para conocer sobre las acciones que surgen como consecuencia de un conflicto de responsabilidad civil médica.

III. LA COMPETANCIA ARBITRAL EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

El “Arbitraje” se ha conocido como aquel mecanismo alternativo de solución de conflictos en virtud del cual dos o más personas, naturales o jurídicas, acuerdan expresa o tácitamente someter sus controversias en el que se vean involucrados asuntos de libre disposición o aquellos que autorice la ley, al conocimiento y decisión de uno o varios particulares calificados que asumen y gozan transitoriamente de facultades jurisdiccionales, y mediante el desarrollo de un proceso establecido en la ley, en los reglamentos institucionales, o aquel que construyan las partes para el efecto. Al respecto comenta el Dr. Leonardo Espinosa Quintero en su obra “Hacia la Arbitrabilidad como regla general en el sistema contractual colombiano: Elementos de Análisis”, que “*el arbitramento, es un mecanismo de carácter procesal que inicia y define sus características propias en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, pero que, a su vez, deriva su eficacia de la interacción con las normas y tribunales nacionales. El arbitraje es, pues, una “simbiosis” entre un proceso jurisdiccional y un contrato, en tanto proviene de un acuerdo de voluntades, pero no se restringe a ello.*” (Espinosa Quintero, 2010)

Esta institución tiene como fundamento constitucional el inciso 4º del artículo 116 de la Constitución Política, que versa de la siguiente manera:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Negrillas y Subrayado fuera del original)

En ese mismo sentido, el Doctor Leonardo Espinosa Quintero menciona:

“Señala el citado artículo. 116 CN que [...] excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. En efecto, del artículo constitucional en comento se extractan dos tipo o clases de administradores de justicia: por una parte, los Administradores Tradicionales de Justicia (en adelante ATJ), entendidos éstos como las diferentes instancias y entes de la Rama judicial (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía, tribunales y jueces), y los Administradores Excepcionales de Justicia (en adelante AEJ), dentro de los cuales se ubican: i) las autoridades administrativas y ii) los particulares.” (Espinosa Quintero, 2010)

Igualmente, el Arbitraje encuentra su fundamento legal en varias normas del ordenamiento jurídico, entre ellas, el artículo 8º de Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que consagra expresamente los métodos alternativos de solución de conflictos, y se refiere especialmente a la institución del Arbitraje, cuando menciona que *los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...) árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.*

Sin embargo, actualmente contamos con una legislación novedosa, reciente y preponderante a las demás normas, que trata de compilar en su integridad todos los asuntos concernientes al mecanismo del Arbitraje, contenida en la Ley 1563 de 2012 mediante la

cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, y el Decreto 1829 de 2013 por el cual se reglamentan algunas de sus disposiciones. Antes de entrar en detalle de las normas que la componen ambos cuerpos legislativos, es importante mencionar que la Ley 1563 de 2012 fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, la cual mediante Sentencia C-305 del 22 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expresó:

“...el arbitramento es “un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido” y, por lo tanto, los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades.

De conformidad con lo indicado, aunque medie un acuerdo de voluntades entre las partes en disputa para habilitar a los árbitros, es la Constitución Política la que provee el fundamento último del arbitramento y, por ende, de la posibilidad de que mediante él se resuelva “en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia”, lo cual implica que “los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional, inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, “es función pública”.

En ese orden de ideas, teniendo claro el concepto y los fundamentos constitucionales y legales del Arbitraje, es necesario observar aquello que algunos autores como Leonardo Espinosa Quintero han denominado la “materia arbitrable”.

“Desde el arbitraje, es evidente que los particulares son autorizados por la norma constitucional para ser AEJ, en calidad de conciliadores o árbitros, de forma transitoria, previa habilitación por las partes y en los términos que determine la ley. Sobra decir que, en todo caso, el acceso a la figura se supedita a la existencia de materias o asuntos que sean transables o que constituyan materia arbitrable.” (Espinosa Quintero, 2010), (Subrayado y negrilla fuera del original)

Ello debido a la connotación que tiene un entendimiento razonable del ámbito material de dicha institución, con los litigios surgidos de la prestación del servicio médico, especialmente aquellos atinentes a la responsabilidad médica, a efectos de determinar si estos últimos habrán de enmarcarse dentro de la primera. En ese sentido, los límites materiales del arbitraje se circunscriben sencillamente a dos eventos:

1. Asuntos de libre disposición.
2. Asuntos que, sin ser de libre disposición, autorice expresamente la ley como materia arbitrable.

Así lo establece el inciso primero del artículo 1º de la ley 1563 de 2012, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.” (Subrayado fuera de original)

En lo que respecta a la conflictos derivados de la prestación del servicio médico que prediquen de sí mismo una eventual responsabilidad civil, ora contractual ora

extracontractual, debemos decir que no existe una norma jurídica que expresamente otorgue su competencia o conocimiento a un tribunal de arbitramento. En ese sentido, no nos podemos ubicar en el segundo de los eventos que trae el enunciado normativo a efectos de determinar la competencia arbitral en materia de responsabilidad médica, y por lo tanto, debemos de analizar si dentro del primer evento habrá de adecuarse estos tipos de responsabilidad.

Ahora bien, ¿Qué habrá de entenderse por asuntos de libre disposición? Se ha considerado que la nueva normatividad en materia de arbitraje introdujo una modificación en cuanto el ámbito material de dicha institución, toda vez que las anteriores legislaciones mencionaban como asuntos susceptibles de tramitarse mediante arbitraje solo aquellos transigibles o renunciables, y ahora con la nueva legislación se habla de asuntos de libre disposición, ampliando el margen de controversias susceptibles de ser solucionadas por terceros particulares investidos temporalmente de jurisdicción. No obstante, la Corte Constitucional previendo la discusión terminológica y lingüística que habría de surtir con los términos “transigibles” o “de libre disposición”, pretendió eliminarla desde un principio, de la siguiente manera:

“En este orden, la jurisprudencia constitucional ha indicado, por ejemplo, que están excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.” (Sentencia C-294/95 M.P. Jorge Arango Mejía); como también que “los particulares investidos facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos.” (Sentencia C-1436/2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra). (Negrilla fuera de texto)

En diversos fallos - algunos de ellos ya citados - esta Corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. En sentencia T-057 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se señaló que “no resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y sobre los cuales no es posible habilitación alguna”. Igualmente, la Corte ha indicado que “las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición” (se subraya) (negrilla fuera de texto)

En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando LOS DERECHOS EN CONFLICTO SON DE LIBRE DISPOSICIÓN por su titular, es decir, QUE FRENTE A ELLOS EXISTA LA LIBERTAD DE RENUNCIA EN UN TODO O EN PARTE. ESTA CAPACIDAD DE RENUNCIA O DE DISPOSICIÓN, ES LO QUE DETERMINA EL CARÁCTER DE TRANSIGIBLE DE UN DERECHO O DE UN LITIGIO. ESTA LIBERTAD DE RENUNCIA ESTÁ DETERMINADA POR LA NATURALEZA MISMA DEL DERECHO y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.” (Subrayado, Negrilla y Mayúscula fuera de original) (Corte

Constitucional de Colombia, Sentencia C-098 de 2001, M.P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez)

Esta misma Corporación en pronunciamiento más reciente, Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, señaló lo siguiente:

*Por otra, parte no todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas. **“[e]n términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad”**. En distintas providencias se han identificado algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. Luego, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores.*

Por otra parte con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), que regulan el tema del arbitramento en los contratos administrativos, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000 precisó el alcance del arbitramento en esta materia. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles. En ese orden de ideas, se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado.”(Negrilla y subrayado fuera de original) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto)

En ese sentido, la Corte Constitucional desde épocas pasadas puso fin la confusión entre los conceptos de “transigibilidad” y “libertad de disposición” de los derechos, mediante la sabia decisión de asimilarlos. En efecto, al establecer que solo podrán ser objeto de un proceso arbitral aquellos asuntos de libre disposición, necesariamente habrá de hablarse de asuntos en los que se ven involucrados derechos de carácter transigible, y ello por la sencilla razón de que ambos conceptos se refieren a derechos en los que se tienen una libertad de renuncia, ya sea en parte, ya sea en todo. Dicha libertad de renuncia se deriva bien de la naturaleza del derecho, esto es, que sus elementos esenciales den lugar a decir que su titular o aquel que tiene vocación de serlo, puede “*hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento*” (Real Academia Española, 2014) del mismo, o bien mediante el otorgamiento que el legislador le hace a un derecho que en principio no tenía dicha calidad, evento que en últimas tendrá más peso para calificar o no el asunto como transigible, esto es, para determinar si para un determinado derecho se tiene aquello que la misma Corte denomina **“Capacidad Legal de Disposición”**.

Así las cosas, si observamos la definición de Responsabilidad Civil que trae el Doctor Javier Tamayo Jaramillo en el Tomo I de su obra “Tratado de Responsabilidad Civil” como aquella consecuencia jurídica en virtud de la cual quien causa un daño a un tercero de manera ilícita debe de indemnizarlo, y por lo tanto el nacimiento de un correlativo derecho en cabeza de la víctima (Tamayo Jaramillo, 2013), debemos concluir que se trata de un asunto que por su naturaleza es de carácter transigible, disponible o negociable, como quiera que el derecho que nace en cabeza de la víctima es renunciable, o dicho de otro modo, la víctima tiene capacidad legal de disposición por dos razones fundamentales: La primera es de naturaleza netamente jurídica, toda vez que a la luz del artículo 15 del Código Civil, el derecho surgido del hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad civil en cabeza de la víctima, únicamente se reporta en beneficio o interés de ella y no de otra persona, como quiera que el perjuicio sufrido que otorga el derecho a su reclamación tiene que cumplir entre otras cosas con la exigencia de ser directo y personal; además, la renuncia a ese derecho no está prohibida en ninguna norma jurídica existente hasta el momento. En ese sentido, cumple los dos requisitos que trae el artículo 15 del Código Civil para la renunciabilidad de los derechos, los cuales se subrayan dentro de la transcripción que se hace del enunciado normativo a continuación:

ARTICULO 15. <RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS>. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia.

La segunda razón alude a un ámbito más pragmático que jurídico. El derecho que adquiere la víctima contra el causante del daño se reviste de unos elementos esenciales que permiten predicar la naturaleza de renunciabilidad del derecho. En efecto, que exista un hecho ilícito, un nexo de causalidad jurídicamente trascendente, y que la institución del daño cumpla su vez con los requisitos traídos por la doctrina y la jurisprudencia, es decir, que sea cierto, lícito, actual, y especialmente directo y personal (Tamayo Jaramillo, 2013), permite decir que la víctima al encontrar acreditado todos los elementos anteriores, goza de una libertad casi absoluta de hacer con el derecho que recae en su cabeza lo que le plazca de acuerdo a su leal saber y entender, sin tener que depender de otro sujeto que le impida su actuar deliberado, salvo que se trate del Estado mismo al cual todo ciudadano está sujeto y sumiso. Es tanto así que si se observan las definiciones que trae la Real Academia Española sobre los conceptos de “Renuncia” y “Disposición”, nos encontramos que perfectamente el derecho a la indemnización del perjuicio sufrido por la víctima se ubica dentro de las descripciones que se proponen de ambos conceptos. Nótese que la definición de renuncia consiste en “*Hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener*” (Real Academia Española, 2014). La víctima perfectamente puede dejar voluntariamente el derecho que recae en su cabeza, en reposo, descanso o en quietud precisamente allí donde se ubica, en su cabeza, y en ese sentido, puede nunca haberse ejercido, nunca haberse reclamado, y quedarse inmutable hasta perder su vigencia por el transcurso del tiempo. Por otro lado, la definición que se trae para “disposición” es la siguiente: “*Acción y efecto de disponer*” (Real Academia Española, 2014), y si se busca la definición de “disponer” que propone la misma Real Academia Española nos encontramos que la cuarta acepción que se le otorga a dicho concepto es la de “*ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute*” (Real Academia Española, 2014). En ese orden de ideas, ocurre lo mismo que sucedía con

la calificación que se le atribuía al derecho de la víctima a reclamar los perjuicios ocasionados dentro del concepto de renuncia, y ello debido a que una vez radicado dicho derecho en cabeza del perjudicado, se reporta como único propietario del mismo y en ese sentido el único legitimado para ejercer las facultades propias del derecho de dominio. En efecto, si la primera de las facultades del derecho de dominio o propiedad del derecho a reclamar una indemnización es la de disponer sobre este derecho de acuerdo con los artículos 669 y 670 del Código Civil, no otra cosa puede concluirse que el derecho surgido de la Responsabilidad Civil también se enmarque dentro del concepto propuesto para “Disposición”, como quiera que se puede enajenar, usufructuar, gravar y demás facultades del derecho de dominio.

Así las cosas, la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien causa un daño a un tercero de manera ilícita tiene que indemnizarlo, que no es otra cosa que una obligación indemnizatoria, y su correlativo derecho en cabeza de la víctima, evidentemente se enmarcan o encuadran dentro del ámbito material del Arbitraje, así como dentro de los límites establecidos por la ley y la jurisprudencia para dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos. Ello es así como quiera que la propietaria de este derecho, esto es, la víctima, tiene capacidad legal de disposición, y por lo tanto los asuntos contractuales y extracontractuales que dan lugar a la responsabilidad son asuntos de libre disposición.

Ahora bien, cabe preguntarnos si los conflictos derivados de la prestación del servicio médico, en especial aquellas consecuencias jurídicas en virtud de las cuales aquellos principales intervinientes en la prestación del servicio médico causan un daño de manera ilícita y contraria a las obligaciones profesionales y *lex artis* que rige su actividad, a un tercero paciente o usuario afiliado o beneficiario de dicho servicio, o incluso a aquellas víctimas indirectas, y por lo tanto nazca la obligación de indemnizarlos sea su relación contractual o extracontractual, su correlativo derecho de indemnización radicado en cabeza de las víctimas (Deik Acosta-Madiedo, 2010), hacen parte o no del ámbito material de la institución del Arbitraje, esto es, si los asuntos de responsabilidad civil **médica** son materia arbitrable.

La respuesta es apenas lógica y evidente en la medida que los asuntos anteriormente descritos, se condensan en la denominación de “Responsabilidad Civil Médica”, y en ese sentido, se constituyen en una rama especializada de la responsabilidad civil en general, permitiendo llegar a la apresurada pero contundente conclusión de que la misma se enmarca dentro de los límites materiales consagrados a favor del Arbitraje. Ello es así como quiera que la responsabilidad médica comparte la misma naturaleza jurídica que tiene la responsabilidad civil en general, variando solamente la institución por la que se responde y la carga de la prueba de la culpa más no los elementos básicos y esenciales de la responsabilidad misma, y en ese sentido, de haberse acreditado todos los anteriores, y los propios de la institución de responsabilidad por la cual se responde, naturalmente surgirá un derecho en cabeza de las víctimas directas e indirectas de reclamar la indemnización de los perjuicios derivados de la prestación del servicio médico, derecho que compartirá la misma naturaleza de los perjuicios derivados de la responsabilidad civil, y por consiguiente ser de aquellos que solo van en interés de la víctima, su renuncia no está prohibida en la ley, se puede dejar inmutable voluntariamente hasta su extinción por el transcurso del tiempo, y por último se puede enajenar, usufructuar, gravar y demás facultades

provenientes del derecho de dominio que se tiene sobre este derecho de indemnización. En ese orden de ideas, los conflictos constitutivos de una responsabilidad civil médica serán asuntos de libre disposición, los derechos que se encuentran involucrados dentro de este campo son de carácter transigible, y así las cosas, se debe llegar a la indefectible conclusión que se encuentran inmersos dentro del ámbito material del mecanismo alternativo de solución de conflictos conocido como Arbitraje.

De acuerdo con lo anterior, se podría decir que en principio la competencia arbitral frente a las acciones de responsabilidad médica es perfectamente viable, y que las partes, si lo desean, tranquilamente podrían someter la solución de sus conflictos a la decisión de unos terceros particulares investidos transitoriamente de función jurisdiccional. Sin embargo el asunto no puede quedarse allí. Se tiene que trascender de una competencia material hacia una competencia formal que denominaremos “competencia habilitante”, como quiera no se agota en la simple ubicación del asunto sometido a litigio dentro del límite material del arbitraje, sino que se tienen que cumplir con requisitos y formalidades adicionales que le permitan al tribunal de arbitramento constituirse, revestirse de jurisdicción temporal, y una vez la tenga, conocer y decidir el asunto sometido a este mecanismo.

Teniendo claro lo anterior, la competencia formal o habilitante encuentra su principal fundamento en el pacto arbitral. Es indispensable la existencia de un pacto arbitral en cualquiera de sus clasificaciones y modalidades para poder acceder a la justicia arbitral, y en ese sentido habilitar a unos simples particulares para que administren justicia tal como la haría un juez de la república. La Ley 1563 de 2012 en sus artículos tres (3) al (6) consagra normativamente la teoría general del pacto arbitral, empero el enunciado normativo preponderante se encuentra en el artículo tercero de la enunciada ley, y que versa de la siguiente manera:

Artículo 3. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.

El enunciado normativo es afortunado en cuanto a su redacción gramatical, toda vez que la claridad que se desprende de su lectura alcanza un nivel de comprensión y entendimiento sobre la figura jurídica que pretende definir y consagrar. Adicionalmente, tal como lo dispone el artículo 27 del Código Civil “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.” Siendo ello así, el pacto arbitral es la combinación entre la manifestación de voluntad de las partes involucradas en

un conflicto, y los límites materiales impuestos por la ley, la doctrina, y la jurisprudencia al proceso arbitral. (Espinosa Quintero, 2010) En ese sentido, se convierte en un negocio jurídico independiente del contrato donde se plasma o del conflicto que pretende someter al arbitraje, en virtud del cual dos partes, sean personas naturales o jurídicas, de derecho privado o de derecho público, someten o se obligan a someter sus controversias a la decisión de unos particulares que adquieren la calidad de verdaderos jueces de manera transitoria. El pacto arbitral se clasifica de acuerdo a la carga de su prueba en un pacto expreso o tácito, donde el pacto arbitral expreso, a su vez se clasifica en cláusula compromisoria o compromiso.

Estamos en presencia de un pacto arbitral expreso cuando las partes de manera libre y voluntaria consigan dentro del cuerpo de un contrato o en documento separado inequívocamente referido a este contrato (cláusula compromisoria), o en cualquier otro documento que cumpla con ciertos requisitos (compromiso) la voluntad de someter sus controversias al trámite arbitral. En efecto, existen dos tipos de pactos arbitrales expresos que habilitan al tribunal de arbitramento para conocer de los asuntos sometidos a este mecanismo alternativo del arbitraje: la cláusula compromisoria y el compromiso. En primer lugar, la cláusula compromisoria la establece el artículo 4° del Estatuto de Arbitraje de la siguiente manera:

“Artículo 4. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.

La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.”

Tal como lo establece el artículo transcrito, la cláusula compromisoria es el pacto arbitral propio del mundo jurídico de los contratos, bien porque haga parte del cuerpo inicial del contrato o bien porque se pacte de manera aislada en documento independiente bajo el cumplimiento de los requisitos exigidos en ley. Anteriormente se consideraba que el pacto arbitral tenía como elemento de existencia el cumplimiento de una solemnidad de aquellas que se establece en consideración al negocio jurídico, y no en consideración a la calidad de las partes, es decir, se consideraba que el pacto arbitral era un negocio jurídico solemne cuyo nacimiento a la vida jurídica dependía de la existencia del documento físico contentivo del mismo con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad vigente, de lo contrario, el pacto arbitral era inviable y en ese sentido, el tribunal de arbitramento era incompetente para conocer de cualquier asunto que se pretendiera someter a su conocimiento. Sin embargo, con la legislación actual se modificó la naturaleza jurídica del pacto arbitral convirtiéndolo en un negocio jurídico consensual, cuyo nacimiento a la vida jurídica no requiere de la existencia de un documento físico contentivo del mismo. Así, a pesar de que no se tenga del documento físico que incorpore el pacto arbitral, las partes si desean someter su conflicto al conocimiento y decisión de un tribunal de arbitramento, perfectamente el demandante podrá interponer la demanda ante cualquier centro de arbitraje de la ciudad, afirmando que entre las partes se celebró y existe un pacto arbitral, incluso transcribiendo sus condiciones, y el demandado contestar la demanda o realizar cualquier actuación que se le permita dentro del término de traslado, sin expresar objeción alguna sobre la existencia o no de este pacto, y por lo tanto de manera tácita o

implícita aceptar dicho pacto arbitral, continuando con el proceso hasta su culminación y decisión final, de conformidad con el párrafo del artículo 3º, el inciso 5º del artículo 20, y el inciso 4º del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012. No obstante, también suele suceder que el demandante presente la demanda ante la justicia ordinaria o contenciosa, y el demandado excepcione la existencia del pacto arbitral como excepción previa y el demandante guarde silencio o no objete su existencia dentro del término que se le otorga para el efecto, permitiendo su aceptación de manera tácita, su reconocimiento por parte de la justicia ordinaria, y la remisión del conflicto a la justicia arbitral. Esto es lo que algunos autores denominan “el pacto arbitral implícito”, que no es otra cosa que un pacto arbitral cuya manifestación de voluntad se otorgó de manera tácita mediante la realización de una conducta activa u omisiva inequívocamente dirigida a la aceptación de dicho pacto.

Todo lo anterior para decir que en principio el único elemento de existencia que requiere la cláusula compromisoria, es aquel que establece que la misma sea celebrada válidamente con anterioridad a la ocurrencia del conflicto que se pretende someter al mecanismo alternativo del Arbitraje. No obstante, si se dijera que la cláusula compromisoria necesariamente habrá de constar en documento, sea el contrato mismo cuyas dificultades entre las partes pretende cobijar, o bien se consigne en cualquier otro tipo de documento válido y reconocido por el ordenamiento jurídico para ser tal y no otro tipo de pacto arbitral como el tácito o el implícito, encontraría fundamento jurídico en la legislación arbitral actual, y sería la posición más lógica en cuanto a los elementos esenciales de la cláusula compromisoria. Lo que si exige la norma es que si la cláusula arbitral es consignada en documento independiente del contrato, para que produzca efectos jurídicos necesariamente habrá de cumplir con dos requisitos: que se indique de forma precisa el contrato que pretende cobijar sus conflictos, y las partes que celebran ese negocio jurídico arbitral. Algunos autores sostienen que solo podrán ser objeto de cláusula arbitral los asuntos netamente contractuales y nunca los extracontractuales, sin embargo, consideramos que con esto se confunde la naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria, con la naturaleza de los conflictos que le sirven de objeto, ello debido a que perfectamente se pueden someter conflictos originados con ocasión del contrato y no como consecuencia del mismo, cuya naturaleza es especialmente extracontractual, y aun así ser objeto del negocio jurídico arbitral materializado en la cláusula compromisoria cuya naturaleza es netamente contractual.

Por otro lado, otra modalidad de pacto arbitral expreso, es aquel que se conoce como “compromiso”, cuya característica principal consiste en la de ser un contrato habilitante de competencia de arbitral cuando el conflicto ya surgió, es decir, cuando el conflicto es presente y determinado al momento de celebrar este tipo de negocio jurídico arbitral. Este es el elemento esencial por excelencia del compromiso, y diferenciador de la cláusula arbitral, como quiera que el primero exige que el conflicto esté presente y determinado, sin importar que se haya iniciado o no un proceso judicial para su solución, y la segunda solo podrá pactarse cuando el conflicto sea futuro y determinable, lo que da lugar a que no exista ninguna acción judicial en curso, puesto que no existe ningún conflicto a dirimir. Adicionalmente, la Ley 1563 de 2012 trae como exigencias de este negocio jurídico arbitral los siguientes:

“Artículo 6. Compromiso. El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:

1. *Los nombres de las partes.*
2. *La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.*
3. *La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar.”*

Tal como lo dispone el artículo transcrito, el compromiso debe consignarse en cualquier documento que sea válido y reconocido por el ordenamiento jurídico, en el que se establezcan las partes que desean someter su conflicto presente y actual al mecanismo del arbitraje, la simple identificación del conflicto que someten a arbitraje, no requiere de una descripción fáctica y jurídica del conflicto sino simplemente de su individualización sencilla y razonable; y por último la indicación del proceso judicial que se haya en curso y el estado en el que se encuentra, toda vez que no podrá celebrarse un contrato de compromiso cuando ya sea emitida decisión de primera instancia por parte del juzgador que conoce del asunto. La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al afirmar que mediante el compromiso se pueden someter asuntos tanto contractuales como extracontractuales a un trámite arbitral.

Así las cosas, sea que se acuda a la cláusula compromisoria o a el compromiso como modalidades del pacto arbitral expreso, o bien que se elija la vía del pacto arbitral implícito, necesariamente el pacto arbitral como competencia formal o habilitante del tribunal de arbitramento, habrá de estar presente cada vez que se pretenda someter un asunto de libre disposición o aquel que autorice la ley a este mecanismo de arbitraje. Ello es así como quiera que el pacto arbitral constituye un derrotero fundamental, una carta de navegación, una guía, tanto a las partes que se encuentran o se llegaren a encontrar en un conflicto, como al tribunal de arbitramento al momento de calificar su competencia. En ese orden de ideas, el pacto arbitral suele establecer la sede donde funcionará y sesionará el tribunal de arbitramento, el centro de arbitraje donde se adelantará dicho proceso, el número de árbitros que integrarán el tribunal, las personas que elegirán los mencionados árbitros, las reglas a las cuales se sujetará todo el trámite arbitral, la naturaleza del laudo arbitral que pondrá fin al conflicto, y especialmente aquellos asuntos que serán objeto de conocimiento, análisis y decisión por parte del tribunal de arbitramento, excluyendo o incluyendo expresamente asuntos de mayor trascendencia e importancia para las partes. De no estar incluidos los anteriores elementos en el pacto arbitral, la Ley 1563 de 2012 suple todos los vacíos que hubieren dejado las partes, con el propósito de otorgarle competencia al tribunal de arbitraje. Así que, los árbitros están sujetos dentro de su competencia a unos límites formales y materiales dentro los cuales se encuentran habilitados para administrar justicia de manera temporal y desarrollar su función. En el evento en el que el tribunal de arbitramento sobrepase los límites establecidos en el pacto arbitral, o en su defecto en la ley, no se encontraría habilitado para realizar aquellas conductas que sobrepasaron las barreras impuestas, generando como consecuencia su incompetencia frente a lo actuado, y su nulidad manifiesta por falta de jurisdicción y competencia.

Teniendo claro lo anterior, debemos decir que la teoría general del pacto arbitral como requisito formal o habilitante de la competencia de los árbitros frente al conocimiento y decisión de un asunto en específico, aplica plenamente a los conflictos surgidos de la prestación del servicio médico, especialmente la indemnización de los perjuicios derivados de un hecho contrario a las obligaciones profesionales o *lex artis* que

dé lugar a una responsabilidad médica. Para ello es necesario tener en cuenta los principales actores o intervinientes en la prestación del servicio médico expuestas en el capítulo anterior, estos son, los pacientes o usuarios (sean afiliados o beneficiarios del sistema), las entidades promotoras de salud (EPS), las instituciones prestadoras del servicio (IPS), y los médicos profesionales.

Lo primero que hay que decir es que el vínculo contractual inicial se surte siempre entre la persona natural solicitante de afiliación al sistema de salud (usuario), y la empresa afiliadora, empresa promotora de salud (EPS). Algunos dudan sobre la naturaleza contractual de la afiliación que se surte entre el primero y el segundo, teniendo como base la prohibición expresa que tienen las EPS de negarse a dicha afiliación, y en ese sentido, sustentan una inexistencia de la autonomía de la voluntad por parte de la entidad desfigurando así el vínculo contractual. Sin embargo, la realidad es que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, casi de manera unánime afirman la existencia de un vínculo contractual entre estos dos sujetos equidistantes de la relación.

Pues bien, se pregunta entonces si en el contrato de cláusulas predispuestas o de adhesión, en virtud del cual se logra la afiliación de una persona natural al sistema básico o preferencial de salud, documento sin el cual la persona no resulta ser afiliada, es válido insertar un pacto arbitral en su modalidad de cláusula compromisoria. La pregunta únicamente va dirigida en cuanto a la cláusula compromisoria, como quiera que una vez ocurrido el hecho ilícito que genera responsabilidad médica en cabeza de los distintos intervinientes en la prestación del servicio médico (EPS, IPS, Médico Profesional, etc.), perfectamente puede celebrarse un contrato de compromiso en el que todas y cada una de las partes de la relación jurídica indemnizatoria (Victimas e Intervinientes del Servicio Médico), deciden someter la decisión de dicho asunto a un tribunal de arbitramento cuya competencia estaría delimitada en lo consignado en el compromiso, y en su defecto en lo dispuesto en la ley. Lo anterior sería aplicable incluso cuando las víctimas directas e indirectas hayan demandado a la EPS, a la IPS, y al médico profesional ante la justicia ordinaria, siempre que no haya providencia de primera instancia que ponga fin al asunto sometido a litigio. Allí el problema sería casi inexistente al ser la autonomía de la voluntad de las partes la que habilita a los árbitros para conocer y decidir el conflicto presente y determinado derivado de una prestación del servicio médico. Por esa razón, es en el campo de la cláusula compromisoria donde se presenta el problema de inclusión en el contrato de afiliación y prestación de servicios médicos por parte de la empresa promotora de salud, más aun cuando la prestación del servicio médico se encuentra inmersa dentro de una relación de consumo.

En principio debemos decir que los contratos de adhesión son perfectamente válidos en Colombia, ampliamente reconocidos y aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, encontrando su fundamento como todo contrato en el principio de la autonomía de la voluntad manifestado en la adherencia voluntaria y libre que hace la parte débil al contrato predispuesto. Se ha dicho por la jurisprudencia, y especialmente por la doctrina, que en estos contratos generalmente existen dos partes en posiciones y calidades distintas. Una en posición dominante y otra en posición dominada o débil. Se dice que se está en posición dominante cuando se cumplen dos requisitos: la imposición del contenido negocial (1) y la administración del contrato durante toda su ejecución (2).

Al respecto, La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 14 de diciembre de 2011, Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Referencia C- 1100131030142001-01489-01, expreso que:

“Los bancos ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación.”

Digamos que el problema no radica en que se tenga una posición dominante respecto de una relación estrictamente comercial, sino que se abuse de dicha posición; lo cual ocurre cuando se incrustan dentro del contrato por adhesión cláusulas que por su redacción y contenido revisten el carácter de abusivas. Así lo entiende la Corte en la misma sentencia, cuando afirma que

“La entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no está habilitada para no hacer honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido comercial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica.” (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), (Negrilla y Subrayado fuera del original)

Sin embargo, ¿cuándo se considera que una cláusula contractual es abusiva? La Dra. Verónica María Echeverri Salazar en su obra “El Control a las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión con Consumidores” considera que:

“Una cláusula abusiva es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes. El Estado debe controlar la implementación de las mismas, lo cual implica una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, razón por la que se ha discutido en el ámbito internacional el ámbito de dicho control. Pese a dichas discusiones, es claro que el control (que puede ser legislativo, administrativo o judicial) procede cuando se presenta un contrato de adhesión con un consumidor. El control judicial que se hace de ellas puede ser a través de la declaratoria de inexistencia, de ineficacia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa. (Echeverri Salazar , 2011)

A su vez, el Dr. Ernesto Rengifo en su obra “Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante” afirma que:

“Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general

puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, prima facie, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Pero incluso también puede haber cláusula abusiva tratándose de condiciones generales entre profesionales por cuanto habrá condición abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes.” (Rengifo, 2004)

Así mismo, la Dra. Andrea Pérez Forero en su obra “Cláusulas Abusivas y su Regulación a la Luz de la Ley 1480 De 2011: ¿Compatibilidad o Dicotomía?” afirma que:

“Puede entonces considerarse la cláusula abusiva como una sanción, al momento de configurarse una reprobación por parte del ordenamiento frente a una actuación abusiva de quién se encuentre en posición dominante (Suescún de Roa, 2009, p. 8). Sobre el tema, también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, sentenciando que la cláusula abusiva opera cuando “se emplea con exceso o anormalidad el poder de negociación para introducir en el contrato estipulaciones que generen un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad” (Corte Suprema de Justicia, Expediente núm. 3972).” (Pérez Forero, 2013)

En todo caso, existen dos sistemas para determinar cuándo una cláusula adquiere su calidad de abusiva: el primero consiste definir el concepto de cláusula abusiva, y cotejar cada cláusula contractual con la mencionada definición; el segundo sistema consiste en la famosa lista negra en virtud de la cual se consignan todas aquellas cláusulas cuyos contenidos se han considerado tradicionalmente como abusivas, y todas aquellas que de allí en adelante habrán de considerarse como tales. Así lo ha entendido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que:

*“En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado **sistema de “lista negra”**, acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o **también a la idea general adoptada en la Ley 1480 de 2011**, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.”* Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Jaime Alberto Arrubla Pauca), (Negrilla y Subrayado fuera del original)

Nuestra legislación ha sido fluctuante en aplicar uno u otro sistema, contando actualmente y de manera preferente con la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, en la que se aplica un sistema mixto materializado en la consagración legal de una definición de cláusula abusiva en su artículo 42, por un lado, y por el otro la aplicación de una lista negra en la que se consagran doce numerales de cláusulas contractuales cuyos contenido habrán de entenderse como abusivos. En efecto, el artículo 42 del Estatuto del Consumidor expresa:

ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las

mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

De igual manera, el artículo 43 hasta el año 2012 consagraba dentro de su lista negra lo siguiente:

“ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...)

12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. (...)”

En ese orden de ideas, no podemos desconocer que la empresa promotora de salud (EPS) se encuentra en una posición dominante frente al afiliado y sus beneficiarios, al cumplir con los dos requisitos que ha consagrado la jurisprudencia para el efecto (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Jaime Alberto Arrubla Pauca). Sin embargo el hecho que la misma tenga posición dominante no quiere decir que se esté en presencia de un contrato de afiliación *per se* abusivo. Partiendo de la base que la naturaleza de la prestación del servicio médico habrá de enmarcarse dentro las grandes parcelas de la relación de consumo, al adecuarse tanto subjetiva como objetivamente a todos los elementos de dicha relación, habrá de concluirse que el Estatuto del Consumidor habrá de aplicarse en lo pertinente a toda la prestación del servicio médico, obviamente bajo el principio *mutatis mutandis* de acuerdo con las reglas propias del arte médico (Espinosa Quintero, 2010). Así las cosas, para observar si la empresa promotora de salud ha abusado de su posición dominante, habrá de observarse si en el contrato de adhesión se han consignado cláusulas que produzcan un desequilibrio injustificado en perjuicio de su afiliado o beneficiarios, o que en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el afiliado o beneficiario puede ejercer sus derechos surgidos del contrato predispuesto. De igual manera habría que revisar si dentro del clausulado contractual se encuentra alguna estipulación cuyo contenido se vea inmerso en alguno de los numerales que se encuentran en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 bajo el sistema de lista negra, como quiera que dichos contenidos contractuales el legislador consideró de plano como productores de un desequilibrio injustificado en perjuicio de los consumidores, o que en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos surgidos del contrato predispuesto. El análisis lógico y razonable del asunto necesariamente habrá de comenzar por la lista negra consagrada en el artículo 43, y una vez se observe que las estipulaciones contractuales no están inmersas en alguno de sus numerales, debe cotejarse cláusula por cláusula con la definición que trae el artículo 42 del Estatuto del Consumidor.

En ese sentido, si la cuestión que nos abarca es la de establecer si una cláusula compromisoria incrustada dentro de un contrato de afiliación con cláusulas predispuestas por una EPS adquiere la calidad o no de cláusula abusiva, habremos de observar en principio los numerales del artículo 43 de la ley 1480 de 2011. Hasta el año 2012, el análisis realizado a la cláusula compromisoria arrojaría como resultado un indeseado pero

contundente caso afirmativo de cláusula abusiva, ello debido a que el Estatuto del Consumidor de manera expresa consagró como cláusulas abusivas en el numeral 12 del artículo 43 aquellas cuyo contenido “*obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*” Así cualquier inclusión de cláusula compromisoria dentro de ese contrato de afiliación, tendría como sanción el ser ineficaz de pleno derecho, por lo tanto, aun cuando materialmente los conflictos surgidos de la prestación del servicio médico como relación de consumo, en especial aquellos atente a la responsabilidad civil médica, pudieran otorgar competencia a un tribunal de arbitramento, hasta el 2012 estos eran incompetentes o inhábiles para conocer y decidir dichos asuntos que se pretendían someter al arbitraje, al ser esa competencia habilitante o formal materializada en el pacto arbitral, una estipulación de carácter abusivo y por consiguiente ineficaz de pleno derecho.

¿Qué paso entonces? Afortunadamente la Ley 1480 de 2011 entró a regir solo a partir del 12 de abril de 2012 (art. 84), quedando este numeral vigente solo hasta el 12 de octubre de 2012 fecha en la que empezó a regir la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (art. 119), que lo derogó expresamente en su artículo 118. Cinco (5) meses de proscripción absoluta del pacto arbitral en los contratos de afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Una de las variadas razones de tal derogación consiste en una visión globalizada, en una observación que debió hacerse el legislador de la mayoría de países del mundo se estaba permitiendo y adelantando procesos arbitrales para conflictos originados de relaciones de consumo, sin que la teoría de la cláusula abusiva se considera aplicable dentro de dichos pactos arbitrales (Espinosa Quintero, 2010), y que la consagración del numeral 12 del artículo 43 del Estatuto del Consumidor fue desafortunada y decimonónica.²

² Al respecto, obsérvese el ejemplo de México con su modelo de **Arbitraje Médico** donde puede tomar tres modalidades: arbitraje de amigable composición, arbitraje en equidad o en conciencia, y arbitraje en derecho. Dentro de ellas el modelo interesante es aquel denominado “el arbitraje en estricto derecho o en conciencia” el cual consiste en “*un procedimiento mediante el cual las partes, en forma voluntaria, someten una controversia presente o futura al conocimiento de un tercero, ajeno a ella, llamado árbitro, a efecto de que él mismo, siguiendo el procedimiento acordado por las partes o establecido por la ley, rinda una decisión final llamada laudo.*” (Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 2003)

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico resuelve el litigio según las reglas del derecho, y lo debidamente probado por las partes. Su representación a nivel local se realiza a través de Comisiones de Arbitraje Médico. Al respecto se menciona que:

“Las Comisiones de Arbitraje Médico poseen una naturaleza jurídica sui generis, que no posee ninguna otra institución técnico-médica, pues se trata de árbitros conforme a la legislación civil aplicable y además actúan como amigable componedores o arbitradores y peritos institucionales. Por ello es necesaria su autonomía técnica, lo que les permite estudiar cualquier problema de atención médica a fin de proponer soluciones.” (Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 2003)

La Cláusula Compromisoria y el Compromiso son entendidos de una manera distinta a lo consagrado legalmente en el ordenamiento jurídico Colombiano. El Modelo Mexicano de Arbitraje México concibe dichas figuras de la siguiente manera:

La cláusula compromisoria, es aquella que las partes acuerdan incluir en un convenio como una cláusula más, pero en ella pactan que cualquier conflicto que se suscite con motivo de la interpretación, cumplimiento y ejecución del convenio, lo someterán a un arbitraje. En esta cláusula no es necesario que las partes señalen el árbitro ni las reglas arbitrales a las que se someterán, pues dicha cláusula compromisoria es un convenio preparatorio en el que las partes contraen obligaciones de hacer y que consisten en que se comprometen a someter cualquier posible controversia que se dé con motivo del convenio a un procedimiento arbitral. Por su parte el compromiso arbitral, ya es el convenio definitivo en el que las partes deben señalar con toda precisión la materia del arbitraje; las reglas arbitrales a que se someterá el procedimiento, es decir la duración del arbitraje, la forma y presentación de la demanda, la forma y término en que deberá contestarse y en su caso formularse la reconvencción, la forma en que se ofrecerán y desahogarán las pruebas y los términos para hacerlo, los requisitos que deberá contener el laudo que se dicte, la procedencia o no de algún recurso y los requisitos para la ejecución del laudo; de ser posible también se indicará el árbitro o árbitros que resuelvan la disputa, en el entendido de que si no lo hacen podrán acudir al juez para que él determine quién o quienes arbitrarán dicho procedimiento. Cabe señalar que nada impide que en la cláusula compromisoria se contenga en realidad el compromiso arbitral.

(...)La Comisión únicamente podrá arbitrar cuando las partes se sometan de manera libre, voluntaria y expresa al proceso arbitral respectivo, el cual es más flexible que el judicial, con posibilidades de resolver diferencias en un tiempo más corto que en los tribunales del Estado, bajo la modalidad de un juicio de expertos, lo que garantiza un pronunciamiento objetivo e imparcial. La naturaleza de las quejas o inconformidades que presentan los usuarios, es muy importante el adecuado entendimiento de la práctica médica, su justa interpretación, el cumplimiento de la lex artis, la deontología y la normativa aplicable, por lo que resulta necesaria la participación directa y responsable del médico como titular del módulo arbitral y la intervención que corresponda al personal jurídico de apoyo.” (Comision Nacional de Arbitraje Médico, 2003)

Las mismas problemáticas surgidas como consecuencia o con ocasión de la prestación del servicio médico que vivimos actualmente en Colombia, tuvieron su presencia importante en México (Tena Tamayo, 2002), lo que conllevó a que éste último lo considerara un conflicto de salud pública, con la urgente necesidad de una solución vinculada a nivel administrativo con el Sistema Nacional de Salud, sin que ello implicara la creación de una nueva instancia procesal. Por ello, se consideró que “Desde el ángulo de la doctrina internacionalmente aceptada son conocidas las limitaciones del proceso jurisdiccional en rubros de alta especialización, por ello los organismos internacionales de derecho procesal han recomendado fortalecer el análisis y resolución de controversias por personal médico en vía de arbitraje.” (Comision Nacional de Arbitraje Médico, 2003) De allí que se crearan las comisiones de arbitraje médico como organismos públicos descentralizados o como órganos desconcentrados dependientes de las Secretarías de Salud, actuando en calidad de Árbitros donde solucionan el fondo del litigio, pueden endilgar responsabilidad civil de los distintos intervinientes de la prestación del servicio médico, fijar el monto de daños y perjuicios, y condenar su resarcimiento a favor de las víctimas

Los pactos arbitrales *per se* no deberían considerarse como estipulaciones productoras de un desequilibrio injustificado en perjuicio de los consumidores, o que en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos surgidos del contrato predispuesto, y en ese sentido, la naturaleza del pacto arbitral no implicaba un abuso de la posición dominante que tuviera el productor o fabricante. El legislador decidió entonces eliminar de la lista negra aquella estipulación que consideraba al pacto arbitral como cláusula de carácter abusivo, y dejar su consagración en principio válida, pero sometida como cualquier otra cláusula contractual al segundo análisis del artículo 42 del Estatuto del Consumidor, cuyo resultado dependerá de las condiciones y circunstancias que rodeen el caso concreto. Incluso, le dejó abierta la puerta al Gobierno Nacional para que vía reglamentación de la Ley 1563 de 2012 se ideara una forma de pacto arbitral que por sí mismo superara el estricto filtro del artículo 42 del Estatuto del Consumidor. Oportunidad que el Gobierno Nacional aprovechó a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, toda vez que mediante Decreto 1829 del 2013 se reglamentó entre otras cosas varias disposiciones de la Ley 1563 de 2012, cuyo resultado no fue otro que consagrar con fuerza normativa una novedosa forma de pacto arbitral que lograra por sí mismo superar el estrecho filtro del artículo 42 del Estatuto del Consumidor. Ésta adquirió en el derecho arbitral colombiano la denominación de “Pacto arbitral en contratos de adhesión”, cuyo desarrollo se encuentra en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013. El Gobierno Nacional al reflexionar sobre la modalidad de pacto arbitral que pretendían consagrar en ejercicio de la oportunidad otorgada por el legislador, y teniendo todo un universo de figuras jurídicas a la espera de ser utilizadas y tomadas como fundamento, acudió a una pequeña institución jurídica consagrada años y años atrás, esto es, a inicios del siglo XX, en una pequeña ley olvidada en la historia. Esa figura jurídica se conoce como la “Opción”, la cual fue consagrada en el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 23. La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz.

La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse.

Las partes pueden ampliar o restringir este plazo.”

demandantes, con el beneficio que los laudos generan el carácter de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

No obstante, en Colombia no tenemos una institución pública y administrativa dedicada exclusivamente al Arbitraje Médico con todas y cada una de las ventajas que han traído para la prestación del servicio médico, y por lo tanto, nos corresponde analizar las vías legales y jurisprudenciales que nos trae el ordenamiento jurídico para justificar el conocimiento y resolución de los conflictos responsabilizatorios derivados de la prestación de servicios médicos por parte de un tribunal de arbitramento.

La Opción es una institución jurídica en virtud de la cual una parte se compromete al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer algo frente a otra, siempre y cuando se cumpla un plazo o una condición. Generalmente dicha condición consiste en la manifestación de voluntad que pueda realizar la parte en cuyo favor se concede el compromiso, de aceptar o no la realización de la prestación. Sin embargo, dicha aceptación no queda sujeta a un término indefinido, sino que la misma ley establece que deberá aceptarse o negarse dentro de un término o plazo establecido. Dicha figura fue la que el Gobierno Nacional consideró más adecuada para servir como fundamento de aquel pacto arbitral que no habría de considerarse como abusivo dentro un contrato predispuesto o de adhesión. La novedosa idea fue consagrada en el Decreto 1829 de 2013 de la siguiente manera:

*“Artículo 80. **Opción** de pacto arbitral. En todo contrato, y **en particular, en el de adhesión o contenido predispuesto, se podrá incluir el pacto arbitral como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918.** La estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato.*

La parte a cuyo favor se concede la opción de pacto arbitral, podrá aceptarla o rechazarla, y hacerla efectiva con la presentación de la solicitud ante el Centro de Arbitraje para resolver las controversias que se deriven de dicho contrato.** La aceptación será expresa, libre, espontánea y en ningún caso impuesta ni se presume por la celebración del negocio jurídico. **La falta de aceptación al instante de celebrar el contrato, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral.

*Salvo estipulación expresa en contrario, **el término de vigencia de la opción es de un (1) año, contabilizado a partir de la celebración del contrato.**”*

De conformidad con el enunciado normativo transcrito, cualquier contrato, y en especial en aquel cuyas cláusulas son predispuestas o de adhesión, podrá pactarse una cláusula compromisoria bajo la figura jurídica de la opción. De manera clara se observa que el compromiso de llevar los conflictos surgidos del contrato de adhesión que se celebra al mecanismo alternativo del Arbitraje, viene de la parte que tiene posición dominante de la relación jurídica, y que la persona en cuyo favor se concede dicha opción o compromiso, naturalmente habrá de ser la parte débil de la relación contractual, por lo menos en los contratos de adhesión, y en los contratos en los que media una relación de consumo.

Nótese que la parte en cuyo favor se concede la opción tiene la posibilidad de actuar en tres momentos diferentes:

1. La primera oportunidad para actuar aparece al momento de celebrar el contrato de adhesión. Ello es así porque es el único momento en el que la norma le da la posibilidad a la parte débil de la relación de aceptar, no la cláusula compromisoria como tal, sino la oportunidad de decidir dentro del año siguiente si desea o no someterse a la cláusula compromisoria propuesta bajo la figura de la opción. Es decir, si acepta la figura de la opción, más no la cláusula compromisoria propiamente dicha. Así lo establece el artículo 80 del Decreto en mención cuando expresa que “...*La falta de aceptación al instante de celebrar el contrato, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral*”. En los mismos términos se expresa el inciso final del artículo 81 del mencionado Decreto. Si no se dice nada al momento

de la celebración del contrato de adhesión se entiende que no se aceptó la oportunidad de decir dentro del año siguiente, esto es, la figura misma de la opción.

2. La segunda oportunidad para actuar se surte dentro del año siguiente a la celebración del contrato de adhesión en el que se aceptó la oportunidad de decidir si se sujeta o no a la cláusula compromisoria. En efecto, el término de un (1) año que trae la norma para la vigencia de la opción, no es otra cosa que el término que tiene la persona en cuyo favor se concedió la misma para decidir si acepta la cláusula arbitral tal como consta en el contrato de adhesión o si por el contrario la rechaza. La aceptación puede darse de dos maneras: una aceptación expresa mediante una comunicación verbal o escrita dirigida a la parte dominante de la relación contractual en la que expresamente acepta la cláusula compromisoria tal cual se consagra en el contrato celebrado; o una aceptación tácita que surte con la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje consignado en la cláusula compromisoria que se pretende aceptar, siempre que se sometan a decisión de un tribunal de arbitramento elegido de conformidad con dicha cláusula, los conflictos que se hayan pactado como ámbito de competencia material de acuerdo a la mencionada cláusula. Por otro lado, el rechazo de la cláusula compromisoria también podrá realizarse de dos maneras: un rechazo expreso que se surtirá de la misma forma que la aceptación, o un rechazo tácito que se materializa en el silencio e inactividad de la persona en cuyo favor se concedió la acción durante el año siguiente a la celebración del contrato, dejando vencer el periodo de vigencia de la opción otorgado por la norma, o mediante la presentación de la demanda ante la justicia ordinaria durante ese periodo.
3. El tercer y último momento para actuar aparece una vez cumplido el año de vigencia de la opción concedida, y fuere aceptada la cláusula compromisoria por parte de la parte débil contractual. En ese caso, la parte débil contractual podrá hacer uso de lo dispuesto en la cláusula compromisoria, sometiendo los conflictos surgidos del contrato de adhesión al mecanismo alternativo del arbitraje de acuerdo a lo allí estipulado.

Ahora bien, el Gobierno Nacional consagró esta modalidad de pacto arbitral precisamente para evitarse la ineficacia de pleno derecho de una cláusula compromisoria cuando se pretendiera incluir dentro un contrato perteneciente a una relación de consumo, esto es, cuando no lograra superar el estrecho filtro del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011. Luego, lo que buscó el Gobierno Nacional con la figura de la opción y todo el trámite establecido en el artículo 81 del Decreto 1829 de 2013, fue precisamente respetar la debilidad en la que se encontraba la parte adherente del contrato, dejando a su absoluta, libre, y espontánea voluntad, sin sujeción alguna que medie al respecto, la aceptación o no de la cláusula compromisoria. En ese sentido, la aceptación de la cláusula se entendería en condiciones de igualdad de las partes, y representaría sin lugar a dudas una de las mayores expresiones del principio de la autonomía de la voluntad que rige los contratos, y que el ordenamiento jurídico está llamado a respetar. Dentro de los elementos que sugiere la norma consagrada en el artículo 81 del decreto en mención, se resalta el numeral primero que versa de la siguiente manera:

“1. Materia arbitrable: todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo, en cualquiera de sus fases y/o aspectos, originada en el negocio jurídico de adquisición de los bienes o prestación de servicios.”

Así las cosas, la intención tanto del legislador con la derogatoria del numeral 12 del artículo 43 de la ley 1480 del 2012, como del gobierno nacional con la consagración del pacto arbitral para contratos de adhesión en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2012, no fue otra que la de consolidar la competencia arbitral para las relaciones de consumo, entre ellas la prestación de servicios médicos, mediante la celebración de una cláusula arbitral que no sea calificable como abusiva.

Teniendo claro lo anterior, si se analizan las circunstancias que rodean el contrato de afiliación y los sujetos de la relación jurídica, esto es la empresa promotora de salud y el afiliado o beneficiario, encontramos que como bien se dijo anteriormente, la EPS goza de una posición dominante frente al otro extremo de la relación, al ser quien impone el contenido contractual, y quien administra el contrato durante toda su ejecución (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar). Por otro lado, encontramos una parte débil de la relación que puede encontrarse en dos tipos de situaciones: la primera consistente en ser un afiliado o beneficiario del sistema contributivo de salud, y la segunda, el ser un afiliado o beneficiario del sistema subsidiado de salud, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y/o las normas que lo modifiquen. En ese sentido, consideramos que de existir una cláusula compromisoria dentro de un contrato de afiliación para personas que hacen parte del sistema subsidiado de salud, cuya capacidad de pago es ínfima de tal forma que la prestación del servicio médico resulta subsidiada por terceros, no tendrá la capacidad de sobrepasar el diminuto filtro del artículo 42 del Estatuto del Consumidor, al ser a simple vista una estipulación productora de un desequilibrio injustificado en perjuicio de dicho afiliado o beneficiario, o que en las mismas condiciones, afecta el tiempo, modo o lugar en que el afiliado o beneficiario puede ejercer sus derechos surgidos del contrato predispuesto, especialmente aquel derecho indemnizatorio de los perjuicios que se causen como consecuencia de una responsabilidad civil médica derivada de la prestación de tal servicio. Allí ni si quiera el pacto arbitral para los contratos de adhesión del Decreto 1829 de 2013 bajo la figura de la opción, pasaría el rasero del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, como quiera que cada una de las circunstancias particulares que rodean el caso concreto de ser aceptada la cláusula compromisoria bajo la figura de la opción, permiten concluir que se conservarían aun en ese caso, la naturaleza y magnitud del desequilibrio inicial en el que se encontrarían las víctimas directas e indirectas si no les hubiera concedido el pacto arbitral bajo la figura de la opción, transformándose dicho pacto en perjuicio del consumidor del servicio médico subsidiado, afectando abiertamente las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que el este podría ejercer sus derechos. En ese sentido, los defensores de la constitucionalización del derecho encontrarían un ámbito de acción y ejercicio de manera inigualable acudiendo a derechos fundamentales y principio constitucionales con el fin de encontrar una excepción de inconstitucionalidad de la norma negocial materializada en la cláusula compromisoria en general, y aun aquella que se hubiere ofrecido y aceptado por el afiliado o beneficiario bajo la figura de la opción. Así las cosas, debemos concluir que frente a los contratos de afiliación al sistema subsidiado de salud, cualquier pacto arbitral o

cláusula compromisoria habrá de calificarse como abusiva bien por vía del artículo 42 del Estatuto del Consumidor, bien por vía constitucional.

Por otro lado, si nos encontramos en frente del contrato de afiliación al sistema de salud contributivo realizado por una EPS a una persona con capacidad de pago, la posibilidad de consagrar dentro de dicho contrato una cláusula compromisoria en la que se pretenda someter los conflictos surgidos de dicho contrato, en especial aquella indemnización de perjuicios causados por la prestación del servicio médico (Responsabilidad Civil Médica), a la decisión de un tribunal de arbitramento, encuentra una mayor cabida que aquella que se consagre en el régimen subsidiado de salud. Ello debido a que en principio si se exigiera a la parte débil del contrato de adhesión la aceptación de un pacto arbitral como requisito de la celebración de contrato, evento sin el cual no se lleva a cabo la afiliación. Abiertamente dicha cláusula compromisoria se torna en abusiva o leonina, como quiera que produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor del servicio médico, y afecta las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que las que dicho consumidor puede ejercer sus derechos. No obstante, si llegare a consagrar en dicho contrato de afiliación una cláusula compromisoria concedida bajo la figura de la opción, tal cual se explicó con anterioridad, de ninguna manera podrá calificarse como abusiva como quiera que se respeta absolutamente la autonomía de la voluntad de la persona que de acuerdo sus circunstancias particulares, están en la capacidad de sufragar los gastos derivados de un proceso arbitral (el legislador las presume y reconoce como personas con capacidad de pago), las cuales una vez hayan aceptado la opción y la cláusula arbitral de acuerdo al trámite consagrado en la ley, no se encontrarían afectadas por la producción de un desequilibrio injustificado en perjuicio de las mismas, ni tampoco se verían vulneradas las circunstancias de tiempo, modo o lugar en las que dichos afiliados o beneficiarios pueden ejercer sus derechos, bien porque así se obligaron de manera expresa, libre, espontánea, y voluntaria sin sujeción alguna de la parte dominante, o bien porque los mencionados derechos indemnizatorios podrán ser ejercidos y reclamados de igual manera, e incluso de una manera más expedita, rápida, profunda, segura, y especializada, (Espinosa Quintero, 2010) respetándose de mayor manera los derechos de defensa y el debido proceso. En ese orden de ideas, perfectamente es viable y válido la consagración de una cláusula arbitral dentro un contrato de afiliación de una persona a un régimen contributivo del sistema de salud, siempre que se conceda bajo la figura de la opción y se respete lo dispuesto por el Decreto 1829 de 2013.

De esa manera vemos que en lo que respecta a la relación jurídica y contractual entre la empresa promotora de salud y los afiliados o beneficiarios del sistema de salud, los conflictos surgidos de la prestación del servicio médico, y en especial los perjuicios sufridos en virtud de una responsabilidad civil médica, perfectamente hacen parte del ámbito material de la competencia arbitral para las acciones de responsabilidad medica que se pretendan adelantar mediante este mecanismo, no siendo así en la competencia formal o habilitante materializada en el pacto arbitral, en la que resulta necesario diferenciar e individualizar el sistema de afiliación en virtud del cual se pretende celebrar el contrato de afiliación (y dentro de este la cláusula compromisoria), como quiera que en el régimen subsidiado no podrá consagrarse una cláusula compromisoria por calificarse como abusiva, y por ende ineficaz, en tanto que en el régimen contributivo dicha cláusula tendrá toda su

validez siempre que se conceda bajo la figura de la opción, y siempre que se cumpla con el procedimiento consagrado en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013.

Ahora, ¿Qué sucede entonces con las instituciones prestadoras del servicio? Las relaciones entre los afiliados o beneficiarios con las instituciones prestadoras del servicio (IPS) generalmente se enmarcan en dos situaciones: la primera consiste en que la IPS sea de propiedad o haga parte de la misma empresa promotora de salud (EPS) mediante la cual presta los servicios médicos de manera directa, cuyo análisis o solución no varía de aquel que se viene planteando. Ello debido a que hace parte de la primera hipótesis en la que la EPS simplemente está desarrollando directamente el objeto del contrato celebrado con el usuario a través de una institución que hace parte de sí misma. Igual solución habrá de considerarse con el médico profesional que atiende directamente al afiliado o beneficiario del sistema de salud, y de cuya acción u omisión se genera los perjuicios sufridos (y por lo tanto la responsabilidad civil médica), cuando exista vinculación de éste último con la EPS mediante un contrato de trabajo, o incluso mediante una prestación de servicio profesionales.

La segunda situación acontece cuando se trata de instituciones prestadoras del servicio que son independientes a las EPS. Generalmente el usuario acude para la prestación del servicio médico a las instituciones prestadoras del servicio (IPS) que no hacen parte de la misma EPS con la que realizaron el contrato de afiliación. Ello es así toda vez que las EPS generalmente celebran contratos de naturaleza mercantil con las IPS, en virtud de los cuales se obligan a prestarle los servicios médicos a los afiliados o beneficiarios de las primeras, por el correlativo de pago de una contraprestación. Mucho se ha discutido si las prestaciones asistenciales brindadas por las IPS a los afiliados o beneficiarios de las EPS, configuran un contrato independiente, o si por el contrario es la ejecución de un contrato previo con la EPS mediante la delegación que esta última le hizo a la primera. Sea que se considere lo uno o lo otro, lo cierto es que generalmente en la práctica no se presenta la celebración de una cláusula compromisoria al momento en el que el afiliado o beneficiario se recibe en las instalaciones de la institución prestadora del servicio (IPS), ni mucho menos le cuestionarán si desea aceptar la opción de la consagración de una cláusula compromisoria. A lo sumo, le llegarían a proponer al consumidor del servicio médico la celebración de un contrato de compromiso una vez haya surgido la responsabilidad (sea contractual o extracontractual) en cabeza de la institución prestadora del servicio y a favor del consumidor para la indemnización de los perjuicios sufridos. Luego el problema en discusión no alcanza a presentarse, dado que ni siquiera llega a ocurrir la celebración de un pacto arbitral. La misma discusión se ha presentado con el médico que presta materialmente el servicio, en cuanto si con el mismo se celebró o no un contrato para la prestación de servicios médico, o si su actividad es materializa en la ejecución del contrato originario. No obstante, sea que se haya celebrado o no dicho contrato, se hacen las mismas consideraciones que se hicieron para las instituciones prestadoras del servicio (IPS), y por lo tanto la misma solución habrá de predicarse. De igual manera cuando el médico esté vinculado laboralmente con la IPS, y eventualmente cuando esté vinculado mediante un contrato de prestación de servicios con de tal forma que se pueda predicar que actúa por la institución, se aplica la solución dispuesta para las instituciones prestadoras del servicio (IPS). En ese orden de ideas, las observaciones que se hicieron de la cláusula compromisoria para las empresas prestadoras del servicio (EPS), no

aplican para el caso de las intuiciones prestadoras del servicio (IPS) respecto de los afiliados o beneficiarios que atienden. Otra cosa sería los contratos mercantiles que se celebran entre EPS – IPS, o EPS – Médico en donde se consagra una cláusula de exclusión o limitación de responsabilidad en virtud de la cual la primera tenga vocación de llamar en garantía a los segundos en el proceso arbitral iniciado por las víctimas, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 1563 de 2011. De allí surgiría otra discusión en cuanto a la posibilidad de vincular al proceso arbitral a terceros no signatarios del pacto arbitral, materia que no hará parte de la presente investigación.

Frente al médico directamente, la situación adquiere un matiz distinto. Ya se dijo que cuando el médico era un dependiente legal o contractual de la empresa promotora de salud, o de la institución prestadora del servicio, no aplicaba frente a estas consideraciones que hicimos de la cláusula compromisoria, bien porque se estaría en presencia de la ejecución de un contrato inicial celebrado con la empresa promotora de salud o bien porque aun así se considere la celebración de un contrato nuevo, en la práctica a lo sumo se propondrá la celebración de un contrato de compromiso, una vez se vea originada una responsabilidad civil médica en cabeza de éste y a favor del afiliado o beneficiario víctima del perjuicio. Sin embargo, otra será la connotación cuando nos encontremos frente a una situación en la que sin tener en cuenta la afiliación a un régimen de salud en específico, una persona natural acude a las instalaciones de un profesional de la medicina con el propósito de celebrar con éste un acuerdo de voluntades en virtud del cual éste último le preste un servicio médico que el primero requiere y desea obtener, con base en la contraprestación dineraria que se le concedería a este último. En ese caso, consideramos que las partes en principio no se encuentran en una situación desequilibrada, ni que tampoco el médico se encuentre en una posición dominante, o por lo menos no en la actualidad con la existencia de los deberes de información del médico y el consentimiento informado del paciente. Adicionalmente, consideramos que aunque efectivamente se enmarque la relación jurídica dentro de una relación de consumo, y se consagren los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 del 2011 la teoría general de las cláusulas abusivas especialmente para este tipo de relaciones, las partes en ningún momento se encuentran coartada su voluntad ni su libertad de elección de las cláusulas que eventualmente integrarían el contrato de prestación de servicios, y por lo tanto, el contrato no sería en principio de adhesión o predispuesto, sino de libre deliberación, negociación, y elección de las estipulaciones contractuales. Lo anterior, máxime cuando para la prestación de dichos servicios médicos no se acostumbra a redactar ni firmar ningún contrato entre las partes, sino que todo acontece de manera verbal y casi que instantáneamente. Así las cosas, la eventual posibilidad de que las partes sometan los conflictos surgidos de la prestación del servicio médico, y en especial la indemnización de los perjuicios causados de una conducta activa u omisiva del médico en la prestación de sus servicios de tal forma que dé lugar a una responsabilidad médica, mediante la consagración de una cláusula compromisoria dentro del contrato celebrado, como regla general no admitiría ni siquiera una revisión de dicha estipulación a la luz de la teoría general de las cláusulas abusivas consagrada en el Estatuto del Consumidor, especialmente por la carencia de factores que permitan dilucidar de dicha cláusula contractual la producción de un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor de dicho servicio médico, o que afecten el tiempo, modo o lugar en que el paciente puede ejercer sus derechos, especialmente aquellos derivados de la responsabilidad médica. En ese sentido, la competencia arbitral para conocer sobre las acciones derivadas de la responsabilidad

médica en la hipótesis que se viene planteando, es perfectamente viable y válida sea por vía de cláusula compromisoria, ora por un contrato de compromiso.

En síntesis, los conflictos de responsabilidad civil médica que puedan incoarse tanto por las víctimas directas como por las indirectas en contra de los principales intervinientes en la prestación del servicio médico, encuentran en el mecanismo alternativo de solución de conflictos del Arbitraje un campo adicional de competencia jurisdiccional para su conocimiento, desarrollo, y satisfactoria conclusión, como quiera que se encuentran ubicados tanto de la competencia material del arbitraje, como en su competencia formal o “habilitante”

IV. CONCLUSIÓN

No otra cosa podría predicarse del análisis de la competencia arbitral para las acciones de responsabilidad civil médica, que aquella accesibilidad plena al mecanismo del Arbitraje, con la que cuentan tanto las víctimas directas como las indirectas en contra de los principales intervinientes en la prestación del servicio médico, cuando por el actuar u omitir de éstos últimos produzcan una obligación indemnizatoria a favor de las primeras.

Ello es así debido a que las víctimas encuentran en el mecanismo alternativo de solución de conflictos del Arbitraje, un campo adicional de competencia jurisdiccional para el conocimiento, desarrollo, y satisfactoria solución a los problemas jurídicos indemnizatorios generados del actuar médico, en la medida que éstos últimos encuentran su aceptación en la denominada competencia **material** del arbitraje, como quiera que las víctimas cuentan con capacidad legal de disposición respecto de los derechos indemnizatorios que originan a su favor.

De igual forma, al analizar la viabilidad de una competencia formal o habilitante del arbitraje para las acciones de responsabilidad médica, nos encontramos con que siempre que se parta de la base del entendimiento de la prestación del servicio médico como una relación de consumo, y se conciba a los contratos de afiliación al sistema de salud como contratos de adhesión, se generaran dificultades al pactar una cláusula compromisoria dentro de su clausulado por el alto riesgo que se califique como abusiva en consideración a al artículo 42 de la ley 1480 de 2011.

No obstante, el Gobierno Nacional al emitir el Decreto 1829 del 2013 consagró en sus artículos 80 y 81 una novedosa forma de pacto arbitral denominado “Pacto arbitral en contratos de adhesión”, en virtud del cual acude a la vieja figura jurídica de la “Opción”, regulada por el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, para encontrar la posibilidad de consagrar legítimamente una cláusula compromisoria en un contrato de adhesión, sin que la misma fuera catalogada como abusiva. Lo anterior permitió concluir que sí se cumplieren todos los requisitos exigidos en los mencionados enunciados normativos, sería perfectamente viable permitir la consagración de una cláusula compromisoria dentro de un contrato de afiliación del sistema **contributivo** de salud sin un riesgo representativo de ineficacia legal por calificarse como abusiva, y abriendo las puertas de manera inmediata a la competencia formal o habilitante del arbitraje para los problemas jurídicos indemnizatorios que surgieran como consecuencia o con ocasión de dicho contrato de adhesión.

Sin embargo, no corren con la misma suerte aquellas cláusulas compromisorias que se pacten en los contratos de afiliación del sistema subsidiado de salud, en la medida estaríamos en presencia de un desequilibrio injustificado en perjuicio del afiliado que se presume con incapacidad de pago, o que en las mismas condiciones, afecta el tiempo, modo o lugar en que el afiliado o beneficiario puede ejercer sus derechos surgidos del contrato predispuesto, especialmente aquel derecho indemnizatorio de los perjuicios que se causen como consecuencia de una responsabilidad civil médica derivada la prestación del servicio.

Así las cosas, la intención tanto del legislador con la derogatoria del numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 del 2012, así como la del gobierno nacional con la consagración del pacto arbitral para contratos de adhesión en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013, no es otra que la de consolidar la **competencia arbitral** para las relaciones de consumo. No obstante, con esa intención generó de manera involuntaria una nueva competencia jurisdiccional para las continuas y elevadas acciones de responsabilidad civil médica, haciendo frente de manera inconsciente a las problemáticas cotidianas que sufren actualmente las víctimas en la reclamación de sus derechos indemnizatorios por la vía de la jurisdicción ordinaria.

V. REFERENCIAS

- Aylwin Azocar, P. (2009). De la Competencia. En P. Aylwin Azocar, *El Juicio Arbitral* (págs. 377, 385). Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Comision Nacional de Arbitraje Médico. (2003). *Modelo Mexicano de Arbitraje Médico*. México D.F: CONAMED.
- Deik Acosta-Madiedo, C. (2010). Responsabilidad Médica- Elementos, Naturaleza y Carga de la Prueba. *Revista de Derecho Privado- Unviersidad de los Andes*, 3-26.
- Echeverri Salazar , V. M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica. Universidad de Medellín.*, 125-144.
- Espinosa Quintero, L. (2010). Hacia la arbitrabilidad como regla general en el sistema contractual colombiano: Elementos de Análisis. *Revista de Derecho. Universidad Sergio Arboleda*, 177-206.
- Giraldo Gómez, L. F. (2013). Responsabilidad civil por la Prestación del servicio médico, a la luz de la nueva regulación de protección al consumidor. *Criterio Jurídico*, 211-246.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (1998). *Solución Alternantiva de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro*. Bogotá D.C.
- Mártinez Cárdenas, B. M. (2009). Análisis de la Culpa en el Incumplimiento de la Obligaciones Derivadas del Contrato de Prestación de Servicios Médicos . *Estudios Socio- Jurídicos.*, 181-202.

- Pérez Forero, A. C. (2013). Cláusulas Abusivas Y Su Regulación A La Luz De La Ley 1480 De 2011: ¿Compatibilidad O Dicotomía? *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores* -, 159-174.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: RAE.
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Almada, H. (2001). Los Aspectos Críticos de la Responsabilidad Médica y su Prevención. *Revista Médica del Uruguay*, 17-23.
- Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I*. Bogota D.C.: Legis.
- Tena Tamayo, C. (2002). Contexto del Modelo Mexicano de Arbitraje Médico. *Revista CONAMED*, 6 - 13.
- Villalba Cuellar, J. C. (2009). La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. *Revista Vniversitas*, 305-340.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar Referencia: C-1100131030142001-01489-01.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098 de 2001, M.P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
- Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 51 de 1918. “*Sobre establecimientos o sociedades de crédito*”
- Congreso de la República de Colombia. Ley 14 de 1962. “*Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía*”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993. “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996. “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1438 de 2011. “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011. “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1563 de 2012. *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*

Presidencia de la República. Código Civil Colombiano.

Presidencia de la República. Decreto 1829 de 2013. *“Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012.”*