

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA SOLIDARIA EN COLOMBIA
FRENTE A MÉDICOS Y ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD:
ENFOQUE JURISPRUDENCIAL, LEGAL, DOCTRINAL Y DESDE EL DERECHO
COMPARADO



ANDREA CAROLINA PEÑA MESA
NYDIA YISELA ALFONSO HERRERA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
VILLAVICENCIO, META

2017

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA SOLIDARIA EN COLOMBIA
FRENTE A MÉDICOS Y ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD:
ENFOQUE JURISPRUDENCIAL, LEGAL, DOCTRINAL Y DESDE EL DERECHO
COMPARADO

ANDREA CAROLINA PEÑA MESA
NYDIA YISELA ALFONSO HERRERA

Informe final presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo

Asesora

PhD. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

VILLAVICENCIO

2017

Autoridades Académicas

P. Juan Ubaldo LOPEZ SALAMANCA, O.P.

Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O. P., O.P.

Vicerrector Académico General

P. José Arturo RESTREPO RESTREPO, O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. Fernando CAJICA GAMBOA, O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBON

Secretaria de División Sede Villavicencio

PhD. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

Nota De Aceptación

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decano de la Facultad de Derecho

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Director Informe

MAYRA ALEJANDRA GÓMEZ PUENTES

Coordinador de Posgrado en Derecho Administrativo

Villavicencio, diciembre 01 de 2017

Tabla Contenido

	Págs
Resumen.....	6
Introducción	7
1. Marco referencial	8
1.1 Marco Teórico	8
1.2 Marco Conceptual	9
1.3 Marco Legal	10
2. Marco Metodológico.....	11
2.1 Tipo de Investigación.....	11
2.2 Diseño de Investigación.....	11
2.3 Población y Muestra.....	13
2.4 Técnicas y herramientas usadas para la recolección de información.....	12
2.5 Validez del Instrumento	12
3. Principales aspectos de la responsabilidad médica en Colombia	13
4. Análisis jurisprudencial de la solidaridad en la responsabilidad médica	23
Conclusiones.....	241
Referencias bibliográficas.....	252

Resumen

El presente artículo de investigación pretende realizar una mirada a la problemática de la naturaleza jurídica solidaria de la responsabilidad médica en Colombia, respecto de las entidades prestadoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios y el personal médico, de la producción de daños causados con ocasión a actos médicos, ya sea que se produzcan al amparo de una relación contractual (responsabilidad contractual) o se produzcan como consecuencia de la violación del deber genérico de no dañar (responsabilidad extracontractual).

Palabras clave: Responsabilidad, daño, médico, solidaridad.

Abstract

This research article aims to take a look at the problem of the legal nature of solidarity of medical responsibility in Colombia, with respect to health providers, institutions providing services and medical personnel, the production of damage caused on occasion to medical acts, whether they occur under the cover of a contractual relationship (contractual liability) or occur as a result of the violation of the generic duty not to harm (extracontractual liability).

Key words: Responsibility, damage, medicine, solidarity.

Introducción

El presente artículo de investigación tiene como propósito realizar una aproximación a la naturaleza solidaria de la responsabilidad médica en Colombia, partiendo de la consideración que el tratamiento jurídico respecto de la responsabilidad médica en Colombia no ha sido y no es en la actualidad del todo pacífico, la dificultad para crear un estatuto particular y especializado en esta materia, junto con la complejidad propia de un sistema de salud cada vez más ineficiente y agobiado por los males de la corrupción, dejan al paciente en una situación doblemente crítica, no solamente frente al daño físico y material que padece en su cuerpo, sino además frente a las ambigüedades jurídicas, ambivalencias jurisprudenciales, y en general las dificultades propias de adelantar una defensa de sus derechos frente a una materia que le es ajena, y donde el especialista de la salud tiene la ventaja del conocimiento sobre el procedimiento.

De igual manera, si el paciente fallece, estas dificultades son trasladadas a sus familiares, lo que implicaría una desprotección también de la familia con respecto al tema, por ejemplo, si pensamos en los casos donde otros miembros dependen económicamente de la persona a la cual se le ha inferido un daño, como consecuencia de un procedimiento médico o que finalmente ha fallecido.

Ante estas dificultades plenamente identificables, resulta válido inquirir por quien debería asumir la responsabilidad por la falla en la prestación de los servicios médicos, ¿el médico?, ¿la entidad prestadora del servicio de salud?, ¿el paciente?, ¿su familia?, la situación es mucho más problemática cuando observamos que los desarrollos en la materia han sido principalmente jurisprudenciales, pero esta no siempre ha sido constante en el tiempo, sino que ha padecido regresiones y grandes cambios, según la época y la alta corporación que aborde el tema.

1. Marco referencial

1.1 Marco Teórico

Para situar teóricamente nuestra investigación es indispensable tener presente que se trata principalmente de un tema de responsabilidad profesional, específicamente de una responsabilidad fundamentada en la relación médico-paciente, la cual tiene una regulación que emana del acuerdo de las partes, para el caso de existencia de un acuerdo o contrato, y en segundo lugar, de la ley, la cual imprime una fuerza coactiva a la relación, aun cuando entre los sujetos no medie un acuerdo contractual. La Ley, y los distintos precedentes jurisprudenciales, entran a regular, el entramado de las distintas situaciones que puedan presentarse en el devenir de la actividad médica.

La investigación se sitúa epistemológicamente, en el ámbito del derecho administrativo, en lo que respecta a situaciones donde pueda resultar comprometida la responsabilidad del Estado y también en el ámbito del derecho constitucional, en cuando se ponen en riesgo, a partir de los procedimientos médicos mal logrados, derechos fundamentales, de primera y segunda generación, tales como el derecho a la vida y el derecho a la salud, incluso el derecho a la dignidad puede resultar vulnerado como consecuencia de la ocurrencia de un daño en la integridad física o mental del paciente, si en esta logra probarse una imprudencia o falta de diligencia o una falla en el servicio.

De la misma manera, en cuanto a la concepción de la solidaridad y de los elementos de la responsabilidad, estos están situados principalmente, en el terreno del derecho privado, explícitamente en cuanto respecta a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que puede derivarse de los procedimientos médicos. En este mismo orden de ideas, al ser el Estado, el controlador y gestor principal del derecho a la salud de los ciudadanos colombianos, y como garante indiscutible, en su deber de vigilancia, de las relaciones médico-paciente, la presente investigación se ubica en el terreno del derecho público y de la responsabilidad del Estado.

1.2 Marco Conceptual

Se traen a colación distintos conceptos fundamentales que hacen parte de la investigación y que colaboran en ubicar el tema en un escenario estructurado, entre los conceptos más importantes se hallan:

Obligación: en términos generales del derecho privado, una obligación es la relación o vínculo jurídico existente, entre un acreedor y un deudor, donde el primero ostenta una posición jerárquicamente superior respecto del segundo, de manera que puede demandarle el cumplimiento de una contraprestación de dar, hacer o no hacer, para efectos de la presente investigación, entendemos como la obligación que tiene los profesionales médicos y de la salud de indemnizar y en general reparar las consecuencias nocivas endilgables a sus omisiones y errores ya sean estos realizados con conciencia y plena voluntad de producir un daño, donde incluso puede investigarse una responsabilidad penal, o cuando el daño o efecto nocivo es producto de errores involuntarios. Así para Cubides (2009, p. 23) “se da el nombre de obligación a todo vínculo en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra”.

Negligencia médica: se trata de un concepto central para la presente investigación, puede ser comprendida como descuido, falla, omisión, falta de diligencia o cuidado debido. Puede ocurrir que el médico deje de realizar lo que debe hacer en su ejercicio profesional. Se trata de una indiferencia en la actividad médica o consistir en una falta de precaución por parte del experto. Se trata de una deliberada imprudencia, en la cual se puede incluir el olvido. De no haber ocurrido la negligencia no hubiese ocurrido el daño. Así, para (Martinez, 2011) “es una modalidad de culpa que guarda sintonía con una práctica médica deficiente, con descuido y desatención”(p.18)

Imprudencia médica: este concepto está relacionado con la ligereza o insensatez de profesional médico. Tiene lugar cuando el médico no cumple a cabalidad con sus obligaciones profesionales, sin las precauciones necesarias para la realización de su actividad. También está relacionado con la realización de actos inusitados por parte del médico, que puede conllevar a una conducta inadecuada o peligrosa, implica inescindiblemente una vulneración del deber objetivo de cuidado y de las normas de cautela, cordura y moderación en la realización de actos médicos. En este orden

de ideas para (Martinez, 2011) “la imprudencia viene a ser una conducta positiva que consiste en hacer más de lo que debería hacer”(p.19)

1.3 Marco Legal

El marco normativo, de la acción de la responsabilidad médica en Colombia, tiene como norma principal la (Ley 23, 1981), que es la normatividad en materia de ética médica, la cual en su artículo 1 señala que la medicina, es una ante todo una profesión que tiene como finalidad cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso.

De la misma manera, establece la mencionada normatividad médica que el respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes. Es preciso tener certeza que la relación médico-paciente, es catalogada por la Ley 23 de 1981 como el elemento primordial en la práctica de la medicina, en ese orden de ideas, para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse, según la ley, en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.

De la misma manera, como analizaremos en la presente investigación, el Consejo de Estado ha generado una nutrida jurisprudencia al respecto, aunque no la citaremos toda, enlistamos los principales pronunciamientos de esta alta corporación al respecto, a manera de ilustración, estos son: expediente 6856 (MP. Juan de Dios Montes Hernández; 30 de marzo de 1993), expediente No. 9142 (MP. Carlos Betancur Jaramillo; 3 de febrero de 1995), expediente 7973 (18 de abril de 1994), expediente 12123 (MP. Alier Hernández Enríquez; 17 de agosto de 2000, expediente No. 15276 (MP. Ruth Estella Correa Palacio; 14 de Julio de 2005), expediente No. 16785 (MP. Enrique Gil Botero 3 de mayo de 2007), expediente 27268 (MP. Enrique Gil Botero; 1 de octubre de 2008), expediente 17.001 (MP. Myriam Guerrero de Escobar; 1 de octubre de 2008), expediente 30283 (MP. Danilo Rojas Betancourth; 29 de agosto de 2013). Cabe anotar que este listado no es taxativo, pero si constituye algunos de los principales fallos que el Consejo de Estado ha esbozado en la materia.

2. Marco Metodológico

2.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación que se desarrolla para llevar a cabo el presente artículo una de corte descriptivo llevada a cabo a partir de técnicas de revisión bibliográfica, de igual manera la investigación que se enmarca el paradigma de las investigaciones cualitativas, propias de las Ciencias Sociales, donde se encuentra ubicado el Derecho como disciplina del conocimiento.

2.2 Diseño de Investigación

Para el desarrollo de la presente investigación se elaboró un diseño no experimental, el diseño metodológico de la investigación constó de seis fases, divididas a su vez en distintas etapas, estas fases fueron:

- a. Elaboración del proyecto de investigación
- b. Identificación y recolección de información bibliográfica.
- c. Identificación de la normatividad
- d. Identificación de la jurisprudencia principalmente del Consejo de Estado y otras altas corporaciones sobre el tema de la responsabilidad médica
- e. Búsqueda de doctrina pertinente
- f. Elaboración del artículo de investigación

2.3 Población y Muestra

En esta investigación sobre la responsabilidad médica no se tendrá con una población ni muestra sobre la cual realizar una intervención, puesto que es un trabajo bibliográfico, documental, de enfoque interpretativo.

2.4 Técnicas y herramientas usadas para la recolección de información

Para la elaboración de la presente investigación se empleó la técnica de la recopilación bibliográfica de la información jurídica, jurisprudencial y doctrinal. Luego de recolectar la información a partir de bases de datos institucionales del Estado, la relatoría del Consejo de Estado, relatoría de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, se indagó por doctrina en las distintas bibliotecas y bases de datos, especialmente las existentes en la biblioteca de la Universidad Santo Tomás Sede Villavicencio, para obtener material tanto físico como virtual. Sobre esta información se aplicó un enfoque hermenéutico para lograr la interpretación de los textos.

2.5 Validez del Instrumento

Tomando en consideración que la validez del instrumento se pretende establecer si los ítems que se enuncian están relacionados con el objeto de la investigación, en la presente investigación se empleará, en primer lugar la técnica de juicio de expertos en este caso la jurisprudencia del Consejo de Estado, que perfila en buena medida el funcionamiento de la responsabilidad médica en Colombia y en segundo lugar, la verdad de autoridad del legislador sobre quien recae la potestad de regular la materia de nuestro estudio.

3. Principales aspectos de la responsabilidad médica en Colombia

En primer lugar, partiremos de la conceptualización de lo que debe entenderse por responsabilidad civil partiendo de la más prístina noción civilista consagrada en el artículo 2341 del Código Civil colombiano, donde establece que aquel que ha cometido con culpa un daño a otro está obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven de ello, estableciendo así el régimen de responsabilidad extracontractual.

Esta noción civilista se ajusta al pensamiento de (Carbonnier, 1959, pág. 569) quien sostiene que la responsabilidad civil implica la “obligación de reparar el perjuicio causado a otro”. Puede predicarse entonces, que una persona es civilmente responsable cuando sobre ella pesa la obligación de reparar un perjuicio o daño acaecido a otra.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que la responsabilidad civil constituye una fuente de obligaciones, pues quien causa un daño queda sometido a reparar la consecuencia del mismo; en otras palabras, obligada a la reparación. Si el médico comete un daño endilgable a su responsabilidad, está obligado a resarcirlo al paciente. Ese carácter de fuente de obligaciones de la responsabilidad civil, además, es reconocido en el artículo 1494 del Código Civil Colombiano. “El hecho generador de responsabilidad en la actividad medica es conocido como acto médico, que puede darse por acción u omisión” (Morón & Ramírez, 2002, pág. 35)

De la misma manera, la responsabilidad civil puede ser considerada contractual o extracontractual dependiendo en primer lugar de la relación jurídica entre las partes de la cual se deriva el daño – si es o no preexistente al daño, y en segundo lugar, el tipo de demanda que adelanta el demandante-víctima y/o la familia perjudicada, para reclamar la indemnización de perjuicios, de carácter contractual o extracontractual, dependiendo de la situación.

Para Tamayo (2009).): “la responsabilidad civil contractual resulta de la inejecución total o parcial, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido”.(p.32)

La responsabilidad médica usualmente es contractual, “Por regla general la naturaleza de la responsabilidad civil médica es contractual, porque mayoritariamente el vínculo jurídico entre el paciente y el médico es un contrato.” (Serrano, 2000 , pág. 80). De esta manera debemos afirmar que la responsabilidad médica deviene de la obligación, de carácter contractual, entre distintas partes, del médico, EPS o IPS- e incluso como veremos el Estado- de cuidar la integridad corporal y personal del paciente. La relación médico paciente está regulada por un acuerdo contractual. En efecto, el artículo 5 de la Ley 23 de 1981 referencia que la relación médico-paciente se establece, en primer lugar, por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, en segundo lugar, de gran relevancia para nuestro estudio, porque aquí se compromete solidariamente la EPS o IPS, por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública. En tercer lugar, y de aquí puede provenir el ámbito extracontractual por acción unilateral del médico, en caso de emergencia, y finalmente por solicitud de terceras personas.

Es posible distinguir en la responsabilidad civil tres elementos constitutivos o estructurales, en primer lugar el denominado daño o perjuicio, en segundo lugar el hecho generador del daño o hecho perjudicial que desde todo punto de vista resulta ser un hecho jurídico, es decir un hecho humano con implicaciones jurídicas, y en tercer lugar la denominada relación causal, también conocida como relación causalística o relación de causa a efecto. Traemos a colación a Ariza (2013) quien al analizar los elementos de la responsabilidad médica destaca como:

En definitiva, dentro de los elementos tradicionalmente necesarios para la declaratoria de la responsabilidad, esto es: daño, título de imputación y nexo de causalidad, el segundo de ellos, a lo sumo en lo que refiere a la responsabilidad profesional (y dentro de ella no se excluye la médica), la culpa será del protagonista que, no debe olvidarse. (p.32)

El primer elemento es el daño o perjuicio, sin la existencia de un perjuicio sufrido por la víctima no se puede predicar la existencia de la responsabilidad, el daño puede consistir en un perjuicio de tipo patrimonial, de carácter económico o pecuniario, puede consistir también en un daño de tipo moral que afecta el honor o los sentimiento de la persona, sus niveles afectivos, emocionales o intelectuales, en daño es “todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos” (Rodríguez, 1987, pág. 138)

El daño debe reunir unas características básicas, debe ser directo, debe ser actual y debe ser cierto. Para que sea directo, el daño debe ser una consecuencia inmediata de la inejecución de la obligación o de la conducta del actor, es decir que el actor vulnera una obligación ya sea de naturaleza contractual como ocurre usualmente en las intervenciones médicas o una obligación de naturaleza extracontractual, donde la norma de comportamiento se la impone la ley.

Para que el perjuicio sea actual tiene que haberse producido, por regla general los perjuicios futuros o que no han acontecido no son indemnizables, no podría un paciente reclamar a su médico por una operación que no se ha llevado a cabo. Para que el perjuicio sea indemnizable debe haber certeza sobre la existencia del mismo.

Cabe distinguir también que pueden presentarse dos tipos de daños: los daños materiales y los daños morales, hemos aclarado que el perjuicio puede comprometer intereses patrimoniales y extrapatrimoniales, en el perjuicio material el daño que se causa implica la vulneración de un interés económico mientras que los perjuicios morales están referidos a vulneraciones respecto de los derechos de la personalidad, en el caso de la responsabilidad médica estos perjuicios morales estarían referidos principalmente a la imagen, estética y evidentemente a la integridad física. En este orden de ideas para el Consejo de Estado (201) el daño moral es “entendido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación los sus familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida”. (Consejo de Estado, Sección tercera, Radicación No.50001-23-31-000-2002-00375-01(30102), 2015, pág. 26)

También es posible distinguir en materia de perjuicios entre denominado daño emergente y el lucro cesante, el primero de ellos consiste básicamente en una pérdida, ya sea por el incumplimiento del contrato, como consecuencia de la comisión de un delito, en todo caso esta pérdida debe cuantificarse monetariamente y debe quedar plenamente establecida dentro del proceso. De otra parte, lucro cesante puede ser concebido como una ganancia frustrada por la ocurrencia del daño, al respecto, Meza (1963), sostiene que “el daño emergente es la disminución o menoscabo que el acreedor sufre en su patrimonio, y el lucro cesante es la privación de la legítima ganancia”. (p.419)

El segundo elemento de la responsabilidad civil es la culpa, la cual podemos analizar como un elemento estructural que se configura a partir de la vulneración de normas objetivas de comportamiento, una conducta inapropiada equivale a una conducta imprudente, en particular el artículo 63 del código civil regula el tratamiento de la culpa indicando que la ley distingue tres tipos de especies de culpa o descuido, tomando como paradigma la noción del hombre prudente y diligente, identifica culpa grave con negligencia grave, culpa leve equiparado al descuido leve, y culpa levísima como la falta de la esmerada diligencia en la administración de negocios importantes. En este orden de ideas para Le Tourneau (2006) al estudiar el tema en el código civil francés señala como:

Los autores del código civil, promulgado en 1804, fundaron la responsabilidad civil en la culpa – Faute-. El artículo 1382 contiene dicha palabra. Las palabras negligencia e imprudencia se refieren también a culpas. Las responsabilidades por el hecho ajeno, artículo 1384 y el hecho de los animales artículo 1385 suponen un defecto de vigilancia, en consecuencia, una falta. (p.28)

El tercer elemento de la responsabilidad civil es la relación de causalidad, el cual funge como un elemento estructural y necesario, la doctrina moderna habla del nexo causal eficiente, el demandante debe probar la existencia de una relación o vínculo causal entre el hecho o culpa del demandado y el daño a él y rogado. Para Busto & Reglero (2013) es claro que “siempre se ha dicho que la existencia de un nexo causal entre la conducta o actividad de un sujeto y el daño que se le imputa constituye un presupuesto inexcusable de la responsabilidad”.(p.105)

Igualmente resulta indispensable distinguir entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, la primera de estas, es decir la subjetiva tiene como fundamento la culpabilidad del autor del daño, mientras que la segunda, es decir la objetiva no tiene en cuenta factores subjetivos como la culpabilidad del autor del daño sino que por el contrario es una responsabilidad fundamentada en el resultado, si se produce un daño existe la responsabilidad, como puede ser en el caso de los accidentes de tránsito u otras actividades peligrosas.

En materia de responsabilidad subjetiva, existen dos sistemas claramente diferenciables, que algunos autores señalan como grados de culpa, el primero de ellos implica que quien demanda una compensación por haber sufrido un daño a manos de otro se encuentra en la obligación de probar

la culpa de su demandado, es decir el demandante tiene la carga de la prueba, en otras palabras, la carga de la prueba incumbe al accionante, en el adagio latino *onus probandi incumbit actori*.

De otra parte, siguiendo en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, existe un segundo grado de culpa que se conoce como culpa presuntiva o culpa presunta y que implica que para una situación en particular la culpa del demandado se presume y por lo tanto quien demanda está exonerado o no se encuentra en obligación de aportar la prueba sobre la culpa del demandado, como ocurre en los casos de responsabilidad médica, le basta en este caso al paciente con demostrar el daño o perjuicio y la relación de causalidad en relación con la actividad del médico tratante.

El efecto procesal de este segundo tipo de culpa consiste en la inversión de la carga de la prueba, ya no es el demandante quien tiene que probar la culpa sino que el demandado, para nuestra investigación el médico, tendrá que entrar a demostrar el hecho exonerante de su responsabilidad, en otras palabras tendrá que destruir la presunción de culpabilidad que se yergue sobre su cabeza.

Resulta preciso destacar a Guzmán, Delgadillo, & Rodríguez,(s.f.) quienes sostienen que “La base de la responsabilidad en medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche y castigo por parte de la sociedad”. (p.2) Entonces, por regla general, la responsabilidad médica es de carácter subjetiva, Garzón (2015) nos reseña que:

Es necesario indicar que en Colombia la responsabilidad médica por regla general es subjetiva, es decir se debe probar la falla en el servicio médico y deben comparecer los tres elementos mencionados-El daño antijurídico, la omisión o el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad-. (p.10)

También es importante distinguir incluso para efectos de la responsabilidad médica entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, en la primera de ellas la acción, conducta u omisión que produce el daño afecta únicamente el interés privado de la persona, mientras que en materia penal la conducta considerada como típica, antijurídica y culpable además de afectar el bien jurídico particular de la víctima, lesiona abiertamente el interés general de la sociedad.

En materia de responsabilidad médica resulta indispensable distinguir entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, debido a que la regla general es que el médico se encuentre vinculado al paciente mediante el primer tipo de obligación, es decir la obligación de medios. Desde la doctrina tradicional del derecho civil el deudor se compromete a producir un resultado determinado en favor o en procura del acreedor, claramente el tipo de responsabilidad derivado de una obligación de resultado no es el que usualmente regula la relación médico – paciente, por el contrario resulta necesario afirmar su naturaleza excepcional como pueden ser aquellas intervenciones o cirugías que tienen que ver con el embellecimiento de las personas o cirugías estéticas , en estos casos el cirujano se compromete a la obtención del resultado.

Por otra parte, la obligación de medio distinguida también en la doctrina como obligaciones de prudencia y diligencia está estructurada como aquella en la cual el deudor se compromete para con el acreedor a observar total diligencia y cuidado en su realización con miras a la obtención de una finalidad, se compromete a poner al servicio del acreedor toda la diligencia, medios e inteligencia de que dispone, pero al contrario del anterior no asegura un resultado. Este tipo de obligación es el que usualmente regula la relación médico – paciente. En este mismo orden de ideas para Becerra (2013) es preciso señalar que:

En tratándose de responsabilidad médica, se reconoce la existencia general de obligaciones de medio, y se admite la posibilidad de que se configuren obligaciones de resultado en cabeza de los médicos. Asimismo, en virtud de la obligación de información, el médico está en el deber de informar al paciente sobre las características de su intervención, así como de los riesgos previsibles asociados a ella; y frente a la obligación de seguridad, resalta la importancia de distinguir si la causa del daño está fincada en el estado del instrumental utilizado y en la propiedad del mismo, con el fin de determinar al responsable de la reparación. (p.16)

Ahora bien, para que pueda predicarse una responsabilidad médica solidaria en cabeza del Estado, resulta además de la concurrencia de los tres elementos de la responsabilidad, un cuarto elemento claramente estructurable, que entre la persona que genera el daño, entre el autor del daño y el Estado exista una relación de dependencia o subordinación. Si falta uno de estos cuatro elementos, no existe responsabilidad por parte del Estado, o existiendo los cuatro, proceda a favor del Estado un eximente de responsabilidad que lo excuse.

4. Análisis jurisprudencial de la solidaridad en la responsabilidad médica

La jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica ha sido muy nutrida, y no siempre pacífica, al respecto Acosta (2010) señala como las tesis jurisprudenciales en Colombia respecto al tema de la responsabilidad médica no han sido del todo claras ni estables:

El asunto de la responsabilidad civil por la prestación de servicios médicos no ha sido nada pacífico en la jurisprudencia colombiana. De hecho, se trata de uno de los pocos campos en los cuales no existen etapas claras y delimitadas en la jurisprudencia, pues las posturas en uno u otro sentido parecen sobreponerse en ciertas épocas, al punto de observarse “regresiones” en el tiempo para dar aplicación a teorías que parecían superadas. (p.3)

En este mismo orden de ideas, tal como lo indica Garzón (2015) al referirse a los factores que hacen más compleja la responsabilidad médica en la sociedad contemporánea, esta no implica simplemente los cambios en la jurisprudencia, sino que obedece también a elementos propios de un sistema cada vez más complicado:

La Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha ido cambiando los conceptos de daño, indemnización y carga de la prueba a través de los años, pero las modificaciones más significativas en los sistemas de normas de responsabilidad médica se producen como consecuencia de las actuales estructuras sanitarias, la creciente complejidad de las terapias, los nuevos sistemas de prestación de servicios y, consecuentemente el incremento del número de reclamaciones y demandas por mala praxis. (p.3)

Dentro de la revisión de la jurisprudencia traemos a colación el pensamiento de la Corte Constitucional (2013) que genera claridad sobre el tema de la solidaridad en materia de responsabilidad médica, cuando señala:

Por su parte, la responsabilidad médica deviene de la obligación, en principio contractual, del médico, EPS o IPS de cuidar la integridad corporal del paciente para devolverlo sano y salvo al concluir la relación prestación de un servicio médico, esta relación puede surgir, generalmente, como consecuencia de una convención. (Corte Constitucional. Sentencia T-118A, 2013, pág. 17)

Para la Corte Constitucional (2013) es claro, que existe una responsabilidad solidaria en este caso, entre todos los actores que están involucrados en la prestación del servicio de salud, incluso en algunas ocasiones, también el Estado, junto al médico y las entidades prestadoras de salud, así lo establece cuando señala que:

Salvo pacto en contrario y dependiendo del caso en concreto, responden solidariamente las entidades prestadoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios y el personal médico, de la producción de daños causados con ocasión a actos médicos concurrentes; que en uno y otro caso depende de que el daño haya surgido de un incumplimiento contractual –responsabilidad contractual- o por la violación al deber genérico de no dañar –responsabilidad extracontractual. (Corte Constitucional. Sentencia T-118A, 2013, pág. 17)

Para comprender la naturaleza solidaria de la responsabilidad médica en Colombia, existente entre el médico tratante, las entidades prestadoras de salud y el Estado si este mantiene una relación de subordinación con el médico, resulta preciso entender que las obligaciones solidarias son aquellas en las cuales varios deudores se comprometen al pago de la totalidad de una obligación, sin importar a que deudor solidario el acreedor le reclame este debe cumplir a cabalidad con la obligación, al respecto señala Ospina (2016) que:

Las obligaciones solidarias son las que existiendo también a cargo de dos o más, o en favor de dos o más, imponen a cada deudor el pago de la totalidad de la deuda, o dan derecho a cada acreedor sobre la totalidad del crédito, a pesar de que el objeto sea susceptible de división. (p. 24)

Una problemática, que debe enfrentarse en materia de responsabilidad médica, es que la solidaridad no se presume, por lo tanto las partes deben aceptarla de manera expresa, o esta debe ser impuesta por mandato normativo, al efecto, sostienen Valencia & Ortiz (2004), que “la solidaridad debe ser expresa, ya la que tiene su fuente en el contrato, ya la prescrita por la ley o la que surge del testamento”.(p.19)

En el caso de la relación existente, para que pueda predicarse la solidaridad, entre el médico y la entidad prestadora de salud, o entre el médico y el Estado, rigen los artículos 1738 y el 2347 del Código Civil. El primero de ellos señala que en el hecho o culpa imputable al deudor, se compromete inescindiblemente el hecho o culpa de las personas por las que se es responsable. Por su parte, el segundo artículo en mención refiere que toda persona es responsable, tanto naturales

como jurídicas, no solo de sus acciones personales y propias, para el efecto de la indemnización del daño, sino de aquellos que estuvieren a su cargo o cuidado. Para la Corte Suprema de Justicia (2010) en tratándose de la:

Responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 41001 3103 0004 2000 00042 01, 2010, pág. 18)

Para que exista responsabilidad por el hecho ajeno, es decir para que las entidades prestadoras de servicios de salud vean implicada su responsabilidad por descuidos o negligencias médicas, imprudencias u omisiones, es necesario que entre estas y los médicos exista una relación laboral, un vínculo contractual o una relación de subordinación, en este orden de ideas Emiliani (1994) señala como :

Una persona que tiene la obligación del cuidado de otra, debe responder civilmente ante terceros de los daños culposos que ésta les cause. El término cuidado empleado por el legislador tiene una connotación amplia de vigilancia, autoridad, poder de control y dirección, influencia, que se extiende a todos los casos en los que haya de conceptuarse que hay una relación de subordinación. (p.31)

En cuanto respecta a la responsabilidad del Estado, el elemento culpa ya no es predicable sino que se está en presencia de una falla en el servicio, cuando la entidad pública presta el servicio de salud, tal como señala Acosta (2010) cuando:

El demandado es una entidad estatal, el elemento culpa es reemplazado por el título de imputación denominado “falla del servicio”, consistente en una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume, y no lo presta o lo hace de manera irregular en el espacio o en el tiempo. (p.5)

Una sólida jurisprudencia ha establecido la más alta corporación judicial del nivel administrativo en Colombia, en efecto el Consejo de Estado (2015) recogiendo este precedente señala que:

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. (Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No.25697., 2015, pág. 19)

En conclusión, es posible predicar dos condiciones estructurales para la existencia de una responsabilidad solidaria de los empleadores, en nuestro caso las entidades prestadoras de salud, por el hecho de sus empleados, para nuestro estudio los médicos. En primer lugar, la existencia de una relación o nexo de dependencia o subordinación, en nuestro estudio entre la entidad y el médico tratante. En segundo lugar, la existencia de una culpa cometida por el dependiente, es decir el médico, en relación con sus funciones. Así lo entiende Le Tourneau (2006) cuando señala que:

La aplicación de la noción de participación en la actividad del comitente no suscita dificultades particulares para los asalariados y los auxiliares de una persona moral de derecho privado: esta última es responsable de los daños cometidos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. (p.112)

Otro tema de particular importancia, que ha referenciado en múltiples fallos el Consejo de Estado, es el relacionado con la carga dinámica de la prueba, que rige en materia de responsabilidad médica, en el entendido, quien este en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso, tiene la obligación de hacerlo, Parra (2014), nos ilustra al respecto al señalar que “la verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que

tiene en cuenta en determinados casos, a quien le queda más fácil probar un hecho determinado”(p.226), de la misma manera Velásquez (2013) refiere como:

Conforme al estado actual de la jurisprudencia, el principio de la carga dinámica de la prueba rige para el contrato médico. Es decir que no es posible sentar reglas probatorias absolutas y se debe mirar el caso en concreto. En algunos casos será viable hacer presunciones judiciales, en otros, la carga de la prueba le corresponde al demandante, y en otros, al demandado. La aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba impone a las partes, dentro de un marco de lealtad y colaboración, la obligación de aportar la prueba de los hechos que está en posibilidad de demostrar. (Velásquez, 2013, pág. 51)

Así lo estableció claramente el Consejo de Estado (2000) al establecer el siguiente precedente jurisprudencial, en la materia, que continúa vigente en la actualidad, al señalar que:

No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas. (Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No: 11878, 2000, pág. 25)

De manera, que en esta materia existe una carga dinámica de la prueba, no en todas las ocasiones la entidad tiene que entrar a probar que obro diligentemente, así por ejemplo en su sentencia más reciente sobre esta problemática el Consejo de Estado (2016) indica que lo que respecta a “las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias”. (Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No.850012331000200500630-01 (37.387), 2016, pág. 18)

Conclusiones

La presente investigación permite concluir que la en materia de responsabilidad médica, es posible predicar la existencia de una solidaridad entre el médico, las entidades prestadoras de salud, y el Estado, si el primero mantiene una relación de dependencia o subordinación con este último. La existencia de este tipo de responsabilidad ha sido reconocida, por la jurisprudencia de distintas corporaciones de primer rango en Colombia, como lo son la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. La responsabilidad del Estado se ve comprometida si existe una falla en el servicio según el precedente establecido por el Consejo de Estado.

También resulta preciso concluir, en esta materia, rige la responsabilidad subjetiva, siendo necesario, que quede plenamente probado en el expediente, que el médico cometió un daño con culpa, de forma tal, que la denominada responsabilidad objetiva, se encuentra proscrita. También se puede concluir que por regla general la obligación asumida por el médico en su relación con el paciente es de medio, salvo intervenciones de carácter estético, pero para que sea obligación de resultado las partes deben haberlo acordado en forma expresa.

De la misma manera, se concluye que para que se predique la responsabilidad médica, es preciso que se establezcan claramente los elementos que la configuran, la existencia de un daño o perjuicio, el hecho generador del daño y la relación causal. Finalmente, debemos concluir, que por regla general, la responsabilidad médica, es contractual, porque la relación médico paciente, está regida por un contrato o convención, salvo casos de emergencia, donde la vinculación no es contractual sino legal y constitucional.

Referencias bibliográficas

- Acosta, C. (Junio de 2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado*(43), p.1-26. Obtenido de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf
- Ariza, A. (Enero-Junio de 2013). La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista Vniversitas*(126), p.15-37. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/6119/4918>
- Becerra, J. J. (Abril de 2013). El doctor Cabral: un caso de responsabilidad médica en Colombia. *Tesis de Magister en Derecho con énfasis en*. Santiago de Cali, Colombia: Universidad ICESI. Obtenido de https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/77645/1/T00224.pdf
- Busto, J. M., & Reglero, L. F. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil* (2a ed.). Navarra, España: Editorial Arazandi S.A.
- Carbonnier, J. (1959). *Derecho civil*. París, Francia: Editorial Themis.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No: 11878 (CP.Alier Eduardo Hernández Enríquez 10 de Febrero de 2000). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52584133>
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No.25697. (CP.Ramiro Pazos Guerrero, 31 de Agosto de 2015). Obtenido de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/15001233100019951501701.pdf>
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicación No.50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) (CP.Danilo Rojas Betancourt, 5 de Marzo de 2015). Obtenido de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/50001233100020020037501.pdf>
- Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No.850012331000200500630-01 (37.387) (CP.Carlos Alberto Zambrano Barrera, 13 de Junio de 2016). Obtenido de http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/21-06-2016_85001233100020050063001.pdf

- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 41001 3103 0004 2000 00042 01 (MP.Pedro Octavio Munar Cadena, 22 de Julio de 2010). Obtenido de http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj_22-07-2010_resp_contractual.pdf
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-118A (MP.Mauricio González Cuervo, 12 de Marzo de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-118A-13.htm>
- Emiliani, R. (1994). *La responsabilidad delictual en el código civil colombiano*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda. .
- Garzón, R. (Julio de 2015). Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica administrativa obstétrica: en torno a la carga de la prueba. *Trabajo Académico de Especialización Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6377/1/GarzonRodriguezNelsyYamile2015.pdf>
- Guzmán, F., Delgadillo, E., & Rodríguez, G. (s.f.). *Responsabilidad civil médica*. Obtenido de Médico Legal: http://medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/1/responsa_civilmed_v4_r1.pdf
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Legis S.A.
- Le Tourneau, P. (2006). *La responsabilidad civil profesional*. Bogotá: Editorial Legis S.A.
- Ley 23. (18 de Febrero de 1981). *Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No.35.711. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm
- Martinez, L. F. (Julio de 2011). La Negligencia Médica y sus efectos en Materia Penal. *Trabajo investigativo en Derecho*. Managua, Nicaragua: Universidad CentroAmericana. Obtenido de <http://repositorio.uca.edu.ni/335/1/UCANI3080.PDF>
- Meza, R. (1963). *Manual de derecho civil*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Morón, M., & Ramírez, M. (2002). Contrato de seguro de responsabilidad civil médica. *Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-42.pdf>
- Ospina, G. (2016). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio* (18a ed.). Bogotá: Librería Ediciones el Profesional Ltda.

- Rodríguez, A. (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago, Chile: Imprenta Universal.
- Serrano, E. (2000). *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Tamayo, A. (2009).). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. (3a ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley .
- Tamayo, J. (2011). *Tratado de responsabilidad civil. (Tomo I)*. Bogotá: Editorial Legis.
- Valencia, A., & Ortiz, A. (2004). *Derecho civil de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.
- Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. (2a ed.). Bogotá: Editorial Temis.