

Tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las Entidades

Promotoras De Salud



Marlene Georgina Berrio Mora

Yury Paulin Rojas Barandica

Investigación para obtener el título profesional de abogado

Corporación Universidad De La Costa CUC

Departamento De Derecho Y Ciencias Políticas

Programa De Derecho

Barranquilla- enero 2023

**Tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las entidades
promotoras de salud**



Marlene Georgina Berrio Mora

Yury Paulin Rojas Barandica

Tutor: Roberto Certain

Cotutor: Jorge Mendoza

Corporación Universidad De La Costa CUC

Departamento De Derecho Y Ciencias Políticas

Programa De Derecho

Barranquilla- enero 2023

Dedicatoria

“Agradezco el presente proyecto en primera medida a Dios quien ha sido uno de los pilares más importantes en mi vida, ya que me dio la fortaleza para continuar cuando pensé que no podría seguir con este proceso de formación. Mis padres Edwin Alfonso Berrío Villa y Nays Esther Mora Cohen quienes a pesar de las dificultades siempre han creído en mis capacidades y me han brindado apoyo incondicional. Mis hermanos quienes siempre han estado para ayudarme cuando era necesario. Mis familiares quienes siempre han estado interesados en qué alcance esta meta anhelada. Mi compañera Yuri Rojas con quien he trabajado de la mano y arduamente para sacar adelante este proyecto”.

Marlene Georgina Berrío Mora

“Le dedico este trabajo de grado a Dios, por su infinita misericordia y amor, por permitirme levantar cada mañana, por regalarme Salud, sabiduría y los medios necesarios para poder culminar este proyecto trazado en mi vida; A mi esposo José Becerra, a mi hijo Noah Becerra Rojas quien es mi inspiración y fortaleza, para conseguir cada meta. A mi compañera Marlene Berrío que quien con sus aportes, dedicación y colaboración logramos llevar adelante este proyecto, a toda mi familia en general que cada día me demuestran más amor y apoyo y expresan día a día lo orgullosos que se sienten de mi”.

Yury Paulin Rojas Barandica

Agradecimientos

“Le agradezco a Dios por brindarme la fortaleza y la sabiduría para alcanzar cada logro y cada meta puesta en este camino. También agradezco a mis padres Edwin Alfonso Berrio Villa y

Nays Esther Mora Cohen quienes a pesar de las dificultades siempre han creído en mis capacidades y me han brindado apoyo incondicional. A mi compañera Yury Rojas con quien he trabajado de la mano y arduamente para sacar adelante este proyecto. Y por último a mis

hermanos y demás familiares por acompañarme en esta hermosa travesía”.

Marlene Georgina Berrio Mora

Resumen

El trabajo de grado en curso tuvo como objetivo principal el análisis de las tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las entidades promotoras de salud (EPS) en el territorio colombiano. Para ello se realizó una revisión de la literatura relacionada con la responsabilidad civil en general, la responsabilidad médica y la solidaridad en temas de responsabilidad médica, empleando como corte de investigación el socio jurídico y un enfoque cualitativo teniendo en cuenta que éste básicamente hace referencia a una orientación basada en evidencias que trazan de manera profunda cada aspecto de la investigación. Como resultado se logró percibir que efectivamente existen tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las empresas promotoras del servicio en salud en Colombia y se dan en la medida que en el país es posible endilgar ciertas responsabilidades a las EPS e IPS cuando se compruebe que se ha cometido un hecho de “acción u omisión” por su parte y que hubiera incidido en la generación del daño.

Palabras clave: responsabilidad civil, médica, entidades prestadoras de servicios en salud

Abstract

The current degree work had as its main objective the analysis of the tensions between medical responsibility and the solidarity of health promoting entities (EPS) in the Colombian territory and for this, a review of the literature related to civil responsibility was carried out. In general, medical liability and solidarity in matters of medical liability and others, using the legal partner as a research court and a qualitative approach, taking into account that this basically refers to an orientation based on evidence that traces in depth each aspect of the investigation. As a result, it was possible to perceive that there are indeed tensions between medical responsibility and the solidarity of the companies that promote health services in Colombia and they occur to the extent that in the country it is possible to assign certain responsibilities to the EPS and IPS when it is verified that an act of “action or omission” has been committed on your part and that would have affected the generation of the damage.

Keywords: civil liability, medical, entities providing health services

Contenido

Capítulo I	12
<i>Planteamiento Del Problema</i>	<i>12</i>
Descripción del problema.....	12
Pregunta problema.....	18
<i>Objetivos.....</i>	<i>18</i>
Objetivo General	18
Objetivos Específicos	19
<i>Justificación</i>	<i>19</i>
<i>Delimitación.....</i>	<i>20</i>
Delimitación Espacial	20
Delimitación Temporal	21
Sublínea	21
Capítulo II.....	22
<i>Marco teórico.....</i>	<i>22</i>
<i>Antecedentes.....</i>	<i>22</i>
<i>Historia y naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica.....</i>	<i>27</i>
Antecedentes históricos	27
De la responsabilidad civil en general.....	30
Responsabilidad civil médica.....	40

Naturaleza de la responsabilidad civil médica	46
Eximentes de la responsabilidad médica	47
<i>Elementos de la responsabilidad civil médica</i>	49
Daño	49
Culpa o falla del servicio	52
Nexo causal	68
Carga de la prueba	73
<i>Solidaridad de las empresas prestadoras de servicios en salud en la responsabilidad civil médica</i>	75
Fundamentos jurídicos de la solidaridad en la responsabilidad médica	80
Capítulo III	86
<i>Metodología</i>	86
Tipo de Corte	86
Enfoque de la investigación	87
Método	87
Paradigma de la investigación	88
Técnicas de recolección de datos	88
Fuentes	88
<i>Análisis y discusión de resultados</i>	89
<i>Conclusiones</i>	91
Referencias Bibliográficas	96

Lista de Tablas y Figuras**Figuras**

Figura 1. <i>Responsabilidad sanitaria</i>	48
Figura 2. <i>Componentes principales de la culpa</i>	54
Figura 3. <i>Acto constitutivo de culpa y de no culpa</i>	57
Figura 4. <i>Responsabilidad ad-persona jurídica</i>	79

Introducción

La responsabilidad civil médica comprende un apócrifo de singular relevancia que se encuentra inmiscuida en la responsabilidad civil a nivel general y concretamente, de la responsabilidad que posee el profesional ya sea persona natural o figure como persona jurídica, esto independientemente a la responsabilidad que se tenga. Este tipo de responsabilidad médica a lo largo de los años ha ido saliendo a la luz pública por diversos malos proceder de las Instituciones prestadoras de servicios en salud, específicamente en Colombia, país que no está exento de estas problemáticas relacionadas con el accionar de los galenos en la medida que las demandas contra médicos y entidades prestadoras de servicios en salud crecen día a día.

Lo anterior no denota que los doctores actúen ahora con mayores errores o negligencias que en la antigüedad, no, sino que han extraviado la histórica inmunidad con la que contaban, ya no son denominados como médicos familiares sino como profesionales los cuales deben prestar el servicio de salud por ley a toda la población donde es necesario la especialización en cada área correspondiente, entonces cuando sucede una negligencia por su parte corresponde identificar la responsabilidad con sus diversos elementos y la solidaridad que podrían prestar las EPS el cual es el objeto del presente trabajo investigativo dirimir esas tensiones entre la responsabilidad civil médica y la solidaridad obtenida.

Capítulo I

Planteamiento Del Problema

Descripción del problema

La responsabilidad médica para Tena, Sánchez & otros (2003) nace del ejercicio de la medicina y trae consigo un compromiso moral del personal médico para con el paciente, para el cual debe procurar algún bienestar siempre salvaguardando la salud del individuo. La responsabilidad médica, puede surgir de la acción o la omisión del profesional de la medicina y se convierte así, en la obligación de reparar el daño causado. Indican estos autores que, el concepto de la responsabilidad médica puede desprenderse de dos aspectos o perspectivas significativas como lo son: La convicción vocacional y moral, la cual hace referencia a los principios éticos que surgen de la misma comunidad médica y por otra parte, se encuentra el derecho de forma coercitiva, el cual es regulado por el sistema normativo que emite cada Estado para calificar y sancionar los actos médicos que puedan perjudicar física, moral y emocionalmente a un paciente.

Bajo este contexto, es posible abarcar tres perspectivas de la responsabilidad médica, como lo son el ámbito civil, ético y penal. Dependiendo de cada caso en particular se entrará a regular el tipo de responsabilidad que se persigue, pero que si bien tienen algo en común es el daño causado y las consecuencias de este. La responsabilidad médica desde la perspectiva del derecho civil tiene un papel primordial en la de prestación de servicios de salud en la medida que si una Entidad Prestadora de Salud (en adelante EPS) omite algo específico podría evidenciarse una responsabilidad y se atribuiría bajo el criterio de la culpa de acuerdo con lo estipulado por Bravo Urbano, J.A. (2018).

La responsabilidad médica en el ámbito penal, por su parte, aparece como resultado del incumplimiento de criterios que son relevantes para la tutela de bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, mientras que la responsabilidad ética médica, en palabras de Ruiz Perea (2002) se relaciona intrínsecamente con la costumbre del médico en cuanto a su conducta, buen comportamiento, excelente práctica de sus labores y al violar esto, o actuar de mala fe entra a cuestionarse la ética del médico y la responsabilidad que éste tiene.

Ahora bien, tal responsabilidad no solo es del personal médico, sino que también puede involucrar a la Entidad Promotora de Salud con la que éste se encuentre vinculado contractualmente, ya que como proveedoras de servicios también pueden responsabilizarse por la mala praxis de sus funcionarios, negligencias o falta de organización.

Lo anterior encuentra su fundamento primitivo en el principio de solidaridad, el cual es definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-767/14 como *“un compromiso que posee toda persona solo por pertenecer a la sociedad, con la conciencia que debe esforzarse y apoyar a todos los que en la sociedad lo necesiten para velar por el interés común”* (Corte Constitucional, sentencia C-767, 2014)

El principio de solidaridad se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de Colombia (en adelante C.P.C.), que establece:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (C.P., 1991).

La Corte Constitucional, al analizar el alcance de este principio en la sentencia C-459 de 2004 precisa con relación al Estado Social de Derecho que este en un deber: *“inherente a su*

existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley”.

Lo anterior, indica que, la solidaridad es una de las características del Estado Social de Derecho y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, aun cuando esta se encuentre en cabeza de particulares y su exigencia se encuentra constituida legalmente. Así también puede decirse que esta es la garantía de que el daño causado en modo alguno será indemnizado, tomando como referencia a las interpretaciones que se han hecho del artículo 2344 del Código Civil Colombiano, a través de la Corte Constitucional, al no considerarla como una normatividad neutral *stricto sensu* sino un compromiso obligatorio *in solidum o solidaridad total in solidum* (Lecourt, A. 2012).

Por su parte, el artículo 90 de la Carta Política colombiana también hace referencia a la solidaridad cuando establece que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra esta”.

Con la llegada de la ley 100 del año 1993 específicamente lo estipulado en el artículo 177, se responsabiliza a las EPS de instaurar y avalar de forma directa o indirecta la prestación del servicio de salud a los afiliados. En tal sentido, es evidente que en situaciones de responsabilidad médica la EPS es garante de la prestación del servicio médico y por ende debe avalar que tal prestación sea conveniente, oportuno y suficiente (Corte Suprema de Justicia, SC 2769-2020), es decir, que responden de manera solidaria si se llegare a demostrar en el proceso los elementos requeridos para que sean condenadas como responsables.

Así mismo, se determina como garantía de los individuos que se afilien para que se les brinde una oportuna atención y de calidad puesto que aparte de ser un derecho fundamental de acuerdo con lo estipulado en la norma de normas, la salud funge como un valor ético del acto médico por lo cual quedan a cargo las EPS del riesgo en la salud de los ciudadanos. Cabe resaltar que, en cuanto al tema de responsabilidad de estas entidades, la Corte Suprema de Justicia (en adelante C.S.J) en la sentencia SC9193 del año 2017 manifiesta que las EPS tienen responsabilidad “*funcional*” en cuanto a la garantía del servicio prestado.

En consecuencia, las empresas promotoras de los servicios en salud no pueden de ningún modo escabullir su responsabilidad la cual se considera solidaria, entonces está en ellos probar el tipo de responsabilidad si así fuere, porque cabe aquí también resaltar que, si bien quien presta el servicio es su personal médico, estos actúan en nombre de la empresa promotora de los servicios en salud, justamente en razón a la solidaridad que los une. Así, de algún modo lo reitera la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, en las cuales esta corporación en síntesis indica que la responsabilidad solidaria de las empresas prestadoras del servicio en salud y su personal médico que, si bien puede individualizarse el causante del daño, en caso de que la empresa esté en un procedimiento de responsabilidad civil, no se absuelve el compromiso del médico que forjó el daño que da nacimiento a la acción civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expedientes 14415 y 08667-01, 2010).

Ortegón. M, (2015) señala que, el hecho de ser garantista al momento de la prestación del servicio de salud en condiciones enteramente dignas y con la seguridad que el paciente requiere, conlleva a un significado que materializa uno de los fines fundamentales y esenciales dentro de la organización de un Estado Social de Derecho, el cual ha reconocido la salud como un servicio oficial y que se encuentra a cargo del Estado, por lo tanto, debe este

garantizar que todas las personas que residen en el país tengan acceso a este servicio primando el derecho a la igualdad.

El artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 del año 2009, también ratifica lo anterior y se cita en esta oportunidad lo relacionado con el tema objeto de estudio:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”.

Este artículo posee un doble sentido en la medida que es un derecho fundamental del ser humano y un servicio público, lo que implica que el Estado debe realizar todas las gestiones necesarias para garantizarlo, entre ellas la reglamentación de la forma y el alcance de la responsabilidad de las diversas instituciones y entidades que intervienen en la prestación del servicio de salud.

Así las cosas, la responsabilidad médica puede tenerse a bien como un deber vigilado por el Estado, delegado a los entes respectivos iniciando así por el Ministerio de Salud y de protección social, la Superintendencia Nacional de la Salud y los mismos estrados judiciales, como los encargados de garantizar o materializar el acatamiento a los mandatos constitucionales referentes a la prestación del servicio en salud y lo que ello implica, el cual no es un simple servicio oficial sino que constitucionalmente es un derecho esencial relacionado por conexidad con los derechos a la vida, la dignidad humana y la integridad física. El primero de ellos está consagrado en el artículo 11 de la Constitución y es de relevancia para el planteamiento del problema de investigación debido a que este resultado vulnerado en varios casos de negligencia médica.

Resulta necesario esclarecer que la responsabilidad que se le atribuye a estas empresas no siempre subyace de un acto médico, pues es posible que la clínica o cualquiera sea el prestador del servicio y el tipo de servicio, incumpla como ya se mencionó antes con una mala organización, pero también están todos aquellos accidentes que pueden provocarse por una mala infraestructura e incluso mal servicio de estancia, alimentación, instrumentos médicos. Dichas entidades no siempre prestan al paciente servicios médicos, a veces, los contratos solo constan de servicios de estancia, alimentación e instrumentación médica. En razón a ello, nacen relaciones jurídicas dadas de esta prestación de servicios de la clínica al paciente y que por lo general son muy complejas.

Desarrollada la trayectoria de lo que soporta en sí la responsabilidad médica y el principio de solidaridad que la caracteriza, se puede comprender que la base principal del problema es la tensión existente entre quien causa el daño y quien responde por los hechos como tal, ante la posible afectación a la salud de un paciente y como la responsabilidad

médica se desplaza al acto médico y la solidaridad cuando un daño es relacionado con dicho acto o cuando esta también es invocada a causa del mal servicio en infraestructura y demás.

Ortegón. M, (2015) afirma que la garantía necesaria para que haya un responsable, una vez exista un hecho dañoso y que la responsabilidad endilgada quede en firme y el agente afectado por dicho hecho dañoso se le garantice el resarcimiento del daño que como ya se trató en ese punto es una tarea para el Estado Social de Derecho que se brinden las herramientas y vigilancia necesaria para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado que en modo alguno se encuentran muchas veces en cabeza de particulares, teniendo en cuenta que las entidades promotoras de salud pueden ser públicas o privadas pero que igualmente en ningún caso su conformación interfiere como eximente de responsabilidad y por lo tanto de solidaridad.

De acuerdo con la anterior problemática planteada surge la necesidad de investigar sobre el tema objeto de estudio, del cual surge el siguiente interrogante:

Pregunta problema

¿Cuáles son las tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las entidades promotoras del servicio en salud en Colombia?

Objetivos

Objetivo General

Analizar las tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las entidades promotoras de salud en el territorio colombiano.

Objetivos Específicos

- Identificar los antecedentes y la naturaleza de la responsabilidad médica en Colombia.
- Examinar los elementos de la responsabilidad médica en Colombia.
- Determinar las consecuencias y los efectos de la solidaridad de las entidades promotoras de salud en Colombia en materia de responsabilidad médica.

Justificación

Esta investigación tiene por objeto principal realizar un análisis de las tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las entidades promotoras de salud en Colombia. En tal sentido, busca dar a conocer la importancia de la responsabilidad médica y como las EPS se encuentran ligadas a la misma en virtud del principio de solidaridad al cual que son sometidas desde el momento en que contratan a su personal médico y estos ejercen su función. También, las EPS contratan los servicios de terceros que los sobrellevan al cumplimiento de su objeto social y que probablemente la negligencia de su personal o de ellos como prestadores del servicio por factores tan sencillos de verificar, pero al momento de corregirlos pueden tardar y un claro ejemplo de ello es la mala infraestructura de una EPS y por ende pueden acaecer hechos dañosos sobre un agente, el cual en la presente investigación se reconoce como paciente.

Resulta importante destacar que, el hecho dañoso afecta directa e indirectamente; entonces, cuando se hace referencia a la afectación directa, se habla del paciente y en cuanto a la indirecta, se habla del entorno familiar y a todo aquel que afectare dicho daño, por ello es relevante estudiar el tema de las tensiones establecidas por quien tiene la responsabilidad.

Es menester realizar el presente estudio para exponer las consecuencias tanto de la negligencia médica, la mala praxis e infraestructura hospitalaria que desencadene un hecho dañoso, además establecer cómo puede afectar la posible extensión de la solidaridad de estas

entidades frente a su personal médico y/o viceversa, en el entendido que la responsabilidad médica puede endilgarse tanto al personal médico por su mala praxis, según sea el caso o a la entidad prestadora del servicio en salud, por su negligencia en acción u omisión de sus deberes en el cumplimiento del objeto social.

Por otro lado, se busca detectar cómo el ordenamiento jurídico colombiano respalda a la Lex Artis y cómo esto promueve el reconocimiento de la responsabilidad médica y la solidaridad que se le atribuyen a las entidades promotoras de salud al igual que verificar el avance a través del tiempo en la línea jurisprudencial y los beneficios conseguidos a través de los pronunciamientos judiciales.

Finalmente, el impacto del presente análisis investigativo puede beneficiar a las personas del común que se identifiquen como vulneradas por la mala praxis, la negligencia o cualquier otro motivo en el que pueda endosarse la responsabilidad al personal médico o a las entidades que prestan servicios en salud, así como a la comunidad médica que desconoce el alcance jurídico de la práctica de su profesión. En ese orden de ideas, el presente trabajo de grado colabora con la comprensión real del ordenamiento jurídico y jurisprudencial referente a la responsabilidad médica, sus elementos, modalidades y quienes responden solidariamente.

Delimitación Espacial

El presente estudio se realiza en el marco del ordenamiento jurídico de la República de Colombia, y contextualizado en las tensiones de la responsabilidad médica frente a la solidaridad de las entidades prestadoras del servicio en salud.

Delimitación Temporal

Para la realización de esta investigación se tomarán como referentes los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales generados desde la promulgación de la Constitución de 1991 hasta el año 2020.

Línea de investigación

“Neurociencia Cognitiva y Salud Mental”

Sublínea

Bienestar, Cultura de Paz y Convivencia.

Capítulo II

Marco teórico

Antecedentes

Es significativo iniciar este acápite de la investigación con la identificación de ciertos autores internacionales y nacionales que ya han relatado de alguna manera algo referente a las variables de la investigación, por tal motivo para soportar este trabajo de grado es necesario citarlos en este punto con el fin de conocer sus teorías, objetivos plateados metodología empleada que pueda ayudar a las investigadoras a adoptar su propia postura.

En primera instancia es preciso abordar los antecedentes internacionales y por ello nos permitimos citar a Mariñelarena, J.L. (2011) quien en su trabajo titulado “*Responsabilidad profesional médica*” establece como objeto primordial la delimitación de responsabilidad del personal de salud, las instituciones que prestan el servicio y la responsabilidad a su vez de pacientes en el país de México y para ello la metodología empleada es una revisión bibliográfica documental, revisión de jurisprudencia y observación de las conductas del personal médico.

Mariñelarena, J.L. (2011) indica que la responsabilidad penal no exceptúa las demás responsabilidades en incluso ni siquiera la administrativa cuando se trate de un servidor oficial, es decir que el médico y la entidad prestadora del servicio se puede encontrar en todas las responsabilidades al mismo tiempo en el ordenamiento jurídico mexicano. En tal sentido dicha responsabilidad es compartida por todos los que intervienen en la prestación del servicio: enfermeras, administrativos, asistentes, auxiliares, instituciones. Finalmente se infiere que en caso de responsabilidad va muy relacionado con las largas jornadas laborales que deberían reducirse.

Por otra parte, se cita a Del Bruto, O. (2018) quien titula su texto como los *“Requisitos Para que Proceda la Responsabilidad Civil por Mala Práctica Médica”* que tiene el fin del presente artículo es identificar ciertos requisitos en el país Ecuador con los cuales se configura la responsabilidad civil médica por la mala praxis del personal profesional en salud y para ello trabaja bajo el paradigma cualitativo y es una revisión de literatura que produjo como conclusiones que se resalta que para que en Ecuador exista responsabilidad médica por malas prácticas debe existir necesariamente el dolo o culpa del médico y por obvias razones debe existir un daño para el paciente al igual que la existencia de relación entre el dolo o culpa y el determinado daño. Se indica que el dolo es la intención de dañar y la culpa se refiere a la adaptación de la *lex Artis*; y el daño es todo lo que sufre el paciente, y cumplidos esos elementos existe la necesidad de resarcir el daño por medio de una indemnización.

Por su parte, en trabajos nacionales se observa la teoría de Ruiz Perea, A. A. (2002) quien en su artículo nombrado *“Reflexiones sobre el acto médico y la responsabilidad ética desde el código de ética médica”* se trabaja en la generación del objeto principal bajo una Revisión documental y con el objetivo principal de aportar inferencias bajo la óptica médica en lo que concierne al acto médico y la responsabilidad ética en los procedimientos que podrían involucrar a los expertos de la medicina.

Luego de tal revisión, Ruiz Perea, A. A. (2002) concluye que el paciente y doctor son considerados como seres bio- psicosociales, también se infiere que la relación doctor paciente ha mutado con la legislación nueva, los doctores generales y especialistas diariamente deben realizar un examen ético de las labores cotidianas y conocer el código de ética médica para no incidir en las faltas a la ética que tienen que ver con la falta de consentimiento informado,

decisión del paciente, negligencia médica, imprudencia, no ser leal de acuerdo a lo estipulado por el Tribunal de Ética Médica del Cauca.

Así mismo en 2002, Cabarcas Beltrán, G.H. (2002) realizó una investigación titulada *“La responsabilidad civil médica en nuestra Legislación colombiana”*, la cual es cualitativa y socio jurídica puesto lo que quiso hacer fue un análisis de la naturaleza del compromiso que debe asumir el profesional de la medicina al prestar su servicio concluyendo que en primera medida se indica que el suceso de violar el deber de informar se configura como una falla de la confianza que es depositada, a su vez eso recae en la violación del compromiso de fidelidad que todo doctor debe tener para con el paciente, pues es una conducta social, e individual. La violación a la normatividad ética es un asunto grave legal ya que es el rol del doctor frente a la sociedad y lo bueno que debe hacer.

Del mismo modo, Restrepo Manotas, J.A. (2012) tiene como fin de la investigación explorar los temas de sanción en la disciplina en el acto médico relacionado con la ética de este, esto lo hace bajo una investigación titulada *“Una mirada en lo ético disciplinario y en la investigación administrativa. Los tribunales de ética médica y el acto médico”* en la cual emplea una metodología que se basa en la revisión sistemática que permita definir y exponer la moral del trabajo cotidiano esto con el fin de observar lo que el ser humano entiende por bueno en su ejercer diario y tiene como resultado que un proceso laboral la ética y su manera de aplicarla busca la equidad y justicia a todo costo evitando la corrupción. Se concluye que a través de la historia el mundo ha avanzado tecnológicamente, pero a nivel de moral y ética cada día retrocede un paso, la justicia es irrespetada, la violencia aumenta día a día, los hurtos, y diversas violaciones que maltratan directamente a los profesionales de la salud, y cuando es criticada su ética lleva el trámite a una responsabilidad administrativa.

Amaya-Ordóñez, J. F. (2017) titula su trabajo como la *“Responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia”* el cual va dirigido a el análisis de ciertas circunstancias en cuanto a la configuración de la responsabilidad penal de los médicos en lo que a su profesión concierne para resolver la duda de cuando un médico es responsable por culpa en el ejercicio de su actividad y la metodología que emplea Amaya es una revisión y compilación de múltiple literatura legal que existe sobre lo estudiado concluyendo que para que no se configure como responsabilidad penal médica un suceso el límite del riesgo permitido se determina en la medida que se cumplan los requisitos que son obligatorios para la realización de algún procedimiento. Los requisitos o presupuestos los indica la *lex Artis* lo que significa los protocolos que se tienen en cada centro médico. Además, se concluye que desde que el médico estima su juramento está en obligación de conseguir el consentimiento informado del paciente antes de realizar cualquier procedimiento para no ocasionar daños jurídicos no aprobados.

Seguidamente en el año 2018, el autor Bravo Urbano, J.A. (2018) investiga y titula su trabajo como *“La Responsabilidad Civil de las Entidades Promotoras de Salud por pérdida de oportunidad en casos de tratamiento de enfermedades terminales”* el cual tiene como objetivo primordial la identificación de la configuración de la responsabilidad civil por la pérdida de oportunidad de las EPS y demás entidades prestadoras de servicios de salud, y para ello, la metodología empleada por el autor fue bajo el método de investigación doctrinal y jurisprudencial analizando distintos autores que hablan de responsabilidad civil.

El autor presenta 3 conclusiones al respecto: Como primera conclusión establece que la teoría de la perdida de oportunidad se puede aplicar en el caso que exista incumplimiento de obligaciones establecidas por las EPS relacionado con la prestación de servicios médicos que debe ser de manera incesante e inacabable. Como segunda reflexión el autor indica que cabe la

posibilidad que para probar que existe la responsabilidad civil se debe acudir a la teoría de la pérdida de la oportunidad que en ámbito probatorio se determina a través de un dictamen pericial. Y en el último punto conclusivo el autor indica que deben trazar una ruta para prevenir una conducta dolosa y así avalar el derecho a la salud y el atributo a vivir. *“Finalmente la teoría de la pérdida de oportunidad es una herramienta que determina la conducta negligente de las EPS o IPS de manera negativa puesto que son omitidos los compromisos contractuales”*. (Bravo Urbano, J.A. 2018)

Dentro del mismo tiempo, el autor aspirante a ser abogado en su trabajo de grado realizado para la Universidad De La Costa Sandoval Arraut, D. (2018) titula su investigación como *“Función de la lex Artis como parámetro para evaluar el acto médico dentro de los procesos de responsabilidad civil en Colombia”* en el cual objetivo general consiste en *“Explicar las funciones prácticas de la lex Artis dentro de los procesos de responsabilidad civil médica que se desarrollan en Colombia”*, vale resaltar que el trabajo en curso se hizo bajo un enfoque cualitativo siendo una investigación de revisión bibliográfica documental.

El estudiante concluye que los medios de prueba eficientes para poder avalar que la lex Artis se está cumpliendo son los que poseen carácter formal contando con que el origen de lo sucedido es derivado de una relación entre persona y quien necesita del discernimiento; así mismo considera que las fuentes de la lex son las que acceden a que el acto médico sea percibido desde un ámbito formal y que como consecuencias en cuanto a hechos cuando se incumple la lex Artis, las pruebas que se observan y lo argumentado requieren que el juez busque a expertos en ámbito clínico y que se tenga en cuenta que las partes se encuentran en posiciones disimiles una más ventajosa que la otra en cuanto al proceso médico por lo que es urgente el dictamen médico.

Historia y naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica

Antecedentes históricos

La historia de la responsabilidad médica se remonta al derecho romano, la cual puede ser resumida en el libro octavo decimo ad edictum, en la ley de Aquilia y otros documentos semejantes (Arias Fonseca, J. L (2013). En el derecho Romano la culpa era todo acto ilegal que pudiera imputarse sin necesidad de esclarecer si era un suceso (facto) o de omisión (omissione) en lo referente al actuar procedente o a la negligencia o abandono. Cualquier castigo que se diera, se daba con la lex Aquilia que era la norma del Derecho Romano que generaba una indemnización a los dueños de los bienes dañados por culpa de otro.

Igualmente, se trae a colación al autor Ruiz, W. (2015), quien relata que al principio de la humanidad era prácticamente nula y es así como en esos inicios difícilmente podría hablarse de algún principio u obligación de seguridad en sentido estricto, pero que, podía suponerse teniendo en cuenta el carácter “sagrado” que tenía el médico lo cual lo colocaba más allá de toda pena o de cualquier indemnización pecuniaria. Aun así, el reconocimiento legal se “corroboraba con las acciones que realizó Hammurabi, Rey de Babilonia, al penalizar a los médicos imperitos y negligentes y la Lex Aquila romana, que reguló el resarcimiento del daño causado a otro, esto a modo de algunos ejemplos que puedan traerse a colación con el tema”. Así mismo, Ruiz, W. (2015) comenta que dicha inmunidad sacrosanta en ocasiones era quebrantada” por algún senador romano que arrojaba a un estanque de peces voraces al médico que tenía a su servicio, el cual generalmente era su esclavo, porque erraba en la aplicación de la ciencia hipocrática o porque desconfiaba de la pócima que creía envenenada”. (p. 200)

Finalmente, el autor destaca:

“Los galenos se han sucedido durante siglos legando su inmunidad, aunque las excepciones hayan existido y sean numerosas. Históricamente, sólo han estado sometidos a las reglas de la ética profesional y a su conciencia y en caso de quebrantarlas sólo estaban sujetos a la censura social. El juramento hipocrático así lo confirma al expresar que, Si observo mi juramento con fidelidad, séanme concedidos gozar plenamente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si los quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria. Es decir, si cumple con sus oficios terapéuticos será reverenciado como un sacerdote o como un dios verdadero; pero si no es así, pasará su vergüenza ante la sociedad”. (Ruiz, W.2015., p 200)

Por su parte, Otálvaro Pérez, J.D., López Muñoz, A.F. (2021) comparten que la medicina en la antigüedad era algo sagrado, donde en la relación paciente médico se desplegaban de términos religiosos, cosa que al transcurrir los años en Grecia se introduce una mayor civilización y se genera la medicina técnica o de experimentos lo que introduce mayor detalle al tratamiento de un paciente en aquella época estableciendo requisitos que generaban una relación más compleja entre médico y el individuo enfermo. Por tales motivos, se fue separando lo religioso y sagrado de lo técnico y práctico porque en ocasiones se notaban ciertas discrepancias en lo que debía ser según el sacramento y lo que atañía técnicamente para salvaguardar la vida de un resignado. Entonces al incluir dichas técnicas más avanzadas se podía interceder más en el cuerpo humano, con ese nuevo papel que el médico tenía con el enfermo se hacía más complejo la relación paciente médico, más sin embargo no existía una responsabilidad médica en manos del Galeano para con el enfermo.

Otálvaro Pérez, J.D., López Muñoz, A.F. (2021) también mencionan que en Mesopotamia durante la vigencia del Código Hammurabi el cual es catalogado por el autor como arbitrario e ilegal, en el cual en los artículos 215 al 227 se percibieron lo que fueron las primeras

regulaciones de la actividad de la medicina, entonces se estipuló que los que ejercían la medicina recibían remuneración más dinero que en el entonces era “siclos-plata”, a través de los pacientes o enfermos con más clase social que era dividida en el wardu (esclavos), mushkenum (subalternos), awilum (persona libre) y se determinaban como “nobles, clase media, esclavos y/o clase baja”, lo cual por medio de ese criterio la responsabilidad era establecida. En tal sentido cuando el profesional de la salud el trabajo lo hacía con éxito no tenía la mayor relevancia e incidencia y como trueque se entregaba siclos, pero cuando el tratamiento no era exitoso era deber del médico en la época compensar el error con la integridad propia, con alguna parte de su cuerpo humano o hasta con su vida, también en otras ocasiones era necesaria una compensación económica por parte del médico hacia al paciente o cambiar un esclavo por otro, cabe resaltar que el castigo para el experto de la salud o simplemente tratante medicinal también se configuraba por la clase social que tuviere el paciente.

A pesar que en temas de antecedentes no hay tanta referencia en cuanto a responsabilidad médica lo que se estableció en Roma y Grecia fue útil ya que permiten la descripción de cómo ha evolucionado a lo largo de la leyenda la relación del médico y el paciente a nivel de responsabilidad médica debido que si era medicina sagrada (por brujos o sacerdotes) el castigo para ellos era por los dioses y si era medicina técnica ya se iba contra la vida de la persona, es decir la responsabilidad médica era regido por la conciencia humana.

El libro sagrado, fue creado por sacerdotes estableciendo regulaciones para la actividad del galeno y a su vez información sobre los síntomas de ciertas enfermedades; de este modo si el médico no cumplía lo establecido en el libro podría tener pena de muerte, de acuerdo con lo relacionado por el autor Parra Sepúlveda (2014).

De la responsabilidad civil en general

Definición general de la responsabilidad civil

La responsabilidad es definida por la Real Academia Española (2022) como “cualidad de responsable” también en el numeral dos es definida como “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito o culpa o de otra causa legal”, en el numeral 3 como “Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado” y en el numeral cuatro señala que es “la capacidad existente de un sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que responsabilidad es un sinónimo del verbo reparar, puesto que las definiciones básicas, apuntan a que la responsabilidad busca resarcir un daño causado. Entonces es menester afirmar que la responsabilidad es consecuencia del acto humano, entendiendo que este en su libertad se expone a daños producto de acciones u omisiones y por los cuales debe asumir consecuencias que en este caso se entiende como responsabilidad.

Coral Díaz, D.H. (2019) define la responsabilidad civil como “una institución jurídica que se sintetiza, básicamente, en la indemnización de perjuicios derivados de un supuesto de hecho en el que una persona ha sufrido un daño injusto que merece ser reparado”.

Así mismo, Tamayo Jaramillo, J. (2007) manifiesta al respecto que:

“La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito el cuasidelito, o la violación del deber general de la prudencia”. (p.20)

López & López (2012), citado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC5170 del año 2018 plantea la siguiente definición:

“La responsabilidad civil puede ser definida, de forma general, como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos, bien porque el daño acaezca sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 5170, 2018).

En otras palabras, la responsabilidad civil es el compromiso que posee una persona que le ha generado un daño a otro y para reparar el daño se debe emitir una indemnización (reparación económica) pero para probar tal responsabilidad debe evidenciarse la culpa o negligencia de quien genera el daño. El Código Civil Colombiano, no define con exactitud qué es la responsabilidad y mucho menos la responsabilidad médica. Bajo ese precepto, la responsabilidad civil puede originarse bajo dos regímenes, contractual o extracontractual las cuales a pesar de tener origen diferente ambas lo que promueven es indemnizar a la parte afectada.

Por otro lado, la Corte Constitucional resalta en su sentencia T-158 de 2018 de acción de tutela con referencia al daño, que este inicialmente se enfocaba más que todo en la sanción penal sustentada en la culpa y la responsabilidad personal, pero que a partir del XIX ya un tanto después de la revolución industrial cuando los temas relacionados con la responsabilidad pasaron a un plano en materia civil, esto con la finalidad de transformarlo en un ámbito mucho más objetivo y que trascendiera más allá de la culpa. Enfocando esto en tres puntos particulares, expresado por el alto tribunal así: “el predominio de la función de reparar y compensar; la implementación de criterios objetivos de imputación con el fin de establecer los causantes del daño y el surgimiento de los seguros de responsabilidad civil”.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional menciona que:

el régimen de responsabilidad civil se compone de dos presupuestos que son: (i) la existencia de un daño y (II) su atribución a un sujeto determinado en virtud de un título de imputación proveniente de una norma particular y que su objetivo y fundamento principal es indemnizar el daño que se ha causado a partir de un riesgo que la víctima no tiene que soportar o porque quien lo ha causado ha sido negligente en su actuación.

Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad contractual se deriva como su nombre lo indica de un contrato. En ese evento, una de las partes incumple con las obligaciones que adquirió, produciendo un menoscabo o deterioro a la otra. Por lo tanto, la parte que genera el hecho dañoso debe reparar el daño causado a la otra parte.

La responsabilidad civil contractual encuentra su fundamento desde el artículo 1602 del Código Civil, que al otorgar al contrato la aptitud de ley para las partes quedan obligadas a efectuar lo pactado. De modo que, si una de las partes incumple, se compromete por las consecuencias que genere ese incumplimiento a la otra parte.

La responsabilidad civil contractual no está expresamente regulada, pero si definida por la Corte Constitucional en la sentencia C-1008 del año 2010, como “aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido” por lo cual ubica a la responsabilidad mencionada en un ámbito privado que solo toma auge en un campo establecido (privado).

De igual manera es definida por Arrubla, J. (2008):

“Existe responsabilidad contractual, cuando la obligación de indemnizar surge como consecuencia del incumplimiento de un contrato, es decir, existiendo un vínculo contractual preexistente al hecho que es imputable al deudor. En cambio, cuando no existe tal vínculo, sino

que la obligación de indemnizar la impone la ley, como consecuencia 6 de un hecho ilícito, imputable a un sujeto, estamos en presencia de la responsabilidad extracontractual”. (p. 375)

Lo anterior nos permite inferir que estaremos frente a este tipo de responsabilidad cuando la misma solo devenga de un contrato y que el perjuicio o daño atribuido a una conducta que esté asociado al mismo, que frustre su finalidad, entre tanto, sea caso contrario estaremos enfrentados a una responsabilidad civil, sí, pero extracontractual.

Elementos de la responsabilidad civil contractual

Muchos juristas plantean que los elementos de responsabilidad civil contractual son la culpa, el daño y el nexo causal, sin embargo, Tamayo Jaramillo, J. (2007) plantea que es mejor sin duda denominarlos conducta, daño y nexo causal puesto “que si se considera primordial es el acto omisivo del agente, aun en la más objetiva de las responsabilidades”.

La culpa en el régimen contractual se encuentra dividida la culpa en leve, grave y levísima. La leve se encuentra en la falta de diligencia, la grave se refiere en el momento que no se ejecutan la labor con el cuidado debido y la culpa levísima se enfoca en la falta de celeridad y falta de atención con la labor encomendada. De ese modo y en torno al grado de culpa surge o no la opción de indemnización¹. En cuanto a jurisdicción, el juez en este régimen tiene la competencia para brindar exigencia de cumplimiento ante cualquiera de los compromisos. En otras palabras, la culpa es similar cuando se escucha la palabra falta, pero cuando se escucha la palabra negligencia encaja más en aspecto de responsabilidad; La culpa no puede ser confundida

¹ “Artículo 1604 del Código civil colombiano”: “: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio” (...)

con la conducta o el hecho de culpa puesto que ella “no es más que una cualidad, característica o modalidad que acompaña al comportamiento humano”.

Por otro lado, el daño en la responsabilidad civil contractual se entiende de acuerdo con lo que expresa Tamayo Jaramillo, J. (2007) como “*el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima*”.

Tamayo Jaramillo (2006) especifica que cuando el acuerdo de voluntades no se ejecuta o se ejecuta, pero de manera errónea, con demora, la persona acreedora tiene la posibilidad de pedir indemnización si ello le llegare a ocasionar un perjuicio; de este modo es que se infiere el perjuicio reparable y en relación con mencionados perjuicios cuales serían las curas legales.

El perjuicio reparable se caracteriza por ser diverso, es un “perjuicio cualificado” como lo categoriza Tamayo Jaramillo, J. (2006), el cual debe ser seguro, previsiblemente y directo. El perjuicio seguro o cierto podría ser por sucesos del futuro.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado al respecto que:

“[Los] perjuicios directos se clasifican y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de las obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte... (SC, 29 oct. 1945, G.J. t. LIX, pág. 748)” (Corte suprema de Justicia, SC 282- 2021).

Finalmente, se puede indicar que al hablar de los elementos de la responsabilidad contractual existe la necesidad de la evidencia de un nexo causal, en la medida que podría

ocasionar que un individuo se comporte de manera no legal y al mismo tiempo un tercero resulte afectado, por lo que si la persona que comete el hecho ilícito no fue la directa responsable del perjuicio del tercero no podría considerarse responsabilidad civil.

Cuando se habla de causalidad, diversos pensadores y legisladores entran en disputa puesto que la causalidad física en diferentes oportunidades no es relacionada con la causalidad jurídica, entonces la causalidad jurídica *“es que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado”* (Tamayo Jaramillo, J. 2006).

Expresión de la voluntad

En principio, para que se configure la responsabilidad contractual se exige la existencia de un contrato previo –escrito o verbal- entre el profesional tratante y el paciente, del cual emanen las obligaciones que serán luego incumplidas. Sólo que, en materia médica, no basta la mera “manifestación de voluntad” de las partes, como ocurre en derecho civil o comercial. Por el contrario, la ética médica impone un mandato según el cual nadie puede disponer sobre otro; imperativo estructural que exige el consentimiento informado, persistente y, en ocasiones, cualificado para la aprobación de cualquier procedimiento, tratamiento o intervención quirúrgica.

Así lo exige expresamente el artículo 15 del Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981), a cuyo tenor el médico *“(…) Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente(…)*

No obstante, excepcionalmente puede seguirse hablando de responsabilidad contractual aún en ausencia del consentimiento informado del paciente, como ocurre con los incapaces (impúberes, dementes) o con los inconscientes, donde los facultados para vincular al paciente

con el galeno son sus tutores, curadores o representantes legales, bien mediante un consentimiento sustituto o un consentimiento asistido del menor. Por eso es posible, en casos, desconocer la autonomía de un menor que se opone a recibir un tratamiento o una vacuna cuando esté comprometida su vida o su salud, pues en estos casos existe “una ponderación de derechos fundamentales donde la vida goza de prioridad”.

Hecho propio y hecho ajeno.

Frente a la responsabilidad civil de personas jurídicas, la doctrina ha variado siempre. Es por ello por lo que inicialmente la responsabilidad directa por culpa in eligendo o invigilando, se presumían. principio, se explicó vía responsabilidad indirecta por culpa in eligendo o invigilando, las cuales se presumían.

Sin embargo, explica Acosta-Madiedo, C.D. (2010) que dicha teoría fue reemplazada prontamente por otra, nombrada como la “teoría organicista” esto en derecho público, aplicada con algunas variaciones en el derecho privado, indicativa de la responsabilidad directa de la que trata el artículo 2341 C.C. sobre la persona jurídica cuando el daño sea causado por un hecho u omisión de sus directores o agentes, pero persistiendo la teoría de la responsabilidad indirecta que profesa artículos 2347 y 2349 C.C. mencionando entonces el autor que:

“no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonere automáticamente a la administración, cuando, como en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (...) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico” Acosta-Madiedo, C.D. (2010).

Ahora bien, por su parte Tamayo, J. (2007) expresa que la responsabilidad Civil por el hecho ajeno, y la Responsabilidad Civil por Actividades Peligrosas o por el hecho de las cosas, no son más que el simple desarrollo de la idea de actividad culposa, que se consagra en el

artículo 2341 del Código Civil. Por tanto, el deduce que lo que en realidad en su momento el legislador buscaba era realizar una aclaración en la medida de lo posible sobre las múltiples hipótesis que se manejaban al respecto del tema. Por lo que indica que el código civil es un fundamento aportante a la responsabilidad aquiliana y que ha sido entonces la jurisprudencia la causante de llevar a un plano aclaratorio todas las disposiciones existentes al respecto para lograr el desarrollo técnico y científico de la responsabilidad, la cual en muchos casos es presumida. Entendiendo eso como que la culpa en si se requiere para comprometer la responsabilidad.

Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual o comúnmente titulada como responsabilidad aquilana es aquella que surge a partir de la relación jurídica entre partes que no se encuentran atadas por algún vínculo contractual. Esta relación deriva hechos u omisiones que no se encuentran tipificados por la norma y son imputables a título de negligencia o culpa el cual produce detrimento en los atributos de cada parte y por ello se debe generar alguna indemnización.

El Diccionario panhispánico del español jurídico. (2022) define a la responsabilidad civil extracontractual como el “Deber de reparar los daños y perjuicios que recae sobre la persona que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, al margen de cualquier vínculo contractual”. Así mismo, Useda Maraví, M. (2013) la define como “la obligación que tiene una persona de reparar un daño, por haber violado el deber jurídico de no causar daño a otro”.

Por su parte, el artículo 2341 del C.C establece que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido”. Resultado de este, que la

responsabilidad civil extracontractual como hecho ocasional, accidental e inesperado ocasiona una obligación de resarcir y que para comprometerse en responsabilidad deben existir los elementos de culpa, daño y relación de causalidad. En la Culpa debe existir error en la conducta, el daño debe ser cierto, personal y antijurídico y el nexo causal solo se quebranta cuando existe fuerza mayor, culpa exclusiva y el hecho es por un tercero.

En la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana la culpa puede ser cualquiera, se deben pagar todos los perjuicios, en cuanto a la solidaridad es el de cualquier daño ejecutado por 2 o más personas.

La responsabilidad extracontractual nace cuando existe una acción u omisión de alguna conducta ilegal, cuando la conducta sea antijurídica es decir que el actuar o conducta sea contraria a lo que dice la legislación colombiana, contraria al derecho, también debe existir culpa, debe existir un daño o detrimento de la moral y finalmente para que se configure dicha responsabilidad debe existir un nexo causal entre conducta y el daño.

2.1.1.1.1. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual no tiene inicios o no se deriva de ningún acuerdo de voluntades, lo que quiere explicar que entre el individuo que origina el daño y el individuo que lo sufre no se evidencia ninguna clase de contrato. Como ejemplo de lo antes mencionado se tienen los accidentes de tránsito en los cuales existen o se provocan innumerables daños no solo materiales sino a los individuos y por ende hay acto compromisorio en que la persona responsable cumpla con los perjuicios que causare independiente si se llegase a dar una responsabilidad penal.

Es por ello, que se hace necesario develar que uno de los ámbitos más importantes de la responsabilidad civil extracontractual son los elementos que antes se mencionan, es decir, los

que la configuran. Su relevancia radica en que si estos se cumplen a cabalidad se le garantizan los derechos a las víctimas que sufren los daños por mencionadas acciones y omisiones, así lo expresa Arenas Mendoza, H. A. (2020).

La responsabilidad civil extracontractual se integra por 4 elementos, a saber: Conducta humana (positiva o negativa), daño o perjuicio, relación de causalidad y criterio de atribuir la responsabilidad. La Corte Suprema de Justicia, Sala de descongestión Civil, Proceso 11001-31-03-019-2005-00327-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta; catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete: ha señalado que para que exista responsabilidad civil extracontractual debe probarse la existencia de estos elementos: La conducta humana como norma general y antijurídica, un detrimento afectando bienes e intereses, una relación entre el daño y la conducta ejecutada y finalmente debe atribuirse la responsabilidad como norma principal de forma subjetiva (dolo o culpa). (SC12063-2017; 14/08/2017)

Useda Maraví, M. (2013) coincide con lo expresado por la Corte Suprema ya que textualmente indica que “Para que exista responsabilidad civil extracontractual es necesaria la presencia de cuatro elementos: que la conducta del autor sea antijurídica, que exista un daño causado a la víctima, la relación de causalidad y el factor de atribución que puede ser objetivo o subjetivo”.

Por su parte, Rojas-Quiñones, S. & Mojica-Restrepo, J. D. (2014) manifiestan que el Consejo de Estado ha mencionado que no son 3 elementos, sino que solo son dos: el daño antijurídico y el de la imputación, lo cual deja en evidencia la exclusión de la causalidad, más sin embargo en referencia al recorrido que Arenas Mendoza, H. A. (2020) realiza por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los años 1914 al 1963, del año 1964- 1990 y del 1991 al

año 2019 coincide que el elemento del nexo causal si corresponde como factor determinante en tema de responsabilidad extracontractual.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-158 del año 2018 también asevera que la responsabilidad extracontractual se produce o se genera a partir de un daño causado sin que antes haya una relación contractual o que, habiéndola, el daño causado se encuentre fuera del objeto de este. El régimen de la responsabilidad civil extracontractual emana su funcionalidad en que aquel que cometa un daño sin conducta justificable, tendrá lugar a rectificar sobre lo sucedido con la finalidad de resarcir o reponer aquel daño que se haya causado, esto en virtud del principio de igualdad, el cual es el encargado por llamarle de modo alguno de equilibrar la relación existente entre quien realiza el daño y quien es perjudicado por este. Por esto mismo la Corte Continúa diciendo que

“En este sentido, el autor deberá devolver algo a la víctima, reparar un objeto dañado o indemnizarla en caso en caso de que la situación original no pueda ser restablecida, que es lo que ocurre la mayoría de las veces. Es importante resaltar que no cualquier daño genera responsabilidad civil extracontractual, ya que el derecho sólo protege algunos intereses, en esa medida el daño debe estar protegido jurídicamente”. (C. Const., sentencia T-158, 2018)

Responsabilidad civil médica

Para iniciar este punto es necesario dilucidar sobre el acto médico, la medicina y todo lo que envuelve para llegar de una forma más detallada a la responsabilidad civil médica. Es por ello por lo que nos permitimos citar a Palomino Castro, R.R. (2008) quien expresa que la medicina y todo lo que ella envuelve se consagra en la Ley 23 de 1981 la cual en su artículo 1° en su numeral uno establece lo siguiente:

“La medicina es una profesión que tiene como fin 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 distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. 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”.

Así mismo, en su artículo 16 expresa que: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”.

En ese sentido, de la relación médico – paciente que se habla es la figura que desarrolla el acto médico antes mencionado, es la figura que funge y valida una relación específica y por ende de esa relación pueden surgir cosas exitosas como pueden salir fallas las cuales generan un daño.

Visto lo anterior, no se puede descartar entonces la responsabilidad que surge del accionar médico por lo que vale resaltar que la jurisprudencia ha intentado sobrellevar los vacíos existentes en el ordenamiento jurídico con el fin de que la prestación de los servicios médicos sea cobijada dentro del marco normativo. Por ejemplo, la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo ha dispuesto algunos puntos para entrar analizar esta responsabilidad; tales como son:

- elementos tradicionales que configuran la responsabilidad civil.
- la disyuntiva entre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad médica.
- el controvertido asunto de la carga probatoria, tanto en materia de culpa (o falla del servicio) como en materia del nexo causal entre aquella y el daño.

La responsabilidad civil médica es entonces el compromiso obligatorio que el médico posee de “reparar un daño originado a un paciente” esto debido a su negligencia y mal actuar.

La Corte Constitucional en la icónica sentencia T-158 de 2018 deja en claro muchos puntos de la responsabilidad médica en materia civil, manifestando que son:

“obligaciones de los prestadores de salud aquellas que consisten en brindar al paciente todas las herramientas de las que dispongan de conformidad con la *lex Artis* de la materia, con el objetivo de curarlo, así en todos los casos no se pueda cumplir. Debido a ello, en principio, la responsabilidad civil de la prestación de tales servicios se exige solidariamente a las entidades prestadoras de salud, a las instituciones prestadoras de dichos servicios y al personal médico y la responsabilidad será de carácter contractual o extracontractual si el daño surgió del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato o por la violación del deber genérico de no dañar, por un hecho u omisión del responsable”. (Sentencia T-158, 2018).

Es en este punto donde se teje la responsabilidad no solo “del acto médico” ejercido por el experto de la medicina, sino también entre este último y la responsabilidad que le acaece a la EPS para la cual este presta sus servicios y es a través de la cual nace la solidaridad. La responsabilidad radica dependiendo la situación acaecida o según el llamado nexo causal.

Para Acosta-Madiedo (2010) los compendios de la responsabilidad son: el daño, la culpa y el nexo causal como así ya se ha manifestado en varias oportunidades a lo largo del presente documento hasta el momento. Sin embargo, algunos autores proponen 2: El hecho ilícito o antijurídico y el daño que afecta un interés ajeno.

La medicina conlleva una formidable responsabilidad que brota de las “características que engloban su práctica”, así lo afirma Ruiz, W. (2015) y también lo corrobora Tamayo, J. (2007) cuando expresa que:

“la actividad médica es, desde el punto de vista físico, esencialmente peligrosa, no solo porque generalmente se utilizan instrumentos y aparatos de suyo peligroso, sino porque el organismo del

paciente está sometido a enormes riesgos por el simple hecho de la actividad del médico en efectuar el tratamiento”. (p. 1069).

Lo anterior entonces da razón a lo expresado por Ruiz (2015), quien afirma que todo procedimiento sin distinguir si es beneficioso, quirúrgico o diagnóstico es un peligro inminente sobre el paciente. Esto basado también en que, el acto médico al ser ejecutado puede ocasionar un daño a la salud o algún tipo de consecuencia bien sea física o psicológica. Entonces, para Ruiz, W. (2015) el riesgo si bien lo soporta el enfermo, es el ejecutante del acto médico quien corre con las implicaciones legales, en razón que al paciente muy por encima del consentimiento para tal acto, al verse afectado, probablemente recurra a la justicia por sentirse perjudicado. En cuanto a esto último, Tamayo, J. (2007) adopta la postura afirmando que está de acuerdo con que la culpa médica deba probarse por quien se sienta víctima de un acto médico defectuoso y que, no puede prevalecer la hipótesis que el médico procuraba el bien de la víctima puesto que en efecto si puede bajo ciertas circunstancias encontrarse responsable por actividades peligrosas.

Para Ruiz, W. (2015) en la actualidad el componente más admitido “en términos de la necesidad de reparación por el hecho de terceros es la obligación de seguridad y garantía, ya que esta es a través de la cual se busca que se le pueda conceder al paciente, al menos un poco de seguridad en cuanto a los profesionales que en una institución (pública o privada) trabajen y a los elementos adecuados y necesarios para que su finalidad, la cual se basa en la preservación de la salud, pueda ser logrado”.

Con lo anterior el autor indica que no se busca que en determinado momento cuando se encuentre frente a un daño obvio producido al paciente, se busque manifestar una subjetividad bien sea a la acción o a la omisión del galeno, antes, por el contrario, se demuestre el incumplimiento del principio de seguridad y buena fe.

En cuanto al principio o la también llamada obligación de seguridad en la responsabilidad médica, Tamayo, J. (2007) afirma que concurre solamente mientras el paciente está tomando las atenciones médicas, puesto que, es justo allí cuando el galeno adquiere dos obligaciones: la primera, tratar y calmar al paciente y la segunda, que se creería que la más importante y delicada era la de evitar a toda costa ocurra un daño colateral al paciente. Ahora bien, también debe tenerse en cuenta que la obligación de seguridad no siempre es de medios, sino que otras veces podrá ser de resultados.

De igual forma, es válido anotar o identificar diversas sentencias en las cuales de una u otra forma se pueden observar tipos de responsabilidad medica: en la sentencia SC042-2022 se evidencia el tema de responsabilidad médica debido a la muerte de un individuo por diagnóstico tardío de apendicitis aguda, se evidencia de igual forma un mal servicio médico en todas las fases. El riesgo constatado se enfoca en las complicaciones que se dieron por enfrentar tarde el diagnóstico de la enfermedad mencionada y como consecuencia se produce una peritonitis. Por su parte, en cuanto a derecho probatorio se examinaron las actividades profesionales sugeridas por el juez trayendo la sentencia SC13925-2016² como referente científico de una norma rectora. En tal sentido como prejuicios patrimoniales se determinó el ingreso mensual que tenía como título obtenido por la carrera ingeniería civil, se refleja el lucro cesante para el hijo en la medida que solo tenía 8 meses al momento que el personaje mencionado fallece, también se evalúa la dependencia económica de su pareja. Finalmente se llama en garantía a salud Total S.A EPS y se deja en claro los deudores solidarios para el tema específico de responsabilidad civil médica.

2 (Sentencia de Casación SC 13925-2016, septiembre 30 de 2016. MP. Ariel Salazar Ramírez)

Como se puede reflejar hasta el momento, la jurisprudencia no siempre es pacífica con sus sentencias, al respecto Acosta-Madiedo, C.D. (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 Rodríguez, N.Y. (2015) al referirse a los factores que forman más complicada la responsabilidad médica en la sociedad moderna, esta no envuelve escuetamente los canjes en la legislación, sino que respeta también a compendios oportunos de un método cada vez más complejo.

Garzón Rodríguez, N.Y. (2015) indica que “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)

Cabe resaltar que la jurisprudencia trae a colación el pensamiento de la Corte Constitucional (Sentencia T-118A, 2013) que genera claridad sobre el tema 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”. (p. 17)

Naturaleza de la responsabilidad civil médica

A lo largo de la tradición se pensaba que el doctor o médico como comúnmente se le llama al profesional de la medicina, respondía en de forma extracontractual ante un evento médico en la medida que como la medicina se consideraba como una profesión libre, ella no podía ser parte de un contrato. Por ende, el actuar del médico no estaba sujeto a un vínculo contractual.

La responsabilidad médica no nace propiamente del incumplimiento de obligaciones en sí, sino del cumplimiento de estas de manera defectuosa, equívoca o por cualquier otro factor incidente en la conducta. Es por ello que, también se puede afirmar que la responsabilidad médica entonces no tiene una naturaleza “definida”, es decir, no podría indicarse que proviene de la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que su naturaleza se define según cada caso en particular y los agentes intervinientes en el daño, teniendo en cuenta que, la responsabilidad médica no solo recae sobre el personal médico, sino todos aquellos que conforman la atención en salud, como el área de enfermeras, auxiliares, clínicas, hospitales, EPS, IPS, y todos aquellos agentes que puedan verse involucrados en la responsabilidad del cuidado y mejoría del paciente puesto que a lo largo del tiempo se discutía referente con el nacimiento u origen de la responsabilidad civil médica, lo que ahora no es un tabú o existen controversias ya que como norma rectora la responsabilidad de IPS o EPS frente al paciente es de clase contractual.

Eximentes de la responsabilidad médica.

A lo largo de los años la jurisprudencia y doctrina han promulgado que la persona demandada en un proceso de responsabilidad tiene por regla principal la oportunidad de defenderse, planteando algo referente al daño, al motivo de imputación o al que lo fundamenta, esto dependiendo al régimen de responsabilidad ya sea contractual o extracontractual que se le aplique; puede alegar exoneración al probar falta de falla, que no exista un nexo causal o demostrando alguna causa extraña.

Se puede exonerar de manera total la responsabilidad médica cuando exista fuerza mayor la cual en el código civil colombiano se identifica como sinónimo de caso fortuito “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” y para ello debe ser un hecho externo, imprevisible e irresistible como ya se menciona.

La Corte Suprema de Justicia precisa lo siguiente en relación a la fuerza mayor:

“a) Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que “...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...” (g.j., tomos liv, p. 377, y clviii, p. 63). b) Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para

enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1999, expediente 5220).

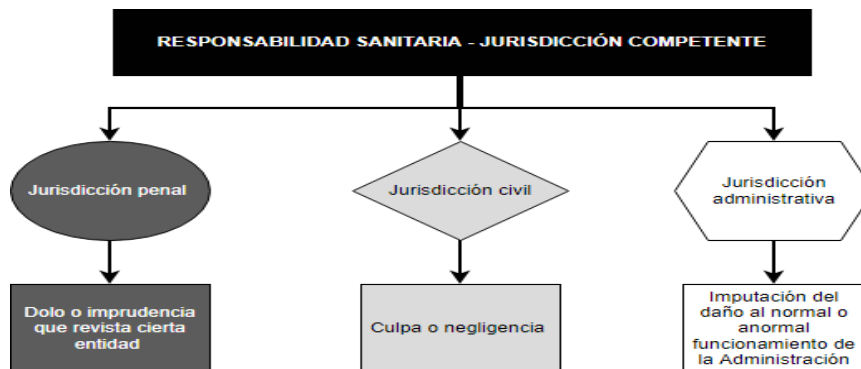
Entonces para decretar fuerza mayor como ya se manifiesta debe existir un hecho externo que indica que el suceso debe ser ajeno a la voluntad del daño originado, debe existir un hecho imprevisible es decir cuando no se puede contemplar que ocurrirá y un hecho irresistible cuando no se puede evitar las consecuencias que originó u originará el daño.

Por su parte, el hecho de un tercero como causal de exoneración es cuando se habla de un tercero ajeno de los que la ley identifica como terceros solidarios dentro del proceso. Y, la figura del hecho de la víctima de acuerdo con lo estipulado en el código civil en el artículo 2357 “La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso” Es decir que no debe ser culposo necesariamente.

Para concluir, se refleja en la siguiente la jurisdicción competente en cada situación:

Figura 1.

Responsabilidad sanitaria.



Nota. Responsabilidad médica - jurisdicción penal, civil, administrativa. Fuente: Iberley. (2021, 22 abril).

Elementos de la responsabilidad civil médica

Para iniciar este acápite resulta necesario precisar que el autor de la responsabilidad es el doctor, galeno o médico que ejecuta la función de forma profesional y el acto médico es la actividad del doctor, galeno o médico cuando atiende al que lo requiere.

Se trae a colación la postura de la autora Garzón Rodríguez, N.Y. (2015) la cual indica que los elementos orgánicos incuestionablemente de la responsabilidad civil médica son el daño el cual se configurado como toda doblez a un individuo que le es ocasionado un perjuicio y aclara que no siempre posee un resultado legal; ante esto el Consejo de Estado infiere que la perdida de oportunidad es una de las modalidades de daño, la cual más adelante se aborda.

Otro elemento orgánico de la responsabilidad civil medica es el nexos causal el cual es una conexión que se requiere entre lo que genera el daño y el daño ya ejecutado. (Garzón Rodríguez, N.Y. 2015).

Y, en tal sentido, otro elemento subjetivo de la responsabilidad médica a nivel general es demostrar la “culpa” en ocasión del médico, elementos que son considerado mala práctica o praxis como la impericia que va ligado con el proceder con un paciente no teniendo los conocimientos suficientes.

Daño

El daño es uno de los elementos de la responsabilidad médica y puede catalogarse como uno de los más fundamentales debido a lo estipulado por Garzón Rodríguez, N.Y. (2015) el cual manifiesta que es “la perdida sufrida por un individuo como consecuencia de la lesión a un derecho a un interés jurídicamente tutelado de la víctima”.

La pérdida de oportunidad el Consejo de Estado en el año 2013³ la refiere como una de las modalidades en la cual se presenta o se observa el daño; es un método que facilita la fase probatoria la cual debe ser reparada como un menoscabo independiente y emancipado del daño finito.

“la pérdida de oportunidad aparece cuando es imposible demostrar un nexo causal entre el daño padecido por la víctima y la actuación de la Administración. Así las cosas, ante la imposibilidad de imputar a la administración con total certeza el daño causado, resulta ineludible que el juez haga un estudio y análisis estadístico y, a partir del acervo probatorio, determine el porcentaje en el cual el afectado restó sus probabilidades de salir mejor librado de los hechos que envuelven el caso. Lo que lleva inmerso el tema de una justa reparación al afectado”. (Garzón Rodríguez, N.Y. 2015)

También, se aporta en este punto la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la cual en su sentencia SC13925-2016, en la cual se expone que el daño es “la lesión de un bien jurídico tutelable”, teniendo en cuenta que es a partir de éste que se define la fuente de la responsabilidad. Entonces el criterio para determinar si existe un daño es legal; lo que arroja que los valores, normas y principios del sistema como tal muestran técnicas para establecer lo que pudiere considerarse como daño.

“El daño o perjuicio no es solamente una afectación a la esfera externa del sujeto (como por ejemplo un detrimento patrimonial) o una vivencia subjetiva (verbi gratia un intenso sufrimiento psicológico), porque para que tales repercusiones alcancen el estatus de daños resarcibles, deben haber sido valoradas previamente por el ordenamiento jurídico como dignas de protección jurídica y de indemnización”. (*Corte suprema de justicia sentencia SC13925-2016*)

3 Consejo de Estado (MP. Enrique Gil Botero; 25 de octubre de 2013).

Al respecto, Acosta-Madiedo (2010) plantea que el daño se acepta de manera pacífica y lo clasifica como el primero de los elementos de la responsabilidad civil. También indica el autor que, el daño en esta parte “sólo será de relevancia para efectos de imputar responsabilidad al agente de este, es decir, cuando sea antijurídico y con una connotación anormal y excepcional que permita considerar configurada su imputación en cabeza de la entidad demandada”.

El autor ejemplifica este elemento así: “En una situación dada se logra este acreditando lo sencillo que resulta para el cuerpo médico la actualización del conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto, o cuando el error es craso e inexcusable, a todas luces imputable al agente material del mismo” (Acosta-Madiedo, C.D. 2010).

Esguerra, J.C. (2013) apoya la teoría anterior anotando que el daño es un perjuicio como ya se sabe y que debería ser antijurídico lo cual arroja que la persona que lo sufre no estaría obligada a soportarlo por lo que entonces ya determinada la presencia de este, habrá que constreñir o averiguar que lo causó y ello envuelve investigar o validar dicha causalidad “causalidad jurídica”.

“Y no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque, de lo contrario, el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone. Cuando al acontecimiento lesivo proviene de un acto ilícito, la conducta será antijurídica como contradicción del obrar del sujeto respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto; en cambio, cuando se vulneren a la persona bienes jurídicos o intereses legítimos que se debían proteger, ese quebrantamiento o daño es contra ius para quien lo padece, porque el Estado en principio debe velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas. En esta medida la antijuricidad implica un desvalor de la acción o conducta o desvalor del resultado”. (Esguerra, J.C. 2013, pág.32)

Ante todo, lo ya evidenciado respecto al daño y las posturas de diversos pensadores, es válido recordar que el régimen de responsabilidad nace a partir de uno de los principios más

relevantes del derecho que es el deber de no causar un daño a otro. En este sentido, un sujeto es responsable cuando incumple la obligación de no dañar, siempre y cuando la causa del daño le sea imputable; sin la presencia de un daño no se podría alegar ni por vía penal ni mucho menos por vía civil.

En este caso el daño podría ser material que se enfoca en lo financiero, es decir en los gastos que el acto ha ocasionado, gastos de medicamentos en farmacia, hospitalización y consecuentemente lo que el menoscabado ha dejado de ganar por encontrarse en un estado de vulnerabilidad; y el daño físico el cual es el principal debido a la alteración patológica incluyendo la salud mental.

Culpa o falla del servicio

La Real Academia Española (2022) define la culpa como “imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta”. Partiendo de este concepto, es posible afirmar que, la culpa es el resultado de una acción que en su momento pudo ser previsible o no.

Alfaro-Victoria, F. (2012) identifica la culpa como una “categoría delictiva” que se va regenerado con el proceder médico, es en pocas palabras la trasgresión del compromiso de cuidar y se da cuando se afecta un bien jurídico tutelable como es la salud y la vida de un ser humano (lesiones y homicidio) respectivamente.

La culpa como elemento, o conducto además de ser intencional y de ser imprudente (al realizar el médico lo que no debía hacer), resguarda el no cumplimiento del compromiso que tiene el doctor que, aunque sea por norma rectora de medios, en distintos casos podría ser de resultado. En ese orden de ideas, cuando se habla de imprudencia tiene que ver con la no atención de prevenir resultados que sean probables, debido a no implementar lo necesario para su prevención y así lograr evitar ciertos actos o desenlaces fatales.

Del mismo modo, para Acosta-Madiedo, C.D. (2010) la culpa ha sido definida como el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo. En la responsabilidad civil médica, no solo el agente infractor puede ser el profesional de salud, sino que también puede incidir en el error de su acción:

“cuando el demandado es una entidad, el elemento culpa es reemplazado por el título de imputación denominado falla del servicio, esto hace referencia a 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”.

Se establece un acto constitutivo de culpa cuando el médico actúa con déficit de conocimientos, cuando actúa de forma veloz sin percatarse de lo que podría suceder y sin prevenirlo, cuando no se hace lo que se tiene que hacer y cuando se abandona al paciente; y los errores constitutivos de culpa es cuando los doctores realizan un mal diagnóstico como cuando emplean de mala forma los medios diagnósticos, cuando interpretan de forma negativa los resultados o cuando establecen un diagnóstico sin revisar al paciente (consultas por móvil), también cuando se presentan errores de prescripción como las recetas ilegibles, sustituyen dosis, administran las dosis de forma errónea, entre otros.

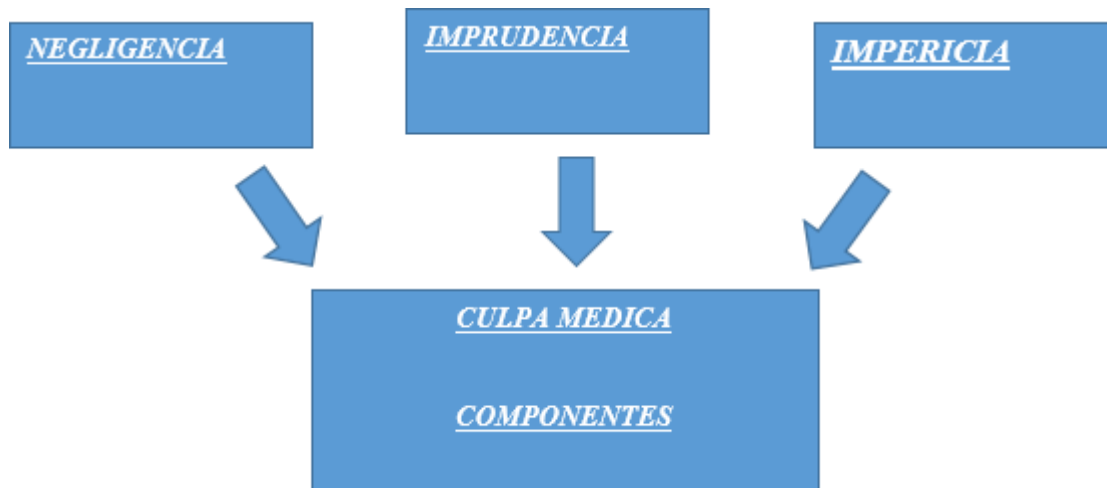
Entonces partiendo de lo anterior, la culpa tiene diferentes rostros por así decirlo, el primer rostro es la imprudencia que de acuerdo con Alfaro-Victoria, F. (2012) es la “Es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja.”, lo que denota que recae cuando el doctor actúa de manera rápida sin tomar las recomendaciones para ejecutar la conducta; así mismo, el segundo

rostro es la negligencia que de acuerdo con Alfaro-Victoria, F. (2012) es la “Es la omisión al cumplimiento al deber, con conocimiento de causa, teniendo los medios para ello, es descuido y omisión.” por lo cual la negligencia médica infiere en cuanto el doctor realiza lo que no debe hacer y realiza menos de lo pactado y el incumplimiento de los deberes y normativas del cargo que el médico tiene.

Otro rostro es la impericia definida como “Es la falta de pericia, es decir, la sabiduría. Es la carencia de conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina”, la precipitación como otro rostro se enfoca en el actuar de una forma apresurada aun así que se tenga tiempo para hacerlo de una mejor forma y por ende se obtengan resultados negativos y el ultimo rostro de la culpa es la inobservancia la cual es “la omisión al cumplimiento de los principios éticos y preceptos legales de observancia obligatoria en el ejercicio profesional” todos estos vislumbrados por el autor Alfaro-Victoria, F. (2012).

Figura 2.

Componentes principales de la culpa.



Nota. Elaboración propia 2022.

Es por ello, que de la misma forma sucede en todos los espacios donde se propician las situaciones para el reconocimiento de perjuicios, cuando en el progreso de actividades inmiscuidas con la salud de los enfermos bien sea por impericia o negligencia, se ocasiona un impacto negativo en la salud, se origina igualmente la obligación de la persona que causa el daño de enmendarlo siempre y cuando todos los elementos de la responsabilidad sean acreditados.

En resumidas cuentas, los requisitos que la norma necesita para que ese perjuicio por el que pasa un individuo pase a llamarse responsabilidad de otro individuo son el daño “jurídicamente relevante” y la conducta que genera ese daño “culpa” de acuerdo con lo establecido en la sentencia SC13925-2016 de la Corte suprema.

El mecanismo objetivo de la “responsabilidad médica” se enfoca en el menoscabo que se le es generado al paciente, es decir que son las lesiones causadas o el homicidio del paciente que se convierten en culposos por lo cual la responsabilidad es penal directamente; cuando el menoscabo es económico la responsabilidad médica es civil y por ende el paciente solicita su resarcimiento o indemnización. Y finalmente para que haya responsabilidad penal o civil como se comenta debe existir cierta relación entre el menoscabo y la diligencia del profesional de la medicina.

Con base en lo anterior se podría indicar que la ciencia de la medicina no es exacta y que cada cuerpo es distinto y que las anomalías de las personas o enfermedades son de vez en cuando difíciles e inciertas lo cual arroja que varios efectos que no son visibles se desencadenen independientemente de la forma en que los médicos procedan y no necesariamente por el actuar negativo de este. En estas oportunidades la responsabilidad del profesional no debe comprometerse puesto que se tratan de diversas situaciones que no pueden prevenirse o como comúnmente se llaman “casos fortuitos” que son alejadas al querer y proceder de los galenos, y,

cuando, por el contrario, se genere cierto resultado que pudo preverse y no se hizo por la imprudencia del galeno, ya es intencional su conducta y por ende es culpable y responsable de los daños.

En ese orden de ideas, el comportamiento del médico si es contrario a la *lex Artis* no hay culpa y si es conforme a la *lex Artis* si hay culpa. Por lo que se trae a colación en este punto, la sentencia emitida por la Corte suprema de justicia SC12947-2016 la cual textualmente infiere lo siguiente:

“La responsabilidad médica describe un escenario en donde campean los mismos elementos de toda acción resarcitoria y, por supuesto, cuando se ha infligido daño a una persona, surge el deber de indemnizar. Los agentes de la salud o establecimientos hospitalarios no están exentos, entonces, de ser llamados a responsabilizarse del detrimento generado”. (p.37)

Al respecto de la culpa, la Corte Suprema de Justicia, ha expresado disímiles sublevaciones sobre la apreciación de “las pruebas en asuntos de responsabilidad médica y la determinación de la culpa probada como fundamento de la configuración de la responsabilidad. En efecto, desde la sentencia del 30 de enero de 2001, al revisar un caso en el que el demandante solicitó la indemnización de perjuicios por la ruptura del tímpano del oído izquierdo prestamente causada por el tiramiento que le dieron los médicos, dicha Corporación reseñó la jurisprudencia relativa a la carga de la prueba y a la determinación de la responsabilidad extracontractual de los médicos en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, por resultar pertinente para el asunto que analiza la Sala, se citarán *inextenso* los argumentos esgrimidos en la providencia referida, en consideración a que desde ese momento la Corte Suprema de Justicia consolidó su jurisprudencia sobre la valoración de las pruebas y la determinación de la responsabilidad en este tipo de asuntos a partir de la culpa probada”:

“Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de la culpa del médico sino también la gravedad, expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como una empresa de riesgo, porque una tesis así sería inadmisibles desde el punto de vista legal y científico y haría imposible el ejercicio de la profesión”.

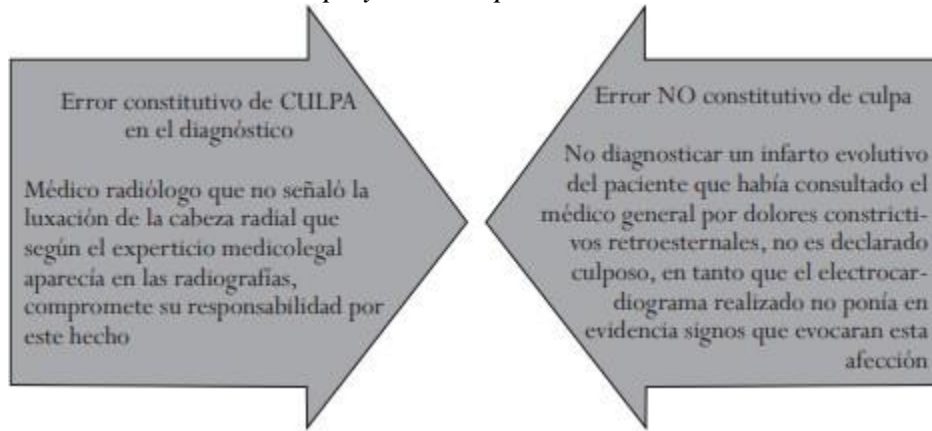
“Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.

“Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el contrato se hubiere asegurado un determinado resultado pues si no lo obtiene, según dice la Corte, el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, a no ser que logre demostrar alguna causa de exoneración, agrega la providencia, como la fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”.

A continuación, se presenta un ejemplo de un acto constitutivo de culpa y de no culpa:

Figura 3.

Acto constitutivo de culpa y deno culpa.



Nota. Documento titulado “responsabilidad médica en la especialidad civil”. Fuente: “Consejo superior de la judicatura” (2019).

En cuanto al diagnóstico, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-036 de 2017 ha indicado que:

“el derecho al diagnóstico, en tanto faceta del derecho fundamental a la salud, es la garantía que tiene el paciente de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”.

Finalmente, cuando ya se dice que existe una culpa, es decir se *incumple con el compromiso de cuidar* se entraría al análisis de las circunstancias generadoras modo, tiempo y lugar. El modo va enfocado a un médico prudente y diligente, que considera una cirugía como ejemplo complejo y debe evaluar las condiciones de los pacientes, debe emplear el instrumental propicio, los materiales deben ser de buena procedencia y la experiencia del médico ni se diga; el

tiempo si la cirugía fue programada con tiempo, o si fue de urgencia, si fue en turno de noche o en días festivos; y, el lugar en que lugar queda ubicado el hospital, si en zona rural o urbana y todo el equipamiento que ésta contiene pues es evidente que si es una cirugía los resultados positivos o los mejores se comprenden de una clínica de tercer nivel.

2.3.1.1. *Lex Artis*

De la *Lex Artis* se puede indicar que esta hace referencia al modo en que se actuó ante una situación concreta, teniendo en cuenta que, en el ámbito sanitario, el facultativo puede encontrarse con un sinnúmero de situaciones imprevisibles (Guzmán, et. al, 1994).

Un ejemplo puede darse en una complicación durante una cirugía que requiera tomar medidas drásticas para salvar la vida del paciente, y estas medidas podrían suponer la asunción de ciertos riesgos. Es en este sentido que se entiende entonces que las técnicas médicas no siempre deben ni pueden seguirse al pie de la letra. Así las cosas, en ocasiones un buen médico tiene que improvisar para que su intervención sea efectiva.

La espontaneidad que se menciona en el párrafo anterior debe ser prudente, siguiendo la línea con el buen hacer de la profesión y con las habilidades y conocimientos del sanitario. Al momento de conceptualizar propiamente la *Lex Artis* con relación a lo que mencionan Guzmán et. al. (1994) es justamente referente a la situación antes ejemplificada. Advirtiendo así que, los facultativos la respetan siempre que actúan de un modo prudente y profesional. En este sentido e intención a definir o conceptualizar, es posible plantear que, la palabra *lex Artis* -textualmente, “ley del arte”, precisa que esta se ha venido empleando desde siempre, para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Se puede afirmar entonces que, un profesional es bueno cuando maneja

una técnica adecuada, es un gran artesano y de “praxis” intachable en el ejercicio de su profesión.

Por su parte, Torres, L. (2019) afirma que la Lex Artis es la que determina la forma en la que cualquier profesional habría reaccionado o actuado frente a una circunstancia determinada, teniendo presente lo que se denomina como “riesgo permitido”, lo que también destaca al respecto frente a la temática es que, la medicina no es una ciencia exacta por cuanto no puede asegurar un resultado que, aunque no pueda realizar un tratamiento ideal para la patología que se encuentra tratando, pero si el tratamiento adecuado, acorde a los recursos que de momento se encuentren disponibles.

Un punto importante a destacar frente a la Lex Artis es que está siempre ha sido lo suficientemente enfática en que los profesionales de la salud en el instante en que empiezan por evaluar la situación actual del paciente y el riesgo al que están expuestos según los procedimientos a los que se conllevan deben mantenerse al margen de lo que antes mencionamos como “riesgo permitido”, esto, con la finalidad de que se avalen los procedimientos y que el acto médico, en caso de tener errores, puedan ser excusables en el marco médico- legal. Esto debido a que el profesional de la salud debe tener en cuenta también, las situaciones en las que facilita su servicio, porque de ello depende que los resultados arrojados por su accionar puedan defenderse en materia de derechos y que aun cuando el servicio sea prestado en condiciones precarias, el tratamiento que se brinde resulte adecuado, manteniendo siempre los protocolos de la ética médica. El médico está llamado a disponer de todo lo posible, y que se pueda alcanzar, claro está. Para procurar la salud del paciente, es esto lo que finalmente garantiza la calidad y eficiencia del servicio. Ahora bien, como ya se dijo antes, la medicina es no es una ciencia exacta, por lo cual no puede asegurarse un resultado, esto no da lugar a que un profesional de la

salud actúe con impericia y causando detrimento en la salud del paciente pueda ser justificado por tal razón.

Fundamentos de la LEX ARTIS

Para Guzmán et. al. (1994) la Lex Artis se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional. Entendido más explícito esto como un criterio valorativo en el acto médico en concreto ejecutado por el profesional de la medicina. Para ello se tiene en cuenta algunas características puntuales, como lo son: autor del acto, la profesión, la complejidad y trascendencia vital dicho acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos. Entendiendo esto último, como el surgimiento interior del acto médico o las consecuencias internas que este tiene para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación a actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado.

Es válido insistir que, en circunstancias meramente excepcionales, la responsabilidad del médico es de medios mas no de resultados, observando que el derecho fundamental a la salud denota una condición de bienestar no solo físico, sino que también psíquico y social, y por lo tanto solo es exigible desde la imputación objetiva cuando existan falencias en su actuación por falta de cuidado en el diagnóstico o en el tratamiento. Como se dijo anteriormente en el objetivo que estudia la lex Artis, para dicho procedimiento de imputación se debe observar la creación y realización del riesgo materializado en el resultado lesivo de un bien jurídico protegido. Es complementario establecer el ceñimiento o no del rol exigido a quien ejecutó la acción, en este caso el profesional de la medicina tal cual lo manifiestan Guzmán, F., Franco, E., Morales de Barrios, M.C & Mendoza Vega, J. (1994).

Funcionalidad de la Lex Artis

Como ya se ha venido indicando la función específica de la Lex Artis, en resumen, es determinar si la conducta del profesional en este caso de la salud fue acorde, eficiente y suficiente en el acto médico o, por el contrario, fue deficiente y, por ende, el acto médico puede ser refutable en el marco médico legal. Así las cosas, Giraldo, D. (2018) expresa que si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión. Suele aplicarse el principio de la lex Artis a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la profesión médica, toda vez que la medicina es concebida como una ciencia experimental. Dicho esto, podemos afirmar entonces que la Lex Artis, actúa como un juzgador de los actos médico o mejor expresado aun, como el instrumento para realizar tal cosa.

Atendiendo a la diversidad de situaciones o circunstancias que son concurrentes en la actividad médica se ha logrado la generación de múltiples reglas técnicas en el ejercicio de esta profesión en el sector salud, conllevado a la conclusión que para cada acto hay una ley. De esto, puede decirse que no es así en la literalidad, pero que, si es posible hallar en materia jurisprudencial un sin número de pronunciamientos de los altos tribunales al respecto de cada situación presentada con relación al acto médico, la EPS que presta el servicio y los terceros que intervengan dentro de la situación que se presente. Así las cosas, sigue expresando el autor que “Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de lex Artis ad hoc como módulo rector o principio director de la actividad médica”. (Giraldo, D. 2018)

Acto médico

Vera (2013) define el acto médico como lo que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente (Ética Médica Individual) y a la sociedad (Ética Médica Social). Los actos que lleve a cabo en función de su vida privada, no profesional, caerán en el campo de la Ética General, la misma que permite juzgar los actos de cualquier persona.

Así, también para Guzmán et. al. (1994) el acto médico es toda acción o disposición que el médico realiza en el ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico, así como los que se deriven directamente de éstos. Así las cosas, el acto médico entonces se perfecciona o se concreta con la atención brindada al paciente con todo lo que ello implica, es decir, con el nacimiento de la relación médico-paciente, en donde normalmente este último acude al primero en razón a una alteración en su estado de salud, por lo que es el médico la persona idónea para brindar de acuerdo a su capacidad, y experticia de orientar al paciente hacia los tratamientos, estudios y remisiones a quien haya lugar en pro de obtener un diagnóstico.

La ejecución profesional de la medicina en primera medida se trata del acto médico que guarda encaje con la relación médico paciente; Palomino Castro, R.R. (2008) menciona que el acto médico inicia con dicha relación paciente médico y que se da cuando un individuo, en ocasión a una alteración de la salud se dirige a un centro médico o al doctor directamente para que como profesional lo lleve a un tratamiento de calidad con el fin de ser sanado, prevenir algo mayor o rehabilitarse. Las conductas que el médico genere orientadas a lo anterior son las que conforman el acto médico que se da bajo varias etapas: La primera etapa es la anamnesis que se enfoca en investigar los síntomas existentes y el factor psíquico y social del paciente, la segunda etapa es la de diagnóstico por medio de la cual se dictamina sobre lo que tiene el paciente o cuál

es su verdadera situación e informarle cual sería el tratamiento propicio, la tercera etapa es donde ingresa ya el tratamiento elegido el que se requiera para sanar o realizar rehabilitación y finalmente la cuarta etapa es lo que viene posteriormente al tratamiento donde el propósito es observar la evolución del tratamiento y las reacciones ante el mismo.

En Colombia, el ejercer médico es considerado como cualquier otra actividad del ser humano y por ende puede estar susceptible a los errores porque no se está en este mundo exento ni existe alguien perfecto terrenalmente hasta el momento que se catalogue como perfecto, pero para el tema del acto médico dichos errores pueden ser fatales (Vásquez, 1995). Partiendo de esta premisa se considera entonces el acto médico como una actividad que carga con una responsabilidad por parte del profesional de la medicina, sin embargo, en ocasiones la responsabilidad no es directa al médico en la medida que si éste no tiene los medios necesarios pues es obvio que se podría producir daño, el cual es considerado como eje primordial de la responsabilidad médica. De este, se puede decir que, en efecto es uno de los elementos fundamentales para configurar la responsabilidad médica. Ahora bien, el daño debe estar anclado al nexo causal del mismo. En otras palabras, el daño debe estar sujeto entre el acto médico y el nexo que lo conecta con el daño causado.

Entre tanto, el acto médico entonces también se encuentra relacionado con la EPS a quien este se encuentra prestando su servicio personal como profesional de la salud y que es esta que debe también brindar todas las herramientas necesarias para que este profesional pueda brindar un servicio óptimo y garantizando un acto médico acorde a la conducta que describe la Lex Artis. De este modo, entonces es posible afirmar que el acto médico no solo es una responsabilidad personal del profesional, sino que esta acción se encuentra ligada a la EPS, por cuanto finalmente estos tienen un deber y una responsabilidad solidaria frente a dichos actos.

El acto médico según lo referido por el autor Duque, G. (2020) no es una excepción a la regla de característica innata del ser humano como lo es la comunicación. Este explica que la comunicación es indispensable para establecer relaciones sociales y de supervivencia de la especie, en la que está presente la cotidianidad a través de códigos y significados compartidos. El acto médico se compone de una relación, como ya antes se mencionó, entre el profesional de la salud y el paciente, en la que la comunicación es herramienta fundamental para poder construir la historia clínica, a través de la cual se plasma la sospecha diagnóstica y la propuesta terapéutica. Es así como se establece ese vínculo bilateral entre médico-paciente, en el que el primero, busca el alivio para el padecimiento del segundo, quien ha puesto en él o ella su confianza.

El acto médico, puede ser documental, directo o privado. Cuando se hace referencia a un acto médico documental, se dice que, es en contexto suplementario de hechos preliminares y su categoría normativa en su eficacia como prueba en cualquier procedimiento. “En este grupo se incluyen el certificado médico, la receta o fórmula médica y la historia clínica, el más importante de todos” (Duque, G. 2020). De esta última se puede afirmar que es el documento matriz de un acto médico, es la prueba fehaciente de todo lo que ha conllevado la relación médico-paciente y en la que se ha plasmado cada paso para hallar el diagnóstico, así como los tratamientos prescritos para tratarlo; es, en resumen, la historia de lo que ha pasado el paciente en la travesía por mejorar su salud.

La historia clínica tiene un par de connotaciones importantes como lo son: La asistencial, por cuanto, lo allí consignado permite al paciente continuar su proceso con cualquier otro profesional diferente al que con quien inicio su proceso si este faltare en algún momento. Administrativo y médico legal, en el sentido que lo plasmado permite encontrar una justificación

frente a lo actuado, es decir, los procedimientos, estudios y/o exámenes practicados; generando así, pruebas documentales de la intercesión médica con respecto a la patología del paciente.

(Guzmán, F., Franco, E., Morales de Barrios, M.C & Mendoza Vega, J. 1994).

Del acto médico directo, se entiende que son aquellos a través de los cuales la intervención médica trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Estos actos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o resultado de una rehabilitación.

En referencia al acto médico como acto jurídico, se entiende que como toda acción genera una reacción, el acto médico no está exento de ello. En este caso, su implicación es jurídicas, debido a que el fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene repercusiones de ley. Entre tanto, el acto médico es una fuente que emana consecuencias de tipo jurídico dado que el paciente quien es el sujeto pasivo es una persona como cualquier otra sujeta a derechos que el médico está sometido a defender, tales son estos como: La vida, la salud, las buenas condiciones físicas y mentales y la integridad corporal.

Para Mesa & Pérez (2020) el acto médico se compone de 5 momentos:

- **Afectivo:** sentimiento que vincula al enfermo con su médico.
- **Cognoscitivo:** Ocurre cuando el médico, mediante anamnesis, observación, palpación y lectura de diversos antecedentes clínicos, comprende el cuadro, infiere y confirma el diagnóstico del paciente.
- **Operativo:** Reúne las variables que componen la terapéutica del cuadro: la farmacoterapia, intervenciones quirúrgicas, actitudes del paciente y del médico, el contexto, la palabra curativa, etc.

- **Ético:** Acto moral donde médico y paciente ajustan su comportamiento a su propia realidad mediante elecciones inteligentes y libres, prefiriendo ciertas acciones versus otras.
- **Social:** El diagnóstico y tratamiento están fuertemente condicionados por el escenario histórico y social donde se desarrolla el vínculo médico-paciente. Dicha unión depende de la singularidad de ambos y de su propia biografía.

Analizando el acto en el contexto actual, teniendo en cuenta la contingencia vivida por la pandemia que atravesó el mundo entero a causa de la enfermedad COVID-19, se ha dado la oportunidad, por llamarle de modo alguno, a la virtualidad en la medicina. Ahora es posible tener una cita médica sin necesidad de trasladarse directamente a la EPS, sino que puede hacerse desde la comodidad del hogar y por seguridad, evitando aglomeraciones y aumento en los contagios por este virus. Las diferentes EPS que operan a nivel nacional, han implementado la llamada telemedicina, lo cual se asemeja a lo que se conoce como el teletrabajo, pero en este caso es una consulta médica a través de medios digitales bien sean como plataformas de acceso remoto o llamadas telefónicas, en fin, cualquier medio por el cual el paciente y el médico puedan interactuar a fin de analizar el estado de salud o controles periódicos de estos. Así mismo, es posible interrogarse si el acto médico a distancia puede llegar a nacer con esta implementación de nuevas tecnologías para las citas médicas, por lo cual se trae a colación a los autores Mesa, M., & Pérez, I. (2020) ya que ellos no dudan en afirmar que, en efecto este puede darse y que son actos médicos genuinos que surgen de la interacción de médico-paciente sea el medio, lo menos relevante porque la finalidad es la misma, brindar al paciente una atención médica en pro del mejoramiento de su salud.

Aseveran los autores citados anteriormente que el acto médico sigue siendo ejecutado por el facultativo tratante. Es importante resaltar en estos puntos que los pacientes con dificultades para comunicarse pueden ser asistidos por facilitadores o familiares, cuidando de no convertirse en sus voceros o intervenir excesivamente en el diálogo médico-enfermo. Ahora bien, también es necesario insistir en que el acto médico independientemente del medio o el modo por el que sea ejecutado este debe estar siempre revestido de profesionalismo, atendiendo siempre a los principios médicos, como lo son el bienestar del paciente, el respeto a la autonomía de este y la justicia social, principios que componen la bioética, además.

Nexo causal

Con referencia al nexo causal, se tiene que este elemento hace referencia al vínculo que une la conducta de agente causante y de otro el daño. Con respecto a esto es importante resaltar que el nexo causal es un elemento esencial, teniendo en cuenta que este en síntesis es el que relaciona el daño con la causa o el motivo que causó dicho daño.

Pizarro, R.D. (2006) expresa que el nexo causal es la “necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido” y es empleado porque debe existir relación causal entre el hecho defectuoso que infringe y el que requiere ser reparado. En otras palabras, es el que accede el establecimiento de una relación “causa y efecto” entre conducta y daño.

Acosta-Madiedo, C.D. (2010) indica que el nexo causal en términos de responsabilidad médica recobra su importancia en que, puede demostrar que el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños no hace culpable al profesional médico, recordando que “las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios. por lo cual se exige siempre la

demostración del vínculo causal acudiendo a las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística”. Así las cosas, una vez se demuestra el nexo causal, puede entonces exonerarse dicho profesional demostrando “la intervención de un elemento extraño con la virtualidad de romper la cadena causal, que puede ser un hecho constitutivo de fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima”. (Acosta-Madiedo, 2010)

La Corte Suprema de Justicia en su Sentencia 14 de diciembre de 2012 bajo el Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez a través del Expediente numero 11001-31-03-028-2002-00188-01 indica que *“la causa o nexo de causalidad es el concepto que permite atribuir a una persona la responsabilidad del daño por haber sido ella quien lo cometió, de manera que deba repararlo mediante el pago de una indemnización”*.

El nexo causal ha tenido inconvenientes para su determinación debido a que no en todos los sucesos hay un hecho que se identifica claramente como el que case el detrimento, sino que se evidencian circunstancias en las que se presentan los hechos que cualquiera pudo ejecutar el daño lo que genera una controversia para dirimir con exactitud quien causó el daño y cuáles fueron las causas.

La Corte Suprema De Justicia para este caso en una sentencia del año 2018 del 12 de enero la SC002 bajo el magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez se menciona lo siguiente:

“no todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema en sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o de exoneración de responsabilidad. (...) el problema de la causalidad adquiere especiales connotaciones en derecho cuando se reconoce que el hecho lesivo, al igual que todo hecho natural, puede ser la consecuencia de una pluralidad de circunstancias que no siempre son identificables en

su totalidad, por cuanto tal propósito supondría un regreso al infinito; de suerte que intentar aislar o graduar con precisión cuál fue la causa eficiente resulta en muchas ocasiones imposible. A esa pluralidad de causas se le puede llamar concausas o causas adicionales”.

Por su parte, el Consejo de Estado en cuerpo de responsabilidad médica ha sido bastante extenso: Consejo de estado, sala contencioso administrativo sección tercera subsección B, bajo el consejero ponente Danilo Roja Betancourth, en la sentencia del 5 de marzo del 2015, radicado número 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) donde decide el recurso de apelación y la sentencia fue reconfirmada bajo la siguiente síntesis del caso:

“El 20 de septiembre de 2002, la menor María Fernanda Agudelo Suárez presentó fiebre intensa, vómito, diarrea y dejadez inusual, por lo que sus padres la llevaron al puesto de salud del barrio La Esperanza, perteneciente a la E.S.E. Villavicencio. Allí fue valorada por un médico general quien le ordenó exámenes de laboratorio, los cuales no le fueron practicados por cuanto este no funcionaba los viernes en la noche, los sábados, ni los domingos, razón por la que la niña regresó a la casa. Al día siguiente, la llevaron nuevamente porque persistieron los síntomas, ante lo cual le formularon diclofenaco y la niña fue devuelta a la casa. El lunes 23 de septiembre del mismo año los padres regresaron con la menor en grave estado de salud reflejado en los resultados de los exámenes tomados ese mismo día, por lo cual, fue hospitalizada con diagnóstico de dengue clásico, medicación y orden de realizar cuadro hemático al día siguiente. El mismo día, la paciente de tres años presentó sangrado. Finalmente, el 24 de septiembre de 2002 su estado de salud empeoró progresivamente y falleció”.

Luego de la anterior síntesis es importante señalar las consideraciones del consejo ya que consideraron la existencia de una falla en la prestación del servicio médico ya que la menor de edad no se le brindó la debida atención y consecutivamente no se le realizaron los tratamientos necesarios de acuerdo con los síntomas que presentó al momento que la valoraron en Villavicencio; cataloga la atención como “no apropiada, no adecuada y no oportuna” probando

negligencia del actuar médico, hubo error al momento de diagnosticar por ende se encontraba la sala ante un caso de responsabilidad y la entidad hospitalaria debía responder y por ende el Estado.

Otro ejemplo, de jurisprudencia se encuentra en la sentencia del 13 de noviembre del 2014, bajo el consejero ponente Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, radicado número 05001-23-31-000-1999-03218-01(31182) donde la síntesis del caso manifiesta lo siguiente:

“El 9 de septiembre de 1997, la señora Luz Elena Londoño Maldonado fue remitida por el I.S.S. - Clínica León XIII a la Clínica Las Américas de Medellín para la realización de una video laparoscopia operatoria, con un diagnóstico de síndrome adherencial pélvico. El 23 de octubre de 1997 a las 10:00 a.m., la señora Luz Elena Londoño Maldonado ingresó a la Clínica las Américas a fin de que le fuera practicado el procedimiento quirúrgico ambulatorio. Una vez practicada la video laparoscopia operatoria, la paciente fue dada de alta el 23 de octubre de 1997 a las 12:00 del mediodía. El diagnóstico definitivo registrado en la hoja de egreso fue síndrome adherencial abdominal y endometriosis grado II. El mismo 23 de octubre de 1999, hacia las 11:00 p.m., la señora Luz Elena Londoño Maldonado ingresó por urgencias a la Clínica Las Américas por dolor intenso a nivel abdominal. El 25 de octubre de 1997 a las 1 p.m., a la señora Londoño Maldonado le practicaron el procedimiento de laparotomía exploratoria cuyo diagnóstico post operatorio fue peritonitis, sepsis, síndrome adherencial y perforación del íleon y fue remitida a la Unidad de Cuidados Intensivos; no obstante, pese a los tratamientos, la sepsis peritoneal, ocasionada por ruptura intestinal en procedimiento de laparoscopia, le causó la muerte el 7 de enero de 1998”.

De esta forma, es menester constreñir que la presencia del nexo causal delimita el punto de arranque y el comienzo de la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia, de forma que su dificultad imposibilita diferentes clases de juicio, lo que genera que las causas que lo acometen sean visiblemente señaladas.

Compromiso de resultados o de medios.

Con el objeto de establecer el alcance de compromisos pactados, en la jurisprudencia doctrinal se observa los compromisos de medio y de resultado; en tal sentido la clase de compromiso que se asume depende de la carga de la prueba de los implicados en un procedimiento de responsabilidad civil. Carga de la prueba.

Rozo Sordini, P.E. (1998) define a las obligaciones como “las de medio como en las cuales el deudor está obligado a cumplir una actividad, prescindiendo de la realización de una determinada finalidad; viceversa, son de resultado los compromisos en las cuales el deudor se obliga a realizar una cierta finalidad prescindiendo de una específica actividad instrumental”.

Entonces es menester ejemplificar lo anterior: Rozo Sordini, P.E. (1998) manifiesta que el compromiso de medio es cuando un doctor se encuentra con la obligación del cuidado del paciente o cuando el doctor promete la ejecución de algún tratamiento más sin embargo no está obligado a que el paciente sea curado de lo que tiene. Ya en los compromisos de resultado van dirigidas a los efectos jurídicos/materiales. La diferencia de los compromisos de medio y resultado es la discrepancia en los objetos de la asistencia; en el compromiso de medio la asistencia se da por un particular y en el compromiso de resultado lo que es requerido es el resultado y si este no se da, el compromiso no se entiende por ejecutado.

Al respecto la Sentencia 20001-3103-005-2005-00025-01, (Corte Suprema de Justicia 2013), bajo el M.P Arturo Solarte Rodríguez, se evidencia lo siguiente:

“en el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el

contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito”.

En conclusión, los compromisos de resultado se debe presumir la culpa y le pertenece echar abajo el nexo causal en la conducta que se imputa y el daño a través de la apariencia de un componente raro como lo son el caso fortuito o fuerza mayor.

Carga de la prueba

El derecho probatorio o comúnmente llamado como derecho a probar es de suma importancia en el ámbito de responsabilidad debido a que por medio de este se establece una buena o mala administración de justicia puesto que es catalogado la “columna vertebral”. De ese modo, la constitución de Colombia en el artículo 29 estipula el atributo al debido proceso para cada uno de los requerimientos legales, fijando dentro del mismo el atributo a defenderse que es en pocas palabras el derecho a probar o desmentir las que se ocasionen en contra del determinado sujeto.

Es menester entonces en este punto citar a López Blanco, H. F. (2001) cuando manifiesta en cuanto a la prueba:

“Sin la prueba el Estado no puede administrar justicia para aplicar el derecho al caso controvertido o a la actuación penal respectiva. Sin ella el Estado no puede ejercer la función jurisdiccional que le compete, para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico, donde quiera que este haya sido infringido; sino existe prueba no puede existir administración de justicia ni orden jurídico alguno. Sin la prueba la sociedad seria la anarquía y lo corriente seria la impunidad y el imperio del abuso del derecho por parte de los asociados”.

La carga de la prueba entonces corresponde es lo que le indica al operador jurídico en cómo debería decidir sobre un proceso determinado cuando no se han generado pruebas acerca

de lo sucedido; la carga de la prueba se caracteriza por ser miembro de la teoría general del proceso, se aplica a todos los procesos, es norma de normas para el operador jurídico y norma en cuanto al comportamiento de la acción probatoria de las partes, la carga de la prueba además establece quien debe probar un suceso y quien no, son normas adheridas por la ley, se aplica el principio de la carga de la prueba en la parte principal y accesoria. Así como todo en el ordenamiento jurídico colombiano la carga de la prueba cuenta con ciertas reglas que se basan en que al demandante le toca probar los sucesos en que se funda su demanda, por otra parte cuando la entidad o persona demandada solicita excepción a este le corresponde probar lo que dice y si el demandante no prueba los hechos en los que se funda para demandar, el demandado queda sin proceso abierto y una última regla pero no menos importante para esta carga de la prueba radica en que el que niego no le es menester probar más si al que afirma.

En el caso del ámbito de la salud y responsabilidad médica civil, en ocasión que fuere la EPS, o al doctor, la carga de exponer que el menoscabo se dio a pesar de haber procedido con prontitud y atención, por hecho externo; por ello surge la necesidad de la carga dinámica de la prueba. “Según ésta, la obligación de probar, bien la culpa, o la ausencia de ésta, no se asigna de antemano a una de las partes en el litigio, sino a quien esté en mejores condiciones de probarla en el caso concreto, bien para que prosperen las pretensiones, o para enervarlas”.

El principio de la carga dinámica de la prueba ha permanecido en el Código General del Proceso, en su artículo número 167 que presiente la eventualidad para el juez, “de oficio o a petición de parte”, aplicar el principio para decretar pruebas, a quien tenga mejor condición de probar.

Solidaridad de las empresas prestadoras de servicios en salud en la responsabilidad civil médica

El sistema médico en Colombia no es nuevo y aunque el sistema de seguridad social se encuentre enfocado por el principio de solidaridad, ello no quiere decir que la medicina sea una labor caritativa ya que las empresas que prestan el servicio se organizan como ya se ha expresado bajo un piloto de economía de mercado en la que los que se encuentran afiliados al régimen contributivo y los que los contratan deben pagar por el servicio que toman, sin embargo, en el régimen subsidiado los afiliados pagan de acuerdo a unos ingresos fiscales o a solidaridad lo que en las dos ocasiones son convertidos acreedores del derecho a una asistencia médica de calidad.

Su génesis se remonta a los años 1945 cuando se originaron inicialmente la Caja de Previsión Social (en adelante CAJANAL) y el Instituto Colombiano de Seguros sociales (en adelante ICSS), tomando como fuentes las normativas percibidas de Alemania reconociendo a la prestación social, pensión, cesantía, riesgos y la salud como prestaciones patronales.

Posteriormente las compañías en ese entonces se les ocurre la idea de separar la seguridad social como tal de las empresas. Es decir, que la seguridad social surge como una herramienta organizacional y económica que pretendía avalar el acceso de los empleados a la prestación social, y es por tal motivo que la salud se encontraba marcada por una base de diferenciación entre lo privado “seguridad social” y lo público “previsión social”.

En medio de la evolución del sistema de salud colombiano, aparecieron las entidades promotoras de Salud (EPS) que son organizaciones que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, tienen como función primordial garantizar la prestación del Plan de salud Obligatorio (en adelante POS) a los afiliados. Además, se encargan específicamente de la afiliación y registro de las personas afiliadas y el recaudo de sus pagos mediante el fondo

solidario y de garantía, también promueven la afiliación de la población que no está cubierta por la seguridad social, se encargan a su vez de la organización de la manera y las técnicas mediante las cuales los afiliados/familia pueden asentar a todos los servicios en Colombia, definen los procesos para avalar el libre acceso de los colombianos al servicio y remiten al fondo de solidaridad y compensación la información de los pagos, entre otras.

Teniendo en cuenta el alcance de las funciones atribuidas a las EPS, las cuales se articulan con la gestión de las Instituciones prestadoras de salud, resulta necesario analizar la figura de la solidaridad de estas en materia de responsabilidad médica, interrelacionada con los principios del sistema general en salud ya que este principio no es tan visto o mejor dicho es ignorado comúnmente.

La Corte Suprema de Justicia específicamente en la sentencia SC13925- del año 2016 menciona que la normativa (ley 100 de 1993) fija funciones a las IPS que las convierte en conserjes de la atención prestada a los clientes que serían los pacientes en este caso, por lo cual son responsables solidarias si se demuestran en los juicios elementos atribuidos a su cargo en razón a su compromiso de prestar un excelente servicio en salud.

Entonces, de acuerdo con lo inferido por Duque., Gómez & Rivera (2013) en muchas ocasiones el sistema de salud no cubre con la totalidad de territorios y cuando llegan hasta ellos a través de alguna IPS o EPS ya el estado de salud de las personas podría ser demasiado crítico y es ahí donde nacen los problemas.

“el principio de solidaridad ha sido concebido como la ratio o razón de ser de la seguridad Social y por lo tanto la piedra angular que inspira y, en consecuencia, el que va determinando su finalidad y propósitos. El alto contenido filosófico y político de la solidaridad conlleva la dificultad que existe para tratar de dar un concepto univoco o técnico de la misma, aunque es un aspecto casi inherente a la naturaleza humana y que está presente en las diversas formas de

relación que se establecen entre individuos, grupos de individuos, comunidades, regiones y países”. (Duque Quintero, S. P., Gómez Rúa, N. E., & Rivera Aguirre, C. D. 2013)

Es menester referir que la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia y sus indicaciones en la sentencia del 8 de septiembre de 1998 con radicado 5143 y en otra sentencia de la misma corporación que es la sentencia del 26 de noviembre del año 2010 radicado 1999-08667-01 se deja por sentado que los pacientes y médicos cuando pactan algo surgen diferentes compromisos, los que por normatividad se encontraban dispuestos. Sin embargo, con la llegada de la ley 100 del año 1993 y con la entrada de nuevas entidades relacionadas a la prestación de servicios en salud dicha posición se remodela al entablar un razonamiento de responsabilidad que se basa en el riesgo de la salud del paciente por parte de la institución.

Es por ello, que acotando lo anterior, se permite citar a la Corte Suprema de Justicia específicamente la sentencia SC13925- del año 2016 para ejemplificar la solidaridad. Los demandantes en este caso pretenden la declaración de responsabilidad de forma extracontractual de manera solidaria a los centros hospitalarios que fueron demandados ya que le imputan la muerte de una señora debido a la falta de servicio médico y una atención de mala calidad en cuanto a cirugía y hospitalización, procedente de un dictamen demorado de “apendicitis aguda con absceso y peritonitis” y por ello solicitan que paguen por perjuicios morales y materiales ocurridos en ocasión a la muerte de su familiar; en tal sentido, los demandados se negaron a las pretensiones argumentando que la compañía aseguradora se acogió a lo solicitado siempre y cuando el origen de la muerte se enlazara con un motivo que recayera en la persona asegurada pero en esa oportunidad el juzgado de primera instancia negó la demanda debido a pruebas en cuanto a responsabilidad civil extracontractual en cuanto al nexo causal, admitiendo así el tribunal al existir cosa juzgada a nivel penal, por lo cual los demandados interpusieron recurso de

casación planteando 3 situaciones en el numeral 1, error de hecho en la apreciación de pruebas, por lo cual esta institución CASA la sentencia al dar con una severa ausencia de la valoración de pruebas pues el *ad quem* no apreció la historia clínica en su calidad, dejando de observar lo que era real y por ende se emite la sentencia que sustituye condenando de manera directa y de forma solidaria a los centros hospitalarios por los perjuicios citados anteriormente.

La anterior sentencia SC13925- del año 2016 deja en claro la norma “alterum non laedere (no dañes a nadie)”:

“El postulado alterum non laedere, en su acepción moderna, es una limitación a la libertad de acción, porque su quebranto apareja una relación obligatoria entre quien produce el daño y quien lo sufre, es decir que concede a la víctima la facultad de reclamar al agente dañador el restablecimiento del bien jurídico vulnerado”. (p. 26)

Entonces las consecuencias de la negligencia se visualizan o se pueden comprobar gracias a los factores que dieron injerencia o estuvieron relacionados con los hechos y es así donde se puede asignar solidaridad o no a cualquier persona o entidad cumpliendo con los presupuestos del código civil en el artículo 2344.

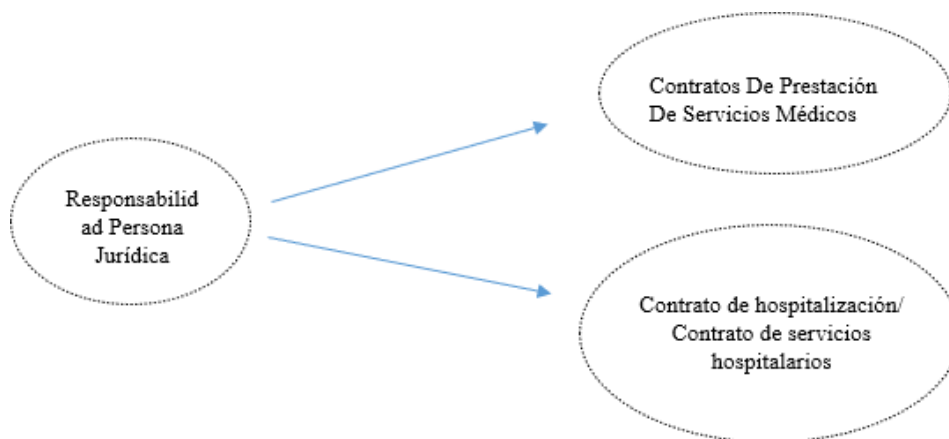
Achicando más el foco de la investigación en curso y ya expuesto a su vez conceptos de solidaridad, ejemplos de responsables civil médicos solidarios en Colombia, es preciso concretar o finalmente resaltar que la responsabilidad civil médica es un tema que día a día se extiende a las EPS e IPS debido a que en muchas ocasiones son las entidades que ocasionan o dan lugar al daño y por ende se consideran responsables solidarias de acuerdo con la ley 100 del año 1993 que establece compromisos para cada uno de los responsables. La responsabilidad jurídica de la que se versa, indica que es responsable de los daños o delitos causados en su nombre, por sus representantes legales y demás en la ejecución de sus actividades.

En la sentencia T- 062 de 2017 la Corte Constitucional expresa lo siguiente:

“Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. (...) De igual forma, y por interesar a esta causa, la mencionada ley dispone como uno de los objetivos del Sistema General en Salud, crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros. Asimismo, la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible”.

Figura 4.

Responsabilidad ad-persona jurídica



Nota. Elaboración propia 2022.

Resulta evidente entonces que las entidades promotoras de salud se encuentran comprometidas con la prestación del servicio bajo preceptos de continuidad, integralidad,

universalidad sin ninguna clase de obstáculos; por lo cual si llegaren a negar el servicio o la ineficiencia en el mismo y tal actividad produce un daño en el paciente, el daño deberá ser resarcido y no solo se le debe atribuir a un sujeto porque fue su obra pues eso va más allá del concepto de causa física, sino que se inmiscuye en un contexto de tacha en razón de identificar los compromisos de acción que las normas imponen a cada uno de los implicados por lo que si las EPS tienen funciones de garantizar la prestación del plan obligatorio de salud a sus clientes y si estos sufren daños, estos le serán imputables como si fueren suyos independientemente de lo que suceda en el juicio de atribución.

Fundamentos jurídicos de la solidaridad en la responsabilidad médica.

Del principio de solidaridad en general

La solidaridad proviene del latín *soliditas* el cual significa que algo se encuentra unido, compacto, sólido y son iguales ante todos; en el derecho ser solidario es ser homogéneo, y dentro de una personería jurídica se concebiría como que los socios se entienden solidarios cuando son todos de forma individual responsables por todos sus compromisos. La solidaridad es, ante todo, en la jurisprudencia constitucional, un pilar fundamental del Estado de derecho, cuyo contenido y alcance se determina en cada caso concreto, como ocurre en general con todas las instituciones jurídicas.

La Corte constitucional define en la Sentencia C-767/14 este principio de solidaridad como *“un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”*; es decir algo vinculante entre todas las personas que integran la sociedad, lo que indica que todo individuo colombiano se encuentra con el compromiso de actuar en relación con el principio mencionado y brindar ayuda

humanitariamente en circunstancias que pongan en peligro o riesgo la salud o vida de las personas por lo cual este principio es un deber del Estado mediante los compromisos fundamentales en cuando al resguardo de sujetos que poseen condiciones poco favorables.

En la sentencia T-730 de año 2010 se determinan los grados en que se debe acudir a la solidaridad:

“el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda”.

(Corte Constitucional, sentencia T-730 de año 2010)

Así mismo, es preciso citar a la Corte Constitucional también en su sentencia T 032 del año 2020, en la que al resolver una acción de tutela hacia particulares precisan el alcance de la responsabilidad médica que tienen las entidades prestadoras de servicios en salud para librarse de cualquier “daño” o situación de vulnerabilidad, entregan al paciente a sus familiares puesto que estos son los que deben velar al 100% no solo por la salud del paciente sino por el afecto emocional que ellos necesitan.

“Por ministerio del principio de solidaridad, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique desconocer la responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental. Ahora bien, cuando una persona se encuentra en un estado de necesidad o en una

situación de vulnerabilidad originada en su condición de salud y sus familiares omiten injustificadamente prestarle su apoyo y, con ello, afectan gravemente sus prerrogativas fundamentales, el derecho positivo establece un conjunto de mecanismos para hacer efectivas las obligaciones de las parientes derivadas del principio de solidaridad”. (Corte Constitucional, sentencia T 032-2020)

Lo anterior demuestra que la posición de la Corte respecto de la solidaridad es compartida en la medida que por un lado indica o argumenta sobre la solidaridad familiar la cual va ligada con el compromiso que posee la familia a la persona enferma y esta debe encargarse del sustento y bienestar del familiar, y por otro lado se ha dictaminado que la solidaridad debe ser exigible a todas las personas con el objeto de auxiliar a las personas que estén en estado de debilidad con el fin de cuidar o proteger a la población frágil del sistema de salud en Colombia.

Con base en lo anterior, el sistema de seguridad social integral tiene como uno de sus principios generales la solidaridad el cual es definido en la ley 100 del año 1993 en su artículo 2 como la actividad conjunta de los individuos sin razón de discriminación en cualquier círculo de vida humana, también indica el compromiso que posee el Estado colombiano como ya se menciona, de avalar esa solidaridad en la seguridad social a través de su control, vigilancia participación y guía de éste.

Definitivamente, las investigadoras acogen lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC 2769-2020 la cual menciona que las EPS aunque no otorguen los servicios médicos de asistencia responden solidariamente con las IPS por los daños originados a los pacientes cuando se ejecuten “de manera deficiente, tardía, inoportuna o equivocada” pero existen tensiones entre las responsabilidades solidarias de EPS e IPS en la medida que ninguna ley colombiana lo establece de esa forma, más si indica que las IPS son responsables solidarios si se le llegare a probar que coadyuvó al daño realizado.

No existe entonces razón en señalar que las EPS no deben ser responsables solidarias bajo el argumento que su compromiso es reducido a permitir la prestación del servicio, y que está en la institución que presta el servicio la garantía del servicio a prestar que sea eficiente, adecuado y oportuno, sino que siempre debe garantizar la calidad del servicio ya que por una desatención, descuido o dilación ya sea por parte de la IPS o por sus propios operadores esta es constitutiva de una responsabilidad civil.

2.3.1.2. De la solidaridad en la responsabilidad médica

Para comprender el alcance de la solidaridad en materia de responsabilidad médica es necesario tomar como punto de partida la relación médico-paciente. La ley 23 de 1981 en su artículo número 4 establece que: *“La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional”*.

Desde esta perspectiva, los diferentes sistemas prestan atención de cómo la relación médico-paciente ha sido centro de un asunto de contratos, y todo lo que del mismo se deriva.

En definitiva, la relación médica-paciente se encuentra regulada por un premeditado “acuerdo de voluntades”, a través del cual el doctor se compromete, ordinariamente por un compromiso u obligación de medios a imponer todo su discernimiento, habilidad y cordura clínico.

Vale anotar que, en cuestión de tal aspecto o relación, esto es, el vínculo contractual, las EPS deberían efectuar de forma reservada e inequívoca, con todo el cuidado que ello genera, pero no quedarse con que su obligación o compromiso es solo de medio, sino ir más allá.

Dicho lo anterior, tanto el personal médico y la empresa promotora de salud tienen una obligación de brindar al paciente de todas aquellas herramientas o técnicas que permitan al

paciente obtener una cura o mejoría. De lo contrario estos intervinientes (empresas prestadoras del servicio de salud y personal médico), son solidariamente responsables de la producción de daños causados en dicho acto.

Esto encuentra su fundamento en la Ley 100 de 1993, la cual establece que, además de los médicos son responsables solidarios las entidades prestadoras de servicios de salud EPS, las instituciones prestadoras de servicios de salud, entidades hospitalarias, clínicas, ambulancias, laboratorios, todos los vinculados al tema de salud, es decir, que dejó bien claro que la responsabilidad de saber administrar los riesgos en temas de salud de los afiliados es principalmente de las EPS.

Así se ratifica por la Corte Constitucional en la sentencia T-234/13 donde recalca que la responsabilidad de la entidad prestadora del servicio médico en cuanto a la asunción de los peligros, calidad en los servicios y la representación de todos los afiliados y en caso de la desatención de alguno de ellos, será responsable la EPS y solidariamente de las IPS adscritas.

“Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad”. (Corte Constitucional en la sentencia T-234/13)

“Cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no

constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos”. (Corte Constitucional en la sentencia T-234/13)

Definitivamente, se anota que pueden existir terceros solidarios en materia de responsabilidad civil médica. Como ejemplo se toman a las ambulancias las cuales son terceras solidarias de responsabilidad si no cumplen con lo estipulado para el transporte del paciente vulnerable; en primera medida deben preparar el paciente para que sea transportado, manejar la vía aérea, asegurarlo en la camilla, precisar la camilla a la ambulancia, emplear la postura más adecuada de acuerdo a la clase de lesión obtenida, deben a su vez estar preparados para cualquier afección cardíaca que se pudiere producir, tratar de quitar ropa inadecuada o que estorbe en la ejecución del tratamiento para el paciente, brindarle apoyo psicológico, estar pendiente a las inmobilizaciones. Así mismo deben ubicar al paciente en la posición que más le favorezca, durante el desplazamiento deben cuidarlo, llevar al paciente a la sala de urgencias y finalmente entregar al paciente, procesos que también tienen sus tareas establecidas y si no se cumplen y por ello se afectara la salud del paciente, encajaría perfectamente una responsabilidad.

Capítulo III

Metodología

El interrogante que se espera responder a través del presente trabajo de investigación se encuentra fundada hacia cuáles son las tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las empresas promotoras del servicio en salud en Colombia en correlación con la investigación socio jurídica. Para ello, se realiza una revisión de la literatura relacionada con la responsabilidad civil en general, la responsabilidad médica y la solidaridad en temas de responsabilidad médica y otros, empleando como términos de búsqueda responsabilidad+ médica + contractual+ extracontractual+ solidaridad en distintas bases de datos como Google académico, Scopus, WOS, SciELO y otros.

Gracias al paradigma interpretativo esta investigación no intenta generalizar, sino que permite el entendimiento y comprensión de la realidad.

Tipo de Corte

El tipo de corte seleccionado para el trabajo de investigación en el Socio Jurídico que, de acuerdo con lo expresado por Bernal Camargo, D. R., Díaz Amado, E., & Padilla Muñoz, A. (2018) “tienen el fin de estudiar los comportamientos sociales ya escritos en normas, además fundamentar adecuadamente las normas jurídicas en tanto corresponden a unas particulares ideas políticas (que se expresan en las instituciones y en la organización social)”. En resumidas cuentas, la presente investigación es de prácticas legales.

“La investigación socio jurídica tiene como objeto el estudio de la realidad social en la medida que advierte una incidencia en los comportamientos sociales que busca modificar. Así las cosas, el derecho busca transformar los acontecimientos sociales, de ahí la incorporación al método científico”. (Arango Pajón, G. L. 2013).

La investigación de este tipo de corte, rodea apócrifos epistemológicos y herramientas metodológicas que se deben manejar para expresar el derecho mediante una idea real del mismo y para realizarla inicialmente se formuló un objetivo del sistema legal correspondiente, luego se definió la problemática para finalmente crear conclusiones al respecto.

Enfoque de la investigación

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, teniendo en cuenta que éste básicamente hace referencia a una orientación basada en evidencias que trazan de manera profunda cada aspecto de la investigación, con el propósito de comprenderla y explicarla a través de la aplicación de métodos y técnicas según sean sus soportes e ideas, tales como la hermenéutica, la fenomenología y el método inductivo (Sánchez, 2019)

Método

El método de esta investigación es deductivo, puesto que la realidad se explica a partir de leyes generales que apuntan hacia conclusiones particulares. Según Gómez (2004) este método consiste en la totalidad de reglas y procesos, a través de la ayuda de estas es posible la deducción de conclusiones a partir de premisas que sigue la secuencia de una hipótesis que al ser correcta se da la consecuencia prevista.

Este método les permite a las investigadoras del proyecto partir de los conceptos de responsabilidad civil y el principio de solidaridad en general, para luego examinarlos en relación con la responsabilidad médica, y así, inferir las tensiones entre estas figuras.

“El método deductivo permite determinar las características de una realidad particular que se estudia por derivación o resultado de los atributos o enunciados contenidos en proposiciones o leyes científicas de carácter general formuladas con anterioridad. Mediante la deducción se derivan

las consecuencias particulares o individuales de las inferencias o conclusiones generales aceptadas”. (Abreu, J.L. 2014)

Paradigma de la investigación

El paradigma seleccionado para la investigación es el interpretativo, el cual ha sido definido por Bogdan & Taylor (1984) como *“un conjunto de procedimientos o técnicas para recoger datos descriptivos sobre las palabras habladas y escritas y sobre las conductas (...) de las personas sometidas a la investigación”*.

Entonces desde esta perspectiva les permite a las investigadoras la recolección de información y el análisis de esta en datos cualitativos. Por ello, se enfoca en comprender y describir al mismo tiempo lo investigado y posteriormente explicarlo.

Técnicas de recolección de datos

La técnica de recolección de datos empleada para el proyecto es bibliográfico y documental porque lo que se pretende estudiar es documentación y bibliografías de las cuales podemos extraer el desarrollo investigativo, el cual se fundamenta en el análisis, recopilación e interpretación crítica conforme a lo encontrado y la relación que guardan los diferentes autores que entran a formar parte del orígenes o fuentes tipo documental, sean estas en alguna de sus presentaciones, tales como audiovisuales, impresas o electrónicas (Arias, 2012).

Fuentes

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizaron fuentes secundarias, entre las que se encuentra la Constitución política de Colombia, leyes, doctrina, jurisprudencia, páginas web, artículos científicos, entre otros recursos de investigación documental donde se percata que en Colombia en cuanto a probar la responsabilidad civil medica hay que dirigirse al código general del proceso en el cual se evidencian principios de origen constitucionales y del Estado

donde hay formas novedosas al momento de la interpretación del derecho ya que existe un aval que se le entrega al juez para incurrir en equidad.

Análisis y discusión de resultados

Luego de realizar la revisión de literatura sobre el tema objeto de investigación en primera instancia es preciso entender a la salud como un derecho primordial y además un servicio público con ciertas cualidades innatas como la dignidad humana, la intimidad, universalidad y otras características que gozan de mera protección por parte del Estado.

Entonces el análisis va enfocado en que la responsabilidad civil médica es el producto del no cumplimiento de los compromisos adoptados por las EPS, que en el proceso del mismo incumple con las reglas de la *lex Artis* e incurre en impericia, negligencia o imprudencia; de ahí nacen las obligaciones, de esa relación jurídica ya sea extracontractual en donde el Estado y su actuar dañoso no se genera solamente de la falla en dicho servicio de salud sino que de la misma manera, envuelve reconocer los daños antijurídicos y responder por ellos por el mal proceder de las EPS; o, contractual en el que es menester que exista un consentimiento informado para que el paciente que es el cliente de aval a todos los tratamientos a los cuales será sometido advirtiéndole de los riesgos en que podría incurrir, esto sin dejar de un lado la responsabilidad por omisión a la que hubiere a lugar respecto de la EPS o IPS.

Resulta entonces gracias a la investigación que la responsabilidad patrimonial extracontractual de la nación en referente a las EPS en cuanto a elementos y la falla del nexo causal se encuentra bastante extenso y empleado en la jurisprudencia, pero efectivamente existen tensiones entre la responsabilidad médica y la solidaridad de las empresas promotoras del servicio en salud en Colombia y se dan en la medida que en el país es posible endilgar ciertas

responsabilidades a las EPS e IPS cuando se compruebe que se ha cometido un hecho de “acción u omisión” por su parte y que hubiera incidido en la generación del daño.

Al respecto, comienzan los pequeños problemas cuando un paciente que posee un cáncer, por ejemplo, enfermedad considerada como terminal lo que evidentemente no es considerado incidencia para la culpabilidad, pero la entidad prestadora del servicio de salud se convierte en responsable si no genera un oportuno tratamiento para el paciente ya que si existiere un tratamiento eficaz la vida de la persona se alargaría y esa es la función de la medicina y los médicos en general. En tal sentido, la ley 100 de 1993 establece la responsabilidad que debe tener una EPS y la negación entonces de los servicios prestadores de salud o ineficiencia en ello y consecuentemente genere un daño, debe ser compensado.

Resulta de la misma forma advertir, que existe una teoría denominada “pérdida de oportunidad” y esta es en ámbito de responsabilidad, la cual revive bajo la necesidad de identificar el nivel de incidencia en la generación del daño cuando ocurren varios factores para generarlo.

Se trae a colación para mejor entendimiento lo expresado por Yerga, A. L. (2005):

“La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil médico-sanitaria es, en buena medida, mérito del Profesor Joseph H. King, quien en un trabajo pionero apuntó la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (p.3)”.

Esta pérdida de oportunidad es empleada como herramienta para la determinación del porcentaje que ocasiono un acción u omisión en la generación del daño, el cual no se indemniza al 100% ya que en esos casos es evidente que la actividad de la entidad sanitaria no es la causa directa de la lesión o daño, sino que disminuye las oportunidades de mejoría.

Mas allá de lo anterior, se evidencian tensiones en cuanto a responsabilidad solidaria de la IPS puesto que en repetidas oportunidades las entidades prestadoras de servicios en Salud que tienen como una de sus funciones registrar afiliados y brindarles un sistema de salud de calidad, creen que su tarea llega hasta ahí, y es todo lo contrario aunque deleguen la prestación del servicio a una IPS deben siempre garantizar al cliente la correcta prestación de dicho servicio porque una falla podría ocasionar responsabilidad de forma mediata.

También, la Corte Suprema de Justicia manifiesta bajo la sentencia SC91193 del año 2017 que las EPS tienen responsabilidad “funcional” en cuanto a la seguridad, representación de los afiliados y al mismo tiempo garantizarles el debido tratamiento médico y solidariamente responder si se generaría algún daño; más sin embargo, se evidencia en la jurisprudencia revisada un gran menosprecio de las responsabilidades por parte de las entidades promotoras de salud y si fuere responsabilidad de las IPS al igual por mandato la EPS sería responsable solidariamente de forma indirecta, puesto que es la principal que debe avalar los atributos.

Así mismo, la sentencia SC2769 del año 2020, específicamente atiende la “asignación de la responsabilidad civil solidaria” de las EPS relacionada a la demora en la atención de los pacientes por parte de los doctores de las IPS que son contratados por ella y al momento de la atención el servicio fue prestado de forma fatal lo que ocasionó ciertos daños; la Corte establece la obligación de reparación solidaria de la EPS en vista de lo que considera la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en consonancia de los términos de responsabilidad solidaria del art. 2344 del Código Civil.

Conclusiones

Inicialmente, grosso modo se concluye que la postura extensiva de ver entre el doctor y el paciente en una relación contractual en el presente en Colombia es inadecuada y solo se da si se olvida que existe un servicio de salud oficial y que es obligatorio, en el que la relación legal entre los clientes y el sistema en general es de carácter obligatorio. El trabajo de grado permitió evidenciar las siguientes conclusiones en sintonía con lo planteado en los objetivos:

En primera medida se concluye que la salud es un atributo que posee cada individuo y al mismo tiempo un servicio público que el Estado colombiano debe certificar, la prestación de este debe ser regularizada, dirigida y custodiada por el bajo la calidad de avalador que posee. Ese es el motivo principal para decretarlo responsable patrimonialmente cuando existan fallas correlacionado con la prestación del servicio de salud, independientemente quien sea responsable directo: si las EPS o IPS.

La responsabilidad médica no nace propiamente del incumplimiento de obligaciones en sí, sino del cumplimiento de estas de manera defectuosa, equivocada o por cualquier otro factor incidente en la conducta, es decir se enfoca en que es importante el análisis de la actividad del agente que ocasiona el daño y que la responsabilidad civil medica posee un sistema autónomo de imputación el cual es la culpa probada lo que genera un escenario donde le corresponde al demandante acreditar los hechos sucedidos, en el cual se ven enfrentados a problemas o tensiones al momento de acreditación de la responsabilidad ya que en muchas oportunidades no cuentan con los medios probatorios que le permitan un verdadero acercamiento a lo real.

En segunda medida se establece la posibilidad de probar que existe responsabilidad civil acudiendo a la teoría de la perdida de oportunidad, la cual en derecho de pruebas se establece mediante un dictamen pericial y aunque sea una actividad complicada se lograría el establecimiento que la falta de la prestación de servicios de salud o consecuentemente medicinas empeoran la situación del paciente así sea terminal y por ende se le resta la posibilidad de vivir más tiempo.

En tercera medida, hablando de responsabilidad, se establecen ciertos elementos de la responsabilidad médica en Colombia: Culpa, daño y nexo causal; La culpa en el régimen contractual se encuentra dividida la culpa en leve, grave y levísima. La leve se encuentra en la falta de diligencia, la grave se refiere en el momento que no se ejecutan la labor con el cuidado debido y la culpa levísima se enfoca en la falta de celeridad y falta de atención con la labor encomendada, es entonces un error en la conducta de quien ocasiona el daño y puede ser por acción o por omisión y que un individuo que actuara con prudencia no lo hiciera. En tal sentido, en el actuar médico, cuando hay impericia aliada a la culpa mencionada es cuando se genera una actividad que no corresponde con el discernimiento del doctor como podría ser un médico general aplicando anestesia cuando no es su especialidad, a su vez se habla de negligencia cuando se desatiende la actividad y se habla de imprudencia cuando no existe cautela al ejecutar cualquier acción médica.

El daño en la responsabilidad civil contractual se permite citar a Tamayo Jaramillo, J. (2007) ya que lo refiere como “*el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima*”, en otra palabra es un yacimiento de obligaciones por ser una actividad que perjudica la moralidad o bienes de otro individuo, es decir algo antijurídico, que no tendría por qué resistir esa persona que lo sufre, y en ámbitos de responsabilidad médica es el que el paciente no debería soportar puesto que no es inherente a su padecimiento o condición clínica. Y, la causalidad o nexo causal jurídicamente hablando “*es que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado*” (Tamayo Jaramillo, J. 2006).

Aquí es menester mencionar el tema de la *lex Artis* ya que es lo que accede la identificación si un galeno incurre en culpa o en dolo, los jueces lo emplean para determinar si la

conducta fue omisiva o activa, lo que sugiere que más allá de la intención del profesional en salud al ejecutar o no ejecutar es identificar si incurrió en una actividad médica incorrecta cuando el procedimiento fue imparcialmente diferente del que se requería. Mejor planteado es que sí se vulnera la postura de la *lex Artis* teniendo en cuenta que el actuar no es positivo de acuerdo con la situación y además produce un daño lo que quiere decir que para analizar la actuación y que sea fuente de responsabilidad debe cuestionarse si posee la capacidad de afectar un bien jurídico y que sea tutelable o directamente ocasionar un daño, no obstante, no todo actuar médico que previstamente pudiese generar un daño es fuente de responsabilidad ya que es menester que se ocasione un riesgo que sea legalmente reprochado puesto que si es un riesgo aprobado no hay una fuente que ocasione responsabilidad.

Finalmente, las consecuencias y los efectos de la solidaridad de las entidades promotoras de salud en Colombia en materia de responsabilidad médica recaen en que se hace sumamente necesario indicar que cuando se responsabiliza solidariamente a las EPS no se determina como una solución para prevenir este tipo de sucesos, ya que esto se encamina a reparar daños originados, por lo que no es un instrumento eficiente para cambiar los hechos omisivos en relación a la prestación de servicios médicos que se evidencian de forma repetitiva por parte de dichas entidades. La Corte Suprema De Justicia en la sentencia SC9193- 2017 señala la responsabilidad que poseen las EPS en cuanto a la seguridad, representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras de servicios, garantizando así la calidad de los servicios clínicos y médicos y deben asumir los riesgos; en otras palabras, la desatención de lo anterior se construiría como responsabilidad civil de la EPS. Se concluye bajo la sentencia SC2769 del año 2020 que en ocasión a la demora del servicio médico por parte de las IPS o los doctores contratados por ella debe responder la EPS solidariamente referenciando así el artículo No 2344 del código civil: “la

unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor”.

“Esta responsabilidad solidaria entre las personas jurídicas IPS o EPS y el personal médico, sin perjuicio que la demanda pueda individualizar al causante directo del daño, y sin perjuicio de la “culpa profesional o dolo”, trae consigo la posibilidad de individualizar al causante del daño, entre los solidarios responsables por el acto médico. Si la persona jurídica es demandada en un proceso de responsabilidad civil, no exonera la responsabilidad del personal médico que genero el daño, una vez se demuestre la relación de causalidad entre el hecho culposo ocasionado de forma subjetiva por el médico, como generador del perjuicio y sea el llamado a indemnizar a la institución” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Se recomienda en este trabajo de grado que debe diseñarse otros métodos que accedan a la prevención de dichos hechos omisivos y así realmente avalar los derechos fundamentales a la vida y salud de los habitantes colombianos.

Referencias Bibliográficas

- Acosta-Madiedo, C.D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado*, (43),3-26. [fecha de Consulta 28 de mayo de 2022]. ISSN. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033192001>
- Alfaro-Victoria, F. (2012). Conceptos jurídicos básicos. *Rev Mex Anest.* 35(1):67-76.
- Amaya-Ordóñez, J. F. (2017). Responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia
- Arango Pajón, G. L. (2013). La investigación sociojurídica: itinerario para que el derecho cruce el umbral de la esperanza. En M. E. Bedoya Toro, G. L. Arango Pajón & J. E. Vásquez Santamaría (Eds.), *Tendencias de la enseñanza y de la investigación en derecho* (pp. 217-223). Medellín: Ediciones Unaula.
- Araque Barboza, F. Y., Beltrán De la Rosa, E., Mozo, A. L., & Julio Cajar, J. C. (2022). Enfermedades huérfanas, el estado colombiano y las instituciones privadas de salud. *JURÍDICAS CUC*, 18(1), 477–496. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.18.1.2022.19>
- Arenas Mendoza, H. A. (2020). ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. *Vniversitas*, 69, 1–17. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.erec> (Original work published 27 de febrerode 2020)
- Arenas Mendoza, H. A. (2020). ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. *Vniversitas*, 69, 1–17. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.erec> (Original work published 27 de febrerode 2020)

Arevalo Daza, C. (2019). Analisis de la gestion de riesfos en la contratacion del Programa de Alimentacion Escolar en La Guajira. *Universidad Externado de Colombia*, 6-12.

Obtenido de Univerdidad Externado de Colombia.

Arias, F. (2012). Proyecto de Investigacion introduccion a la metodologia . Caracas:

EDITORIAL EPISTEME, C.A.

Arias Fonseca, J.L (2013). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Revista Academia & Derecho* 5 (8) (173-192).

Arrieta-López, M. (2022). Evolución del derecho humano a la paz el marco de las Naciones Unidas y de las Organizaciones de la Sociedad Civil. *JURÍDICAS CUC*, 18(1), 519–554.
<https://doi.org/10.17981/juridcuc.18.1.2022.21>

Arrieta-López, M. & Sierra-García, L. (2022). Nuevos Enfoques en Derechos Humanos, Irenología y Métodos de Solución de Conflictos. Editorial Universitaria de la Costa Sociedad por Acciones Simplificadas SAS. Barranquilla, Colombia.

Arrubla, J. (2008). Teoría general del negocio mercantil. Medellín: Diké.

Bernal Camargo, D. R., Díaz Amado, E., & Padilla Muñoz, A. (2018). Retos éticos de la inves•tigación sociojurídica: una revisión a partir de buenas prácticas en artículos publicados. *Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 107-131. doi:
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6043>

Bravo Urbano, J.A. (2018). La Responsabilidad Civil de las Entidades Promotoras de Salud por pérdida de oportunidad en casos de tratamiento de enfermedades terminales. Universidad Católica de Colombia.

Cabarcas Beltrán, G.H. (2002). “La responsabilidad civil médica en nuestra Legislación colombiana”. Universidad De La Costa. Disponible en:

<https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/1223/La%20responsabilidad%20civil%20medica%20en%20nuestra%20legislaci%C3%B3n%20colombiana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Consejo superior de la judicatura (2019). Responsabilidad médica en la especialidad civil.

Disponible en:

<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>

Coral Díaz, D.H. (2019). El daño moral en la responsabilidad contractual: ¿un rubro previsible?

Universidad Externado de Colombia.

Carvajal, J. (2014). La estructura legal de la investigación sociojurídica en Colombia. *Verba*

Luris, (31), 135–148. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.56>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (09 de julio de 2010) Exp. 14415 (MP:

Namén, W)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (26 de noviembre de 2010) Exp. 08667- 01

(MP: Munar, P)

Duque Quintero, S. P., Gómez Rúa, N. E., & Rivera Aguirre, C. D. (2013). Sobre la

materialización del principio de solidaridad en el sistema general de salud colombiano.

Revista CES DERECHO, 4(2).

Duque, G. (2020). Acto médico, comunicación y emoción. *Ciencias de la Salud Unicauca*, 60-

61.

Esguerra, J.C. (2013). Responsabilidad patrimonial del estado en Colombia como garantía

constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

UNAM.

- Garzón Rodríguez, N.Y. (2015). Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica administrativa obstétrica: en torno a la carga de la prueba. Universidad Militar Nueva Granada.
- Giraldo, D. (30 de Agosto de 2018). *Geosalud*. Obtenido de <https://www.geosalud.com/malpraxis/lexartis.htm>
- Guevara Araujo, J.M. (2017). Unificación de la responsabilidad civil en Colombia: una posible solución al problema causado por la prohibición de opción. Universidad De Los Andes
- Guzmán, F., Franco, E., Morales de Barrios, M.C & Mendoza Vega, J. (1994). El acto médico Implicaciones éticas y legales. Comunicaciones y conceptos, 139-149.
- Iberley. (2021, 22 abril). La competencia de la jurisdicción penal en negligencias médicas. Iberley, Información legal. <https://www.iberley.es/temas/competencia-jurisdiccion-penal-negligencias-medicas-65317>
- Lecourt, A. (2012). Fiches des obligations. Paris: Ellipses, 3ª ed.,p.354.
- Legis. (2021). Así se atribuye responsabilidad civil a las EPS, IPS y a sus agentes. Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/asi-se-atribuye-responsabilidad-civil-las-eps-ips-y-sus-agentes>
- López Blanco, H. F. (2001).” La Prueba”. Editorial: DUPRE Bogotá.
- Mariñelarena, J.L. (2011). Responsabilidad profesional médica. *Cir Gen.*;33(Suppl: 2):160-163.Martin
- Fiorino, V., Arrieta-López, M., Ávila-Hernández, F. M., & Ramos, Y. (2022). Los Límites del Futuro: Tecnociencia, Ética y Gobernanza de los Bienes Comunes. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, 11(1), 333-344. <https://doi.org/https://doi.org/10.21664/2238-8869.2022v11i1.p333-344>

Matos, A. (SF de SF de SF). Lifeder. Obtenido de Lifeder:

<https://www.lifeder.com/investigacion-bibliografica/>

Mena Romaña, A. L. y Bermeo de Rubio, M. (2020). Elementos de responsabilidad ética en la historia de la medicina. En: Bermeo de Rubio, M. y Pardo Herrera, I. (eds. científicas). De la ética a la bioética en las ciencias de la salud. (pp. 75-103). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Mesa, M., & Pérez, I. (2020). El acto médico en la era de la telemedicina. *Revista Médica de Chile*, 852-857.

Morales, F. (2010). Tipos de investigacion. Universidad Del Desarrollo Profesional, 2-3.

Nacional, R. (10 de Agosto de 2015). Corrupcion en programas de alimentacion escolar. *El Espectador*, págs. <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/corrupcion-programas-de-alimentacion-escolar-articulo-578257>.

Narváez Mercado, B., Matsumoto Benitez, N., Mira-Olano, L. E., & Zúñiga-Bolívar, A. (2019). Los derechos e inclusión de las víctimas del conflicto armado vs. las obligaciones Estado colombiano. *JURÍDICAS CUC*, 15(1), 321–352.

<https://doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.13>

Navarro-Hernández, J. L. (2022). Análisis del control judicial previo a las actuaciones que limitan el derecho a la intimidad en Colombia. *JURÍDICAS CUC*, 18(1), 279–302. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.18.1.2022.12>

Ortegón. M, (2015). La constitucionalización de la responsabilidad médica. Universidad Santo Tomas.

Ojeda, D. (2012). Plata hay, la falla del Sistema de Salud en Colombia es estructural. Bogotá:

Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas. Recuperado de

http://www.achc.org.co/documentos/hospitalaria/La_entrevista_82.pdf

Otálvaro Pérez, J.D., López Muñoz, A.F. (2021). DESARROLLO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICO Y PACIENTE. Universidad Autónoma Latinoamericana

Parra Sepúlveda, D.A. (2014). La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica. *Acta bioethica*, 20(2), 207-213. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2014000200008>

Palomino Castro, R.R. (2008). Responsabilidad médica consentimiento informado y nuevas tecnologías. Colegio mayor de nuestra señora del rosario facultad de jurisprudencia.

Pizro, C. (2018). La responsabilidad civil médica (Vol. 1). Bogota DC: Ibañez.

PIZARRO, R.D.(2006). Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual, tomo I. Editorial Buenos Áries. p. 87.

Prada, V. (13 de Marzo de 2020). ¿Qué pasa con el PAE en Colombia? *El Espectador*, págs. <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/que-pasa-con-el-pae-en-colombia-articulo-909279>.

Predrero, Y., & Diaz, L. (2017). La corrupcion en los contratos de alimentacion escolar en Colombia y su impacto en el desarrollo de los niños. UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA, 3-8.

Prieto, B. (2017). El uso de los métodos deductivo e inductivo para aumentar la eficiencia del procesamiento en la adquisicion de evidencias digitales. Pontificia Universidad Javeriana,

Real Academia Española. (2022). responsabilidad | Diccionario de la lengua española.

«Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario.

<https://dle.rae.es/responsabilidad>

Restrepo Manotas, J.A. (2012). “Una mirada en lo ético disciplinario y en la investigación administrativa. Los tribunales de ética médica y el acto médico”. *Monitoreo estratégico*.

Rojas-Quiñones, S. & Mojica-Restrepo, J. D. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, *129 Universitas*, 187-235.

<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>. caio doi:10.11144/Javeriana.VJ129.caio

Ruiz Perea, A. A. (2002). Reflexiones sobre el acto médico y la responsabilidad ética desde el código de ética médica. *Revista De La Facultad De Ciencias De La Salud Universidad Del Cauca*, 4(3), 10-23. Recuperado a partir de

<https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/rfcs/article/view/983>

Ruiz, W . (2015). La responsabilidad médica en Colombia. 197-200

Sanabria Gómez, S. A., Guío Guerrero, F., & Sánchez Cubides, P. A. (2023). Los derechos de los pobres en Colombia: Postura de la Corte Constitucional. *JURÍDICAS CUC*, 19(1), 125–162. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.19.1.2023.05>

Sanchez, F. (2019). Fundamentos epistemicos de la investigacion cualitativa y cuantitativa.

Revista Digital de Investigacion en Docencia Universitaria, 102-122.

Sandoval Arraut, D. (2018). Función de la *lex artis* como parámetro para evaluar el acto médico dentro de los procesos de responsabilidad civil en Colombia. *Universidad de la Costa*.

Sentencia T-158 (Corte Constitucional 2018).

Sentencia T-158, T-158 (Corte Constitucional 24 de Abril de 2018).

Sentencia 25000232600019950096401 (Consejo de Estado 15 de Septiembre de 2015)

Suárez Landazábal, O., & Araque Barboza, F. Y. (2020). Derechos humanos del adulto mayor en el ámbito familiar colombiano en el marco del envejecimiento demográfico. *JURÍDICAS CUC*, 16(1), 225–250. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.16.1.2020.09>

Real Academia Española. (s.f). Responsabilidad. En *Diccionario de la lengua española*.

Recuperado 28 de marzo 2022, de <https://dle.rae.es/responsabilidad>

Tamayo Jaramillo, J. (2006). *La responsabilidad civil profesional* (1.a ed.). Legis Editores.

Tamayo, J. (2007). *Responsabilidad Civil por hecho ajeno*. 124-149.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil* (1.a ed.). Legis Editores. Tena

Tamayo, C. Sánchez Gonzalez, J.M., Rivera Cisneros, A., Hernández Gamboa, L.E.

(2003). *La práctica de la medicina y la responsabilidad médica. Algunas reflexiones entorno*.

Rev Med Inst Mex Seguro Soc. 2003;41 (5):407-414.

Torres, L. (2019). *La Lex Artis en decisiones del tribunal superior de Bucaramanga*. 17-32.

Vásquez, R. (1995). *Prueba de la culpa médica*. Medellín: Dike.

Useda Maraví, M. (2013). *La responsabilidad civil extracontractual en los bienes producto de las innovaciones tecnológicas*. *Ius Et Tribunalis*, 1(1). Recuperado a partir de <https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/419>

Vera, O. (2013). *ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN EL ACTO MÉDICO*. *Revista Médica La Paz*, 73-82.

Wolters Kluwer. (s. f.). *Responsabilidad aquiliana*. *Guías Jurídicas*.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAE1OwUrEQAz9m7kI0kX34GEudT0IIrIW8ZrOhDbSmOwmad3-vVPrwUCSx3uPx7tMqEuHV4->

KdhY26KlQhnxTOYUkvF6foARbWHj5ip1OGBx6i03YpIOkuFszzdHbX3nRjNouFbk4l

CNa3D8EG-

X7FWYawEm4Bd2yKOf49Nmss7tv9ndhRrVqiB80IDuGkYbxpa5vfkPQNL7BgPGZKZ

Hcgp2vofCpFnn_Ff8b28m9hvXOmxZSqf8Ajo9QkPNfjR8cZVapCgEAAA==WKE

Yerga, A. L. (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la

responsabilidad civil médico-sanitaria. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2),

1. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1160028>