

La naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil por los daños causados en la prestación del servicio público de salud en Colombia*

The Non-Contractual Nature of Civil Liability for Damages Caused in the Provision of the Public Health Service in Colombia

A responsabilidade civil por danos causados na prestação do serviço público de saúde na colômbia é de natureza extracontratual

LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ**

FECHA DE RECEPCIÓN: 21 DE ENERO DE 2021. FECHA DE APROBACIÓN: 22 DE AGOSTO DE 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10148>

Para citar este artículo: Giraldo Gómez, L. F. (2022). La naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil por los daños causados en la prestación del servicio público de salud en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 24(1), 267-298. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10148>

RESUMEN

El presente artículo analiza la viabilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil contractual a los eventos de daños generados en la prestación del servicio público de salud obligatorio en Colombia. Para ello partiremos de la regulación vigente sobre el sistema de seguridad social en salud, con el fin de establecer si entre los afiliados y dicho sistema existe un contrato; es decir, si se presenta una relación voluntaria,

* El presente artículo es producto del trabajo denominado “La responsabilidad civil extracontractual médica por daños causados con ocasión de las infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS)”, para optar al título de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Santa María de los Buenos Aires. El trabajo está inscrito en la línea de investigación “Estudios sobre derecho judicial en Colombia”, del Grupo de Investigación Precedente, registrado en Colciencias y categorizado como A1, perteneciente al programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi de Cali.

** Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Abogado egresado de la Universidad de Caldas en el año 2004; con Maestría en Derecho programa en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia en el año 2009; con Especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, año 2011; candidato a Doctor en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Santa María de los Buenos Aires. Correos electrónicos: lfgiraldo@icesi.edu.co, lfelipegg@gmail.com. ORCID: 0000-0001-7868-958X

concreta y particular, o si, por el contrario, dicho vínculo tiene una naturaleza legal y reglamentaria. Definir lo anterior resulta de importancia si se tienen en cuenta la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual vigente en Colombia, y la prohibición de elegir de forma arbitraria por cuál de estas vías se debe demandar. Finalmente, se intentará sustentar la tesis de que los daños causados en la prestación del servicio público de salud deben ser analizados bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual, y no con las de la responsabilidad contractual.

Palabras clave: responsabilidad civil; responsabilidad médica; responsabilidad contractual; responsabilidad extracontractual; contrato.

ABSTRACT

This article presents the analysis of the feasibility of applying the rules of contractual civil liability to damage events generated in the provision of the compulsory public health service in Colombia. For this, we will start from the current regulation of the health social security system to establish whether there is a contract between the affiliates and the health system. That is, a voluntary and concrete relationship or, on the contrary, a legal and regulatory relationship. Defining the above is important if the distinction between contractual and extracontractual civil liability is to be considered, in addition to the prohibition in force in the Colombian legal system to arbitrarily choose which of these types of liability to sue. Finally, an attempt will be made to support the thesis that the damages caused in the provision of the public health service must be analyzed under the rules of extracontractual liability and not with those of contractual liability.

Keywords: Civil liability; medical liability; contractual liability; extracontractual liability; contract.

RESUMO

Este artigo analisa a viabilidade de aplicação das regras de responsabilidade civil contratual nos casos de danos gerados na prestação do serviço público obrigatório de saúde na Colômbia. Para tanto, partiremos da atual regulamentação do sistema de saúde previdenciário, a fim de estabelecer se existe contrato entre os filiados e o referido sistema; isto é, se apresenta uma relação voluntária, concreta e particular, ou se, pelo contrário, essa relação for de natureza jurídica e regulamentar. A definição do exposto é importante se for levada em consideração a distinção existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual vigente na Colômbia e a proibição de se escolher arbitrariamente por qual desses canais processar. Por fim, buscar-se-á sustentar a tese de que os danos causados na prestação do serviço público de saúde devem ser analisados sob as regras da responsabilidade extracontratual, e não sob as da responsabilidade contratual.

Palavras-chave: responsabilidade civil; responsabilidade médica; responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; contrato.

Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano es común que la doctrina y la jurisprudencia se refieran a la noción de contrato de asistencia médica cuando se presenta un daño en la prestación del servicio de salud; esto ha permitido a los jueces y a la doctrina en general calificar a su vez este tipo de responsabilidad civil médica o sanitaria como un evento de aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual.

Esta postura parece desconocer la existencia de un sistema general de seguridad social, cuyo objetivo es dar cumplimiento a la obligación constitucional del Estado colombiano de garantizar el acceso a los servicios de salud a todos los habitantes de su territorio. Ello es así, pues, al reconocer la existencia de este sistema, es posible evidenciar que la mayoría de los eventos de daños en la atención en salud se dan en el marco del sistema público de salud y no a raíz de una relación de contratación privada previa de servicios médicos.

Conforme a lo anterior, el objetivo de este trabajo será inicialmente determinar si el acto de afiliación al sistema de seguridad social obligatorio en salud puede ser considerado como un contrato; para ello, verificaremos si este acto resulta ser voluntario y libre; si es posible a través de él determinar voluntariamente el tipo de prestaciones, obligaciones y consecuencias que puedan surgir ante su incumplimiento; o si, por el contrario, la afiliación al sistema de salud da vida a una relación legal y reglamentaria de carácter obligatorio, en donde las partes no pueden ejercer su derecho de elección ni tampoco les es dado cambiar algo de lo previsto en la ley y en los actos administrativos que regulan el sistema.

Una vez establecido esto, vamos a analizar si la noción de contrato de asistencia médica sigue vigente o ha entrado en desuso en el ordenamiento colombiano; aunado a ello, revisaremos si las teorías del contrato de adhesión, contrato forzado y contrato social son suficientes para continuar con la tesis de ver en la relación entre el paciente y el sistema una vinculación de carácter contractual que habilite acudir a las reglas de la responsabilidad contractual cuando se presenta un daño en la prestación del servicio de salud.

Estudiar estos temas resulta útil en el ordenamiento jurídico colombiano en tanto se mantiene una regulación particular para la

responsabilidad civil contractual y extracontractual; desconocer lo anterior puede conducir a una violación del principio de legalidad, del debido proceso y de la seguridad jurídica, pues está prohibido elegir indistintamente las reglas de una clase de responsabilidad aplicables a un caso determinado.

Para lograr los objetivos propuestos, acudiremos a la metodología de revisión dogmática de las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales más relevantes en el ordenamiento colombiano, con el fin de hacer un análisis hermenéutico de estas y así sustentar las conclusiones del estudio. Por consiguiente, en primer lugar, revisaremos la regulación del sistema de seguridad social en salud en relación con la fuente que le da vida a las obligaciones, prestaciones y responsabilidades que devienen de dicho sistema; luego, acudiremos a la doctrina nacional y extranjera para revisar las diferentes posturas sobre el concepto del contrato de asistencia médica y de la naturaleza de la relación que surge cuando está de por medio la seguridad social; por último, haremos hincapié en lo dicho por la jurisprudencia colombiana respecto a la naturaleza de la relación médico-paciente, y al tipo de reglas de responsabilidad civil aplicables cuando se causa un daño con ocasión de la atención en salud.

Una vez desarrollado el plan propuesto, sustentaremos como conclusión final que el acto de afiliación al sistema de seguridad social en salud en Colombia no puede ser considerado como un verdadero contrato; por el contrario, ese acto, al ser una imposición legal y al no existir una reciprocidad en las prestaciones, entre otros argumentos, genera una relación de carácter legal y reglamentario; en consecuencia, los daños generados en la prestación del servicio público de salud por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de la Constitución y de la ley dan lugar a una responsabilidad civil de índole extracontractual y no contractual.

Las entidades encargadas de garantizar y prestar el servicio público de salud, y las prestaciones a que tienen derecho los afiliados y usuarios del sistema

La prestación del servicio público de salud en Colombia está en cabeza del Estado, es él quien debe encargarse de dirigir, coordinar y

vigilar la prestación de este servicio público; sin embargo, no existe un procedimiento único plasmado en la Constitución que le indique cómo ha de cumplir con esta obligación; es por ello que dentro de sus competencias está la de crear un sistema de seguridad social, el cual debe respetar el carácter fundamental e irrenunciable de este derecho (Corte Constitucional, Sentencia T-760/2008).

Por lo anterior, el Estado colombiano expidió la Ley 100 (1993), cuyo objetivo fue garantizar el derecho irrenunciable de la seguridad social en el ámbito de la salud, de las pensiones y de los riesgos laborales (Decreto 780/2016, art. 3.1). Con esta regulación se concreta la política nacional de desarrollo del sistema de seguridad social en salud y se establecen, entre otros temas, los integrantes del sistema, las prestaciones, los derechos, las obligaciones y funciones de todos los participantes del sistema, además de sus responsabilidades.

El Estado colombiano, para garantizar la prestación de este servicio, cuenta con la posibilidad de definir las condiciones de delegación de dicha función, para así apoyarse en personas de derecho público o privado (Constitución Política, 1991, art. 48); esta facultad solo se encuentra dada para el escenario de la prestación del servicio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC00467-01/2013), no para la financiación ni para la dirección del sistema (Gil, 2012, p. 26), de tal forma que les está vedado a las entidades territoriales, a los usuarios o a quienes prestan los servicios de salud desconocer o modificar las reglas de la política nacional del sistema.

Para materializar la delegación de la prestación del servicio en personas públicas o privadas (Ley 100/1993, art. 4º), fue necesario crear unos agentes, cuya función es actuar de forma armónica en aras de lograr los objetivos de la atención en salud; algunos de estos actores son las entidades promotoras de salud (EPS), las instituciones prestadoras de servicios (IPS), los profesionales de la salud contratados por estas personas jurídicas y los grupos de profesionales de salud, entre otros (Ley 100/1993, art. 155).

Las EPS son las entidades encargadas de la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (Ley 100/1993, art. 156); además, representan a los usuarios frente al sistema, debiendo hacer la afiliación, el registro

de los afiliados, el recaudo de las cotizaciones y, en general, administrar el riesgo en salud de sus afiliados (Ley 100/1993, art. 177). Dentro de sus funciones, está la de prestar el servicio de salud de forma directa a través de sus IPS o contratando con otras instituciones y profesionales (Corte Constitucional, Sentencia C-106/1997).

Por su parte, las IPS prestan los servicios a los afiliados y beneficiarios del sistema, según el nivel de atención que tengan habilitado conforme con la ley (Ley 100/1993, art. 185). Estas IPS pueden ser oficiales, mixtas, privadas, comunitarias o solidarias (Ley 100/1993, art. 156); se consideran como tales no solo las que se constituyan como instituciones prestadoras de servicios, sino también los grupos de práctica profesional que cuenten con infraestructura física para prestar servicios de salud, los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes siempre y cuando se encuentren habilitados para prestar los servicios que ofrecen (Decreto 4747/2007, art. 3°).

Si bien la ley se ha encargado de conferir funciones y obligaciones diferentes a cada uno de los agentes del sistema, estas deben ser cumplidas de forma armónica para alcanzar el objetivo final de la atención en salud; estas funciones, a pesar de tener un mismo fin, no pueden ser consideradas como idénticas, sino más bien particulares y determinadas (Corte Constitucional, Sentencia C-616/2001).

Además de crear los agentes encargados de la prestación del servicio de salud, también se instituyeron con el sistema dos regímenes diferentes de atención; el primero es el contributivo, en donde están todas las personas con capacidad de pago, el cual se financia con las contribuciones individuales, familiares o de los empleadores; además, con estos aportes se ayuda a sostener al otro régimen, que es el subsidiado; en este último, se encuentran todas las personas que no tienen la capacidad para aportar al sistema, de tal forma que la financiación de este régimen se hace con el aporte de los recursos fiscales del Estado y con la solidaridad de las personas que aportan al sistema (Gil, 2012, p. 36).

Cada uno de estos regímenes tenía definido un plan de beneficios, esto es, las prestaciones a que tienen derecho los usuarios del sistema de salud; en sus inicios este fue llamado plan obligatorio de salud (POS) (Ley 100/1993, art. 162); este POS era diferente según la calidad que tenía el afiliado, esto es, si estaba en el régimen contributivo o subsidiado;

todo ello bajo la concepción de que todos los servicios y tecnología no incluidos de forma expresa en el plan no serían cubiertos por el sistema. Esta práctica trajo muchos inconvenientes, entre ellos, la desactualización del POS; conforme pasaba el tiempo aparecían servicios y tecnologías necesarios para la adecuada atención de los pacientes, pero no eran suministrados por los agentes del sistema en tanto no se hallaban incluidos expresamente en el plan. Otro inconveniente, no menos importante, fue la desigualdad en las coberturas entre los dos regímenes existentes.

Por esto, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia unifica los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y subsidiado, para dejar un solo plan de beneficios (PBS) (Decreto 780/2016, art. 2.1.1.3); este PBS es aplicable a todas las personas en el territorio colombiano independientemente de la calidad que ostenten como afiliados al sistema.¹ Así mismo, se cambió la concepción del plan respecto a la idea de inclusión, para pasar al concepto de exclusión; es decir, ahora debe entenderse que todo servicio o tecnología no excluida expresamente se encuentra cubierto por el sistema de salud.

Una vez claro quiénes son los agentes encargados de prestar el servicio público de salud, y definido lo que se considera como el PBS, al cual tienen derecho los usuarios del sistema, pasaremos a revisar la postura jurisprudencial sobre la naturaleza de la relación médico-paciente antes de la entrada en funcionamiento del sistema público y obligatorio de seguridad social en salud de la Ley 100 de 1993.

La postura jurisprudencial sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica antes de la entrada en funcionamiento del sistema de seguridad social en salud obligatorio

La definición del carácter de la responsabilidad civil en asuntos médicos por parte de la jurisprudencia en Colombia estuvo ligada a la

¹ Esta unificación se logró a través de unos acuerdos de la denominada Comisión de Regulación en Salud (CRES), por rangos de edades así: acuerdos 4 de 2009, para los niños de 0 a 12 años; 11 de 2010, para los niños y adolescentes menores de 18 años; 27 de 2011, para los adultos de 60 y más años; 32 de 2012, para los adultos entre 18 y 59 años.

ausencia de un sistema de seguridad social en salud que fuera universal antes de la Ley 100 de 1993; por ello, al estar frente a daños causados a raíz de atenciones precedidas de un acuerdo privado entre el médico y el paciente, la jurisprudencia del momento siempre se inclinó por resaltar la naturaleza contractual de la responsabilidad de los médicos e instituciones de salud (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13925/2016).

Así, respecto a la naturaleza del vínculo entre el médico y el paciente para la generación de una atención en salud, la Corte Suprema de Justicia colombiana sostuvo que

la responsabilidad del médico es contractual, no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero.

El contrato es por lo general verbal y en la respectiva localidad y no es necesario que con el médico contrate directamente el enfermo puesto que pueden contratar los parientes de éste, el patrón del obrero y en general quienes se interesan por el enfermo (1940).

Esta inclinación a considerar la existencia de una relación contractual entre el médico y el paciente ha sido reproducida en otras sentencias, en donde se ha podido constatar la presencia de un vínculo previo de carácter particular, generador de la atención en salud (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G. J. T. CLXXX, 1985; G. J. T. CLXXXIV, 1986; SC5507/2001; SC0778/2011). Lo anterior sin duda ayudó a plasmar la visión sobre la forma de generar la relación médico-paciente reproducida en la Ley 23 de 1981 (Ley de Ética Médica), en donde se expresó:

La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:

1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
3. Por solicitud de terceras personas.

4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública (art. 5°).

Así, si trasladamos la forma de ver el surgimiento de la relación médico-paciente del ámbito ético al jurídico, se puede sostener que en los supuestos de los numerales 1, 3 y 4 cabría hablar de una relación contractual, pero en el numeral 2 estaríamos frente a un evento de responsabilidad extracontractual.

Esta manera de ver este tema tiene sentido respecto de los actos médicos realizados antes del año 1993; si bien, antes de esta fecha, ya existía en Colombia un sistema público de salud, lo cierto es que no tenía el carácter de ser universal, y muchas de las atenciones seguían brindándose dentro de un marco de contratación privada entre la institución y el paciente, o el médico y el paciente (Ley 90/1946, Decreto 433/1971, Decreto 654/1974, Decreto 56/1975, Ley 10/1990). Con la creación del sistema de seguridad social en salud de la Ley 100 de 1993, esta forma de encarar el asunto de la naturaleza del vínculo entre el médico y el paciente deja de ser adecuada.

Solo piénsese en lo regulado en la Ley de Ética Médica respecto a los eventos en los cuales el profesional de la salud puede excusarse de atender al paciente, o interrumpir la prestación del servicio, siempre que no sea una urgencia; tal sería el caso de una atención que no corresponde a la especialidad del médico, o cuando el paciente recibe atención de otro profesional, o si el paciente se rehúsa a seguir las instrucciones del médico (Ley 23/1981, art. 7°).

La anterior norma, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, solo puede aplicarse bajo el contexto de una relación médica precedida por un acuerdo concreto privado y siempre que no se trate de una atención de urgencias, pero, en los casos de prestaciones de salud dentro del sistema de seguridad social, ninguna de estas causales serviría válidamente para excusar a un médico por la negación o interrupción de su servicio; por el contrario, si llegase a hacerlo, el profesional se vería abocado a sufrir acciones judiciales por violación al acceso a la atención en salud.

Así las cosas, teniendo en cuenta la creciente demanda de atención en salud a través del sistema público obligatorio, no resulta acertado en

caso de presentarse un daño mantener la idea de la existencia de una relación médico-paciente de índole contractual. Por lo anterior, cabe preguntarse si la noción de contrato de asistencia médica sigue vigente o ha entrado en desuso, tema que pasaremos a revisar a continuación.

La entrada en desuso de la noción de contrato de asistencia médica en el ordenamiento jurídico colombiano a raíz del funcionamiento del sistema público de salud

Con la entrada en vigencia del sistema de seguridad social en salud creado por la Ley 100 de 1993, se cambió por completo la dinámica que existía en Colombia respecto a la prestación de las atenciones en salud; al ser un servicio público, obligatorio e irrenunciable, para todos los habitantes del territorio nacional, se convirtió no solo en una función esencial del Estado, sino en una imposición legal, pues todos los habitantes del territorio colombiano deben estar afiliados a dicho sistema (Decreto 780/2016, art. 2.1.3.2).

Es por ello que las atenciones privadas, en donde el paciente contrataba directamente con el médico, dejaron de ser la regla general; por el contrario, la mayoría de los eventos de prestación del servicio de salud en la actualidad están cobijados por las prestaciones del sistema. En otras palabras, la relación privada entre un profesional de la salud o una institución médica con el paciente o su familia empezó a desaparecer o, por lo menos, ha disminuido al punto de pasar de ser la regla general a convertirse en excepción.

Sobre este fenómeno de cambio en la dinámica de la prestación del servicio de salud indicó la Corte Constitucional:

Mediante el sistema para los efectos de la atención y protección de los afiliados a una EPS, estos no contratan la prestación de los servicios de salud con el galeno en forma particular, sino con la misma institución, quien es la obligada a cubrir las asignaciones u honorarios por concepto de la labor realizada, sin que exista por consiguiente una vinculación directa entre el médico y el paciente para los efectos de la remuneración de aquél, lo cual no constituye por sí solo, una explotación comercial o política, en atención al nuevo modelo del

servicio público de seguridad social consagrado en la Carta Fundamental vigente, que permite que éste sea prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-106/1997).

No obstante el anterior cambio, lo cierto es que la idea de la relación contractual entre el médico y el paciente sigue muy arraigada. La doctrina se ha centrado solo en la discusión sobre la validez de la realización de este tipo de contratos considerando inicialmente que este tipo de actos jurídicos no eran válidos; se creía incorrecto aceptar transacciones cuya prestación recaía sobre bienes como la vida y la salud de las personas; por ello, en caso de causarse un daño en la atención en salud, solo era procedente hablar de una responsabilidad extracontractual (Jaramillo, 2002, p. 71).

Posteriormente, y como reacción a esta tesis, se empezó a sustentar la idea de que no era ni mundano ni antiético celebrar este tipo de contratos entre el médico y el paciente, de tal forma que no había ninguna irregularidad en este tipo de actos jurídicos; esta nueva visión del tema fue ganando adeptos, al punto de que se convirtió en la regla general que se mantiene hasta el momento actual (Jaramillo, 2002, p. 75).

López de Mesa, partidario de la visión contractualista de la relación médico-paciente, sostiene que

[...] la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los daños provocados con motivo o en ocasión de un acto médico, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno.

Esto es así pues normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle; esta es una situación excepcional. Lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces en forma verbal, un contrato de asistencia médica (2019, p. 71).

En similar sentido, Bello Janeiro critica la práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo español de desatar los conflictos de responsabilidad

médica con auspicio del artículo 1902 del Código Civil español, desconociendo que en la realidad la mayoría de atenciones de salud están precedidas de un contrato entre el médico y el paciente; considera que, al estar establecida la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho español, en estos casos debe aplicarse las reglas del artículo 1101 y siguientes de la regulación civil, encargadas de regular la responsabilidad contractual (2015, p. 15).

Colombia no ha sido ajena a esta tendencia; para Ballesteros, por regla general la responsabilidad médica es contractual (2000, p. 57); para Acosta Madiedo, es factible ver una responsabilidad de carácter contractual entre el paciente y el médico, aun en ausencia de un consentimiento informado, y una de naturaleza extracontractual respecto de las personas jurídicas en donde se presta la atención (2010, p. 7); para Ruiz, la relación médico-paciente se fundamenta en un expreso acuerdo de voluntades que da vida a una relación contractual (2004, p. 200).

En cuanto a esta tendencia, explica Fernández, que la idea de ver por regla general una responsabilidad civil médica de carácter contractual en la jurisprudencia colombiana estuvo influenciada por lo ocurrido en el fallo *Mercier* de 1936 de la Corte de Casación francesa; en dicho fallo, se introdujo en Francia la distinción de obligaciones de medio y de resultado, y con ello se planteó la tesis de la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico (Fernández, 2019, p. 50).

Lo anterior fue recibido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, en la sentencia del 5 de marzo de 1940, y llevó a que, en el ámbito jurisprudencial, fuera una práctica común iniciar las providencias judiciales en los procesos de responsabilidad médica sosteniendo que entre el médico y el paciente existe un contrato para la prestación del servicio de salud (Corte Constitucional, T-118A/2013; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC14415/2005, SC00533/2011).

A nuestro juicio, esta visión del tema resulta inadecuada para la realidad actual, y solo podría sustentarse si dejamos de lado el cambio en la dinámica de la prestación del servicio de salud y nos olvidamos de la existencia de un sistema de prestación de servicios de salud público y obligatorio regulado por el Estado.

Si prestamos atención al vínculo previo generatriz de la atención en salud a través del sistema público, para verificar las diferentes

obligaciones surgidas de dicha relación y su fuente, se puede concluir que no es posible mantener la idea de la existencia de un contrato de asistencia médica. Así, si se constata que la atención tuvo lugar gracias a un vínculo de carácter privado, regido por la voluntad y libertad de las partes, el incumplimiento corresponderá a una obligación previa, concreta, determinada y asumida voluntariamente por las partes, entonces es posible aceptar en principio la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual. Pero si la atención fue dispensada a raíz de las prestaciones reguladas en la ley para el servicio público obligatorio, las prestaciones y obligaciones habrían surgido de la ley y su incumplimiento implicará una violación del deber general de no causar daño a otro, siendo las reglas que disciplinan la responsabilidad extracontractual las sustancialmente aplicables al caso.

Para ahondar en esta conclusión, vamos a revisar en el siguiente punto si el acto de afiliación al sistema público y obligatorio de salud puede ser considerado jurídicamente como un acto contractual.

¿El acto de afiliación al sistema de seguridad social en salud es un acto voluntario y, por ende, puede ser considerado como un contrato?

Para desentrañar la naturaleza jurídica de la relación que surge entre el usuario y el sistema público de salud obligatorio, es necesario reconocer la existencia de un acto de afiliación al sistema, el cual es definido por la ley de la siguiente forma:

La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, el cual se efectúa con el registro en el Sistema de Afiliación Transaccional y la inscripción a una sola entidad promotora de salud, EPS, o entidad obligada a compensar, EOC, mediante la suscripción del formulario físico o electrónico que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud implica la declaración de la veracidad de los datos informados y del

cumplimiento de las condiciones para pertenecer al régimen contributivo o al régimen subsidiado. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud implica la aceptación de las condiciones propias del régimen contributivo o subsidiado y aquellas relacionadas con las cuotas moderadoras y copagos para la prestación de los servicios de conformidad con las normas vigentes, las cuales deberán ser informadas al afiliado. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud no habrá afiliaciones retroactivas [...] Parágrafo 1. La escogencia de EPS es libre, salvo las excepciones previstas en la presente parte. Parágrafo 2. La desafiliación al sistema sólo se producirá por el fallecimiento del afiliado (Decreto 780/2016, art. 2.1.3.1).

Este acto de afiliación al sistema se hace a través de la EPS (Ley 100/1993, art. 177), tiene un carácter vitalicio y obligatorio (Decreto 780/2016, art. 2.1.3.2), condición que de entrada impide catalogarlo como un verdadero contrato, pues, aunque pueda ser visto como un acto de adhesión que requiere capacidad de comprensión, en todo caso es un acto que finalmente no es libre.

La ausencia de libertad en la realización del acto no permite en principio considerarlo como un contrato; según Hinestrosa, la libertad “es la manifestación más elemental de la autonomía negocial” (2015, p. 301); para Larenz, “en el concepto mismo del contrato, como concierto libremente estipulado entre personas equiparadas jurídicamente, reside el que nadie puede ser constreñido ni a concluir contratos ni siquiera a concluir un contrato con persona determinada” (1959, p. 66).

Así las cosas, la condición de obligatoriedad de afiliación al sistema de salud en Colombia cercena la posibilidad de elección, de tal forma que su consumación no podría constituir un acto voluntario; en otras palabras, la materialización del acto de afiliación al sistema de salud no procede de la iniciativa de la persona que lo lleva a cabo (Allioto, 2009, p. 210), es más bien una consecuencia de una imposición legal para evitar ser acreedor de unas sanciones. Incluso, aunque pueda ser visto como un acto de adhesión que requiere capacidad de comprensión, en todo caso es un acto que no es libre.

Aunado a esta falta de libertad para decidir si se desea contratar o no, también hay una restricción de la facultad de elegir los medios para conseguir un fin; esta condición entendida no como consentimiento,

esto es, como acto de adhesión al medio propuesto para alcanzar el fin, sino como la capacidad o posibilidad de tomar la decisión racional respecto a que el medio escogido, entre todas las alternativas existentes, resulta ser el más adecuado para la consecución del fin propuesto con la realización del acto (Allioto, 2009, p. 218), tampoco se puede ejercer con la realización de una afiliación al sistema de salud obligatorio.

Quien se afilia al sistema de seguridad social en salud no ejercita una verdadera elección, ni siquiera le es dado analizar otras alternativas para decidir entre ellas cuál es la más idónea para la protección de su riesgo en salud; por el contrario, la persona está compelida a afiliarse así considere que existen otros medios más idóneos para alcanzar este fin; a todo lo anterior se suma que, a pesar de tener capacidad de pago, si una persona desea adquirir un plan voluntario de salud, debe previamente estar afiliado al sistema de salud obligatorio en el régimen contributivo, bien como cotizante o beneficiario (Decreto 780/2016, art. 2.2.4.4).

Lo expuesto hasta este punto es razón suficiente para no considerar acertado mantener la idea de la existencia de un contrato cuando se hace la afiliación obligatoria al sistema de salud; ese acto de afiliación no constituye en sí un acto humano voluntario, ni es producto del ejercicio de la libertad de elección, elementos necesarios para considerar la presencia de una verdadera relación contractual.

Manifiesta Allioto que para tomar la decisión de contratar o no es necesaria la libertad de elección respecto a la realización del acto y de la forma de hacerlo, pues ello constituye en sí el objeto de la elección, la cual al final “versa sobre los medios ajustados a la consecución del fin. Se quiere contratar porque se quiere el fin” (2009, p. 222).

Pese a lo anterior, un sector de la jurisprudencia colombiana continúa apegado a la visión contractual del acto de afiliación al sistema de salud; se considera que “los afiliados cuentan con un marco para ejercer su autonomía, lo que es extraño a un vínculo meramente legal y, por tanto, descarta su configuración, pues éste se caracteriza por la intangibilidad de su contenido” (aclaración de voto de la Sentencia SC13925/2016 por el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalve).

Según la visión del magistrado Quiroz, la afiliación al sistema público de salud es un contrato que no obedece a las categorías tradicionales; se trata de un acto jurídico dirigido, forzado, necesario, abierto, colaborativo

y por adhesión. Este tipo de actos son necesarios para el flujo de bienes y servicios, aunque la libre negociación se vea disminuida; entiende que, en todo caso, en estos contratos el adherente sigue teniendo la facultad de aceptar o no si quiere contratar, y de elegir con quién hacerlo como un resguardo de la autonomía de la voluntad.

A nuestro juicio, es precisamente esa facultad la que no se encuentra en el acto de afiliación al sistema de salud; en este evento, no estamos frente a una simple limitación de la libertad de discusión de las condiciones del acuerdo; por el contrario, estamos en presencia de la realización de un acto jurídico que no es libre ni voluntario, y, por ende, es imposible considerarlo como un contrato. Pese a considerar acertada esta conclusión, pasaremos a revisar algunas teorías utilizadas para intentar catalogar la afiliación al sistema de salud como una especie de contrato.

Las teorías del contrato de adhesión, del contrato forzado y del contrato social no son suficientes para explicar la naturaleza jurídica de la afiliación al sistema de salud

Una de las categorías contractuales más usadas en la actualidad son los llamados contratos de adhesión; lo que caracteriza a este tipo contractual es el hecho de que las cláusulas ya están predispuestas sin dejar lugar para una deliberación de las condiciones contractuales, de tal forma que la persona solo decide si adhiere o no a dichas estipulaciones (Castro, 2019, p. 141). Esta tipología es usada para tratar de explicar lo que sucede con la afiliación al sistema de salud, en donde las personas solo se adhieren a lo ya predispuesto en la ley, tal y como lo pretende hacer ver el magistrado Quiroz (aclaración de voto de la Sentencia SC13925/2016).

No obstante, hay una gran diferencia entre estas dos figuras; así, en las relaciones nacidas a través de contratos de adhesión, pervive la posibilidad de elegir si se desea contratar o no (Allioto, 2009, p. 228), lo cual no ocurre con la afiliación al sistema, que es de naturaleza obligatoria; por otro lado, como expone Díez-Picazo y Ponce de León, si bien estos contratos de adhesión son reconocidos por la ley, las partes

siempre estarán habilitadas para atacar las cláusulas abusivas con el objetivo de lograr su ineficacia (2004, p. 12), situación que no resultará procedente respecto del acto de afiliación al sistema de salud, en tanto las condiciones que regulan esa relación están previstas en la ley. Por lo anterior, consideramos que la tipología del contrato de adhesión no sirve para cobijar con una naturaleza contractual al vínculo que surge entre el usuario y el sistema de salud con la afiliación.

Consideremos ahora la tesis del contrato forzado, respecto del cual en principio compartimos la idea expuesta por Hinestrosa, quien considera contradictorio hablar de un contrato cuando existe una imposición que limita la libertad o autonomía para disponer de los intereses propios, siendo esta libertad la base del contrato (2015, p. 302).

Sin embargo, en la práctica se viene reconociendo la existencia de este tipo de contratos en diferentes ordenamientos jurídicos, ello bajo la idea de que la autonomía de la voluntad no es absoluta, y, por ende, puede tener límites. Este reconocimiento viene cohonestado con el cambio de paradigma de la regulación de los contratos ante el advenimiento del estado social de derecho; en este sentido sostienen Díez-Picazo y Ponce de León que

finalmente, existieron razones de política social y para lograr un bienestar general, se adoptó el sistema de condiciones contractuales imperativamente fijadas por la ley, como en el caso de los contratos de trabajo o en otros casos especialmente vinculados a la economía de escasez, la conversión del Estado y de las administraciones públicas en contratantes, los sistemas de cupos y de precios tasados, las políticas de abastecimiento controlados y lo que, en su momento, fueron llamados contratos impuestos o contratos forzosos. Tantas agresiones y precedentes de tantas direcciones obligaban a pensar que del viejo paradigma del contrato quedaba poca cosa (2004, p. 12).

De este modo, el Estado colombiano tiene la potestad de intervenir en la economía (Constitución Política, 1991, art. 334) para alcanzar el interés general; por ejemplo, puede crear contratos uniformes para ciertos sectores de la economía, o limitar el acceso a un sector de la economía previa autorización, como ocurre con las actividades financieras,

bursátiles o de seguros (art. 335); de igual forma, está dentro de su imperio obligar a contratar seguros obligatorios para quienes van a hacer uso de un vehículo automotor; obligar a ciertos concesionarios de servicios públicos (agua, luz, gas, transporte, internet, etc.) a no negarse a contratar con los usuarios; o forzar las ventas de bienes de un deudor en un proceso judicial para conseguir dinero con el fin de satisfacer a sus acreedores, entre otros.

Todos estos ejemplos muestran un dirigismo del Estado y son prueba de la existencia en nuestra vida cotidiana de algunos contratos forzados; no obstante, es fácil ver en cada uno de ellos la existencia de algún margen de libertad de las personas destinatarias de la obligación de contratar; así las cosas, si no se adquiere un vehículo, si se pagan las deudas a tiempo o si deja de hacerse uso de algún servicio público —diferente a la salud—, no se estaría en la condición de quedar compelido a contratar un seguro, bien del crédito o del servicio ofrecido, o a permitir la subasta del bien. Este espacio de actuación de la autonomía de la voluntad, así sea limitado, no se encuentra en el caso de la afiliación al sistema de salud.

Como hemos indicado, existe una imposición legal para todo habitante en el territorio colombiano, sea cual sea su condición, de estar afiliado al sistema de salud público; incluso, la negativa a efectuar este acto trasciende la consecuencia de no tener la calidad de acreedor de las prestaciones del servicio, para convertirse en una limitación del ejercicio de otros derechos; sin afiliación al sistema de salud, la persona que trabaje como independiente no podrá recibir el pago de sus honorarios; tampoco le será posible elegir otros medios para protegerse de la contingencia del riesgo en salud, como sería la contratación de un plan complementario; a todo lo anterior se suma la imposibilidad de acceder a la pensión o a las prestaciones del sistema de riesgos laborales.

En el caso del sistema de salud argentino, también se ha discutido sobre la naturaleza del vínculo que surge entre los afiliados y las obras sociales; estas últimas son las encargadas de brindar las prestaciones médico-asistenciales y de la seguridad social a la mayoría de la población trabajadora, perteneciente a un gremio o sector de la economía; su financiación está dada por los aportes obligatorios de los afiliados y

de los empleadores (Lorenzetti, 2011, p. 87). Estas obras sociales pueden asimilarse en Colombia a las empresas promotoras de salud (EPS).

En este contexto, plantea Lorenzetti, la imposibilidad de defender la idea del contrato forzado en este tipo de relaciones, y expone unas razones que bien podrían aplicarse al caso colombiano. Así, considera, en primer lugar, que en este tipo de relaciones hay un vínculo de seguridad social público y no privado; no ve en este tipo de contratos una reciprocidad en la prestación; en cuanto a los aportes realizados por los afiliados y los empleadores, hace notar que tienen una base social, no tienen una intención privada o contractual; considera además que esta relación no nace de un acuerdo voluntario entre las partes, sino de la ley, por lo cual este vínculo se fundamenta más en principios de justicia distributiva y no conmutativa; por último, expone que la relación de seguridad social se rige por principios como la integralidad, universalidad e igualdad, los cuales son ajenos a las relaciones privadas (2011, pp. 90-95).

De todo lo anterior deviene, para este autor, una consecuencia importante y es que, al existir aportes de personas ajenas al presunto contrato, como serían las cotizaciones de los empleadores, no es procedente aplicar la justicia de la reciprocidad de las prestaciones, toda vez que, ante el incumplimiento del empleador en el pago de las cotizaciones, de todas maneras la obra social debe prestar el servicio (Lorenzetti, 2011, p. 94).

Si trasladamos lo anterior al caso colombiano, vemos que hay razones adicionales para sostener la imposibilidad de aplicar la justicia de la reciprocidad en las prestaciones al supuesto contrato de afiliación al sistema de salud; esto es así en tanto los afiliados en el régimen subsidiado no deben pagar cotizaciones para recibir el servicio, y quienes están en el contributivo no solo pagan por su servicio, sino que subsidian a quienes no tienen capacidad de pago. Por otro lado, al igual que en el sistema de salud argentino, en Colombia resulta imposible aplicar la excepción de contrato no cumplido cuando una de las partes incumple sus obligaciones; de este modo, las EPS deben brindar los servicios aunque el empleador esté en mora del pago, o cese la relación laboral o la capacidad de pago del trabajador independiente (Decreto 780/2016, art. 2.1.9.1); incluso, está previsto legalmente un período de cobertura

adicional entre 1 y 3 meses luego de la cesación de la relación laboral (Decreto 780/2016, art. 2.1.8.1). A todo ello se suma la posibilidad de hacer en ciertos casos afiliaciones oficiosas al sistema (Decreto 780/2016, art. 2.1.5.4).

Finalmente, la tesis del contrato social o de hecho tampoco la vemos acertada para sustentar una presunta relación contractual entre el paciente y el sistema de salud. Si bien en Italia parece acogerse esta postura con el ánimo de dar una mayor protección al paciente (Fernández, 2004, p. 112), no creemos correcto trasladarla al caso colombiano.

Esta tesis es motivada por la búsqueda de una ampliación de la responsabilidad para que abarque no solo los eventos de mala praxis médica, sino los casos de un error de la organización sanitaria; se piensa que, al lado de la obligación de prestar la asistencia sanitaria prevista en la ley, existen otros deberes que emanan de la buena fe contractual a cargo de la institución encargada de prestar el servicio; por lo anterior, se habla del compromiso de eficiencia organizacional de poner a disposición del paciente todos los medios necesarios para una adecuada prestación del servicio de salud.

Al respecto, Fernández expone sobre la visión del contrato social en el derecho italiano que

[...] frente a la tradicional posición encuadrada en la órbita extracontractual, la jurisprudencia de hoy —basándose en la teoría del contrato social— propende por una configuración de la responsabilidad en términos contractuales, estableciendo así los fundamentos para la elaboración de un régimen contractual unitario de la responsabilidad médica (que involucre tanto la responsabilidad de la estructura sanitaria como la del médico dependiente de ésta).

[...] Como se señaló en apartes anteriores, con el fin de encuadrar en el ámbito jurídico esta nueva perspectiva de responsabilidad, la cual involucra una mayor complejidad del servicio prestado, se ha sostenido la tesis contractual del vínculo existente entre la entidad y el paciente, en desarrollo de un contrato atípico, al que se le atribuye el nombre de contrato de hospitalización (2004, p. 112).

Conforme con lo anterior, no vemos cómo esta postura del contrato social atípico pueda ser usada en el ordenamiento jurídico colombiano; en Colombia las reglas de la responsabilidad civil por daños en la atención en salud cobijan tanto a las instituciones como a los médicos, de tal forma que resulta innecesario crear una fuente contractual de hecho, inventando un contrato de hospitalización que en la práctica no existe, para lograr argumentar la responsabilidad de las organizaciones sanitarias frente al paciente.

Consideramos que la tesis del contrato social, o de hecho como señala Hinestrosa, tiene alguna función cuando se pretende aplicar la regulación contractual a una situación que de entrada no encaja en la categoría de contrato ni en otra figura, y solo con el ánimo de dar una respuesta más fácil al caso concreto (2015, p. 316). Pero, respecto a la responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio público de salud en Colombia, las respuestas ya están dadas en la ley, tanto la que regula el sistema de salud como el Código Civil, y en la jurisprudencia, de tal forma que acudir a la ficción de la existencia de un contrato, donde en realidad no lo hay, solo trae mayores inconvenientes.

En conclusión, ninguna de las teorías descritas: la del contrato de adhesión, la del contrato forzado y la del contrato social, resultan suficientes para explicar la naturaleza jurídica contractual de la afiliación al sistema de salud; por ello, pasaremos a ensayar una respuesta a esta interrogante.

Entre los afiliados y el sistema del servicio público de salud surge una relación de carácter legal y reglamentario

La afiliación al sistema de salud en Colombia es obligatoria, y las prestaciones, obligaciones, derechos o responsabilidades que surgen a raíz de esa afiliación se encuentran previamente definidas en la Constitución y en la ley. Por ello, no les es dado a los agentes del sistema —EPS, IPS, profesionales de la salud y usuarios— entrar a desconocer o modificar lo allí regulado. En esta línea la Corte Suprema ha reconocido que

no sólo la afiliación es un acto obligatorio para la población con capacidad de pago y para las EPS, sino que el monto y forma de hacer las cotizaciones también lo son, en la medida que están preestablecidos por la ley y sobre tales aspectos no existe ningún poder de negociación. De igual modo, el régimen de beneficios es inmodificable por el querer de las partes, de suerte que es muy poco lo que queda al arbitrio de la voluntad (Sala de Casación Civil, SC13925/2016).

Esta forma de ver el tema constituye un cambio de postura del alto tribunal, pues se empieza a considerar que el vínculo surge entre el paciente y el sistema, y no entre el paciente y una institución; además, se le considera especial, de origen legal y reglamentario, con un carácter permanente, que no está abierto a negociaciones. Esta postura se aleja de ver una relación contractual entre el afiliado o cotizante con el sistema, y una relación extracontractual de este último con los familiares o herederos del afiliado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13925/2016).

Consideramos acertada esta nueva visión, máxime si se tiene en cuenta la situación jurídica del usuario del sistema de salud —afiliado o beneficiario, esto es, el origen de los derechos y obligaciones que emanan de dicha relación no se encuentran en el acuerdo de las voluntades; por el contrario, como indica Gil Botero, “la posición jurídica de los destinatarios del servicio asistencial de salud se encuentra previamente delimitada en normas de carácter legal y reglamentario” (2012, p. 57).

De este modo, las obligaciones, prestaciones, responsabilidades y deberes que emanan de la afiliación no tienen su fuente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad; no existe un vínculo contractual entre la EPS y el paciente; esta última actúa como representante del sistema, y la afiliación genera una relación de carácter legal y reglamentaria entre afiliado y sistema de seguridad social en salud. Por ende, el vínculo que surge es público y no privado, el cual, se repite, no está abierto a adecuaciones de ningún tipo por parte de los usuarios o prestadores del servicio.

Por lo anterior, seguir hablando de la existencia del contrato de asistencia médica cuando se está frente a una atención en salud regida por las prestaciones propias del sistema obligatorio de salud creado por

la Ley 100 de 1993 no parece ser lo más acertado. En consecuencia, debemos pasar a revisar si esta nueva visión de este vínculo, entre el paciente —afiliado o beneficiario— y el sistema, tiene un efecto en la determinación del tipo de responsabilidad civil aplicable cuando se presenta un daño.

Los daños causados con ocasión de la atención en salud a través del sistema público deben ser juzgados conforme a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual

Si la relación jurídica que nace entre el paciente y el sistema es de carácter legal y reglamentario, debe reconsiderarse la idea de que las reglas de la responsabilidad civil contractual siguen siendo aplicables cuando la atención se da dentro del marco del sistema de seguridad social, e, incluso, si la atención se dio en una relación de carácter particular.

Este análisis es relevante en tanto en el ordenamiento colombiano no es indiferente la elección del tipo de responsabilidad civil aplicable a cada caso; por el contrario, la definición del tipo de reglas por aplicar es necesaria, dado que existe una regulación particular para cada una de ellas (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC780/2020); además, está prohibida la elección de demandar por una vía u otra de forma arbitraria (Ariza, 2010, p. 369). Elegir la vía inadecuada conduce a la aplicación de normas sustanciales improcedentes para resolver el caso concreto, violando con esta conducta el derecho al debido proceso del demandado, además de atentar contra la seguridad jurídica y el principio de legalidad, en tanto al aplicar las reglas de la responsabilidad contractual se estaría cambiando el régimen que sustancialmente corresponde a este tipo de casos.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia recientemente, no se trata de la imposibilidad de acumular pretensiones contractuales y extracontractuales, lo cual es jurídicamente viable, sino de la imposibilidad de elegir una vía de forma caprichosa que conduzca a desatar el conflicto con reglas sustanciales diferentes a las indicadas por ley (Sala Civil, SC780/2020).

De esta manera, si lo pretendido por un demandante es solicitar la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la violación de una relación previa y concreta entre las partes, se debe acudir a la responsabilidad civil contractual (Velásquez, 2009, p. 39). Será menester en el proceso judicial, además de la prueba del daño, del nexo de causalidad y del factor de atribución, acreditar: a) la existencia de un contrato válido entre las partes, b) las obligaciones particulares nacidas a cargo de cada una de ellas, c) la prueba del incumplimiento de una de esas obligaciones y d) la prueba de que dicho incumplimiento es la causa del daño alegado (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC5170/2018).

Bajo estos parámetros, si no hay una relación previa entre las partes, de la cual surjan las obligaciones que, al ser incumplidas dan nacimiento a la obligación de indemnizar, no podemos hablar de un evento de responsabilidad contractual. Adicionalmente, aunque exista un vínculo previo, concreto y particular, si no se puede regular ningún aspecto de las prestaciones, o de la responsabilidad por el incumplimiento de estas, ese conflicto tampoco puede ser juzgado con las normas de la responsabilidad contractual (Sala Civil, SC780/2020).

Por consiguiente, si la atención en salud se hace a través del sistema de seguridad social, la naturaleza de la relación entre el usuario y el sistema es de índole legal y reglamentaria; ese vínculo jurídico generador de derechos y obligaciones no es producto de la voluntad de las partes, sino de lo previsto en la Constitución Política, en la ley y en los actos administrativos.

Los agentes del sistema no pueden cambiar lo anterior, ni mucho menos pueden entrar a regular voluntariamente y de forma anticipada las consecuencias de su responsabilidad en caso de algún incumplimiento de sus obligaciones; es decir, no es factible hacer pactos previos en relación con la responsabilidad civil para limitar la cuantía de la reparación, para modular el tipo de culpa por el cual se debe responder (Código Civil, art. 1604) o para excluir o limitar conductas para que no generen la obligación de reparar, ni tampoco variar el régimen de prescripción de la acción (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC780/2020). Incluso, aunque aceptáramos estar frente a un contrato forzado o de adhesión, no habría ningún ápice de libertad para regular voluntariamente de formar distinta lo que ya está previsto en la Constitución y en la ley.

Esta conclusión puede trasladarse a los eventos de atención brindada por un médico particular por fuera del sistema público de salud, tal como lo afirma la Corte; ello es así pues, a pesar de la posibilidad de regular algunos aspectos de la relación de forma voluntaria, lo cierto es que el tema de la responsabilidad está vedado para ser modificado por las partes; en consecuencia, solo serán aplicables las reglas de la responsabilidad contractual a los aspectos susceptibles del acuerdo, como el lugar de cumplimiento, tiempo, valor de los honorarios, etc., pero, si se produce un daño al paciente en el momento de la atención, tal situación será analizada a través de las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que estas consecuencias están en la ley y no admiten modificación alguna por parte de los contratantes (Sala Civil, SC780/2020).

Corolario de lo anterior, si el vínculo del cual surgen a la vida las obligaciones y prestaciones de las partes en la atención en salud tiene una naturaleza legal y reglamentaria, lo indicado, en caso de presentarse un daño, es aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual, en tanto, sustancialmente, son las normas adecuadas para desatar los conflictos por responsabilidad médica y sanitaria. Hacer caso omiso a ello implicaría en el proceso aplicar unas reglas contractuales al caso, que sustancialmente no son las indicadas para desatar el litigio, violando el principio de legalidad y el debido proceso.

Beneficios de acoger la tesis de la responsabilidad extracontractual

Reconocer que las reglas de la responsabilidad extracontractual son las aplicables a los casos de daños en la atención en salud permite superar algunos inconvenientes que se presentan en la práctica alrededor de la responsabilidad civil médica.

Así, el primer punto que podría ser superado es el de la búsqueda de la naturaleza jurídica del contrato de asistencia médica; al respecto debemos decir que, luego de ensayarse varias posturas, en Colombia se ha llegado a la conclusión de no poder encasillar al contrato entre el médico y el paciente en un tipo contractual único, como lo sería el

arrendamiento de servicios, el mandato, el contrato de obra, de prestación de servicios u otro tipo contractual; por la particularidad de las prestaciones en juego en este tipo de relaciones se ha de considerarlo como un contrato atípico de carácter multiforme, proteiforme o de contenido variable, el cual debe ser analizado conforme a las circunstancias particulares de cada caso (Jaramillo, 2002, p. 152; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5507/2001).

Esta discusión de la naturaleza jurídica del contrato de asistencia médica tendría solo utilidad en los eventos excepcionales de atenciones regidas por el acuerdo previo y concreto de las partes, lo cual en la práctica resulta ser la excepción, pero, si la atención en salud ha sido prestada dentro del marco del sistema de seguridad social, esto ya no será necesario.

Por otro lado, la elaboración doctrinal de casos taxativos de responsabilidad médica extracontractual debería pasar a un segundo plano; algunos eventos considerados como supuestos de responsabilidad extracontractual médica son los siguientes: a) atención de pacientes que han ingresado a una institución médica por una situación de urgencia, b) en estado de inconsciencia, pues no han podido dar su consentimiento; c) cuando el médico presta sus servicios en la vía pública a una persona (Yepes, 1993, p. 31).

Con el reconocimiento de la naturaleza legal y reglamentaria del vínculo entre el usuario y el sistema, esta delimitación de los casos que encajan en una responsabilidad contractual o extracontractual ya no será de utilidad. Fíjese lo inadecuado de esta forma de ver el tema, ya que, al menos en los dos primeros eventos mencionados, la atención bien pudo brindarse bajo los parámetros del servicio público de salud, de tal modo que la condición de urgencia o el estado de inconsciencia no tendrían la virtud por sí solos de transmutar la naturaleza de la relación previa de índole legal y reglamentario en una de carácter contractual; por ende, tampoco podrían por sí mismos encargarse de definir el tipo de reglas de la responsabilidad civil aplicable en caso de presentarse un daño en la atención.

No es necesario acudir a la casuística de las condiciones que rodearon la llegada del paciente a un hospital o clínica para determinar si la relación es contractual o extracontractual; por el contrario, basta

con revisar el tipo de relación previa existente, del cual surgió la obligación de prestar el servicio de salud; es decir, la inquietud es si había un contrato previo y voluntario entre las partes, o, si el paciente fue atendido en la institución y por los médicos tratantes por su condición de usuario del sistema de salud público. Disipar lo anterior ayudará a determinar la naturaleza del vínculo previo, generador de la atención, y, por ende, el tipo de responsabilidad civil aplicable al caso.

Por último, otra discusión que podría evitarse es la relativa a la manera de acumular en un proceso judicial las pretensiones del paciente —usuario afiliado— y de sus familiares; esto es así pues en la práctica se califica a estas últimas como pretensiones de responsabilidad extracontractual si actúan en *iure proprio*, o contractuales si lo hacen en *iure hereditatis* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC14415/2005, SC00533/2011, SC07330/2014).

Para ejemplificar esta práctica jurisprudencial, en sentencia del año 2011, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en relación con una demanda de responsabilidad civil promovida por los familiares del afiliado fallecido y dirigida en contra de una EPS, que, al haber actuado los demandantes *in iure proprio*, su pretensión era de índole extracontractual, pues eran terceros ajenos al contrato celebrado por el fallecido y, por ello, no podían haber invocado al contrato como fuente de reparación de sus daños (SC00533).

Si bien se reconoce que esta es la postura generalizada en la jurisprudencia colombiana, lo cierto es que no viene precedida de un análisis exhaustivo sobre la naturaleza del vínculo creado entre el afiliado y los beneficiarios de las prestaciones del plan de beneficios de salud con el sistema de seguridad social; por el contrario, se da por sentado la existencia de un contrato entre el afiliado y el sistema, y, gracias a ello, se concluye que la única pretensión de índole contractual en el proceso sería la del afiliado, dado que la del resto de los afectados, si actúan *in iure proprio*, será considerada siempre de carácter extracontractual.

A nuestro juicio, al reconocer la naturaleza legal y reglamentaria del vínculo entre el afiliado —cotizante y beneficiario— y el sistema de salud, no será necesario hacer este tipo de elucubraciones, pues al no existir un contrato que haya dado vida a la atención, independientemente de quién acuda en calidad de demandante al proceso —afiliado

o familiares—, al estar en juego el incumplimiento de deberes legales, las pretensiones siempre estarían bajo el cobijo de las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Conclusiones

- 1) La postura generalizada de ver entre el médico y el paciente una relación de tipo contractual en la actualidad resulta inadecuada, y solo puede mantenerse si olvidamos la existencia de un sistema de prestación de servicio de salud público obligatorio, en el cual la relación jurídica entre los usuarios y el sistema es de naturaleza legal y reglamentaria.
- 2) El acto de afiliación al sistema público de seguridad social en salud no constituye la materialización de un contrato; este acto es obligatorio, y, por ende, no existe libertad ni para decidir contratar ni para elegir los medios adecuados para conseguir un fin. A todo ello se suma que los agentes del sistema no pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad para cambiar las prestaciones, las obligaciones o regular el tema de la responsabilidad civil por su incumplimiento; por el contrario, toda la regulación ya viene predispuesta desde la Constitución Política y la ley.
- 3) Las teorías del contrato de adhesión, del contrato forzado o del contrato social no son suficientes para sustentar la idea de una relación contractual entre el afiliado y el sistema público de seguridad social en salud. Tampoco es posible ante la existencia de una relación de origen legal y reglamentario aplicar la justicia de la reciprocidad en las prestaciones o hacer uso de la de la excepción de contrato no cumplido.
- 4) En Colombia existe una regulación particular para la responsabilidad contractual y extracontractual, y se encuentra prohibida la elección de demandar por una vía u otra de forma arbitraria. Admitir que las reglas de responsabilidad civil extracontractual son las indicadas para regular los daños en la prestación del servicio público de salud permite dejar de lado la discusión sobre la naturaleza jurídica del contrato de asistencia médica, la averiguación de los eventos taxativos

de responsabilidad civil médica extracontractual y la procedencia de la acumulación de pretensiones de los afiliados, beneficiarios y sus familiares.

Referencias

- Acosta Madiedo, C. D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado*, 43, 2-26. Recuperado de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=88%3Aresponsabilidad-medica-elementos-naturaleza-y-carga-de-la-prueba&catid=7%3A43&Itemid=37&lang=es [Acceso: 1-11-201]
- Allioto, D. G. (2009). *La justicia de los contratos. Dialéctica y principios de los contratos privados*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Ariza Fortich, A. R. (2010). Acumulación de la acción personal y la acción hereditaria en el derecho colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 12(1), 365-381. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1196>
- Ballesteros, J. (enero-junio, 2000). La responsabilidad médica. *Revista de Derecho Privado*, 5, 57-72.
- Bello Janeiro, D. (2015). *La responsabilidad médica*. Bogotá: Temis.
- Castro de Cifuentes, M. (2019). Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 121-150. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/issue/view/401>
- Díez-Picazo, & Ponce de León, L. (2004). Contrato y libertad contractual. *Revista de Derecho Themis*, 49, 15-21. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8545>
- Fernández Muñoz, M. L. (2004). Nuevas perspectivas en el tema de la responsabilidad por la estructura sanitaria. Estudio de derecho italiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(1), 111-148. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/279>
- Fernández Muñoz, M. L. (2019). *Responsabilidad médica en la especialidad civil*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

- Gil Botero, E. (2012). *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo J., C. I. (2002). *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Larenz, K. (1959). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, t. I.
- López de Mesa, M. (2019). *La responsabilidad civil médica. Responsabilidad de sanatorios y hospitales. En el nuevo Código Civil y Comercial. Derecho comparado*. Montevideo: Editorial B de F.
- Lorenzetti, R. L. (2011). *La empresa médica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico*, 1(4), 195-216. Recuperado de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/232>
- Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Yepes, S. (1993). *La responsabilidad civil médica*. Medellín: Diké.

Legislación nacional

- Colombia, Congreso de la República. Ley 90 de 1946 (7 de enero de 1947), “por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”. DO: 23112.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 23 de 1981 (27 de febrero de 1981), “por la cual se dictan normas en materia de ética médica”. DO: 35711.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 10 de 1990 (10 de enero de 1990), “por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”. DO: 39137.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 100 de 1993 (23 de diciembre de 1993), “por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. DO: 41148.
- Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Comisión de Regulación en Salud (CRES). Acuerdo 4 de 2009 (30 de septiembre de 2009), “por medio del cual se unifica el plan obligatorio de salud para los niños de 0 a 12 años”.
- Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Comisión de Regulación en Salud (CRES). Acuerdo 11 de 2010 (1° de febrero de 2010), “por medio

del cual se unifica el plan obligatorio de salud para los niños y adolescentes menores de 18 años”.

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Comisión de Regulación en Salud (CRES). Acuerdo 27 de 2011 (11 de octubre de 2011), “por medio del cual se unifica el plan obligatorio de salud para los adultos de 60 y más años”.

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Comisión de Regulación en Salud (CRES). Acuerdo 32 de 2012 (17 de mayo de 2012), “por medio del cual se unifica el plan obligatorio de salud para los adultos entre 18 y 59 años”.

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 780 de 2016 (6 de mayo de 2016), “por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector salud y protección social”. DO: 49865.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 433 de 1971 (1º de marzo de 1971), “por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”. DO: 33302.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 454 de 1974 (13 de mayo de 1974), “por el cual se establece la organización básica de la Dirección del Sistema Nacional de Salud”. DO: 34079.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 56 de 1975 (19 de febrero de 1975), “por el cual se sustituye el Decreto-Ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones”. DO: 34260.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 4747 de 2007 (7 de diciembre de 2007), “por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”. DO: 46835.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-106 del 6 de marzo de 1997.
M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001.
M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008. M. P.: Manuel José Cepeda.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-118A del 12 de marzo de 2013.
M. P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 5 de marzo de 1940. M. P.: Liborio Escallón.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 12 de septiembre de 1985. *Gaceta Judicial*, tomo CLXXX, 1985, N° 2419, pp. 407 y ss. M. P.: Horacio Montoya Gil.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 26 de noviembre de 1986. *Gaceta Judicial*, tomo CLXXXIV, 1986, N° 2423, pp. 359 y ss. M. P.: Héctor Gómez Uribe.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5507 del 30 de enero de 2001. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC14415 del 18 de mayo de 2005. M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC0778 del 8 de agosto de 2011. M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC00533 del 17 de noviembre de 2011. M. P.: William Namén Vargas.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC00467-01 del 17 de septiembre de 2013. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC07330 del 15 de diciembre de 2014. M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925 del 30 de septiembre de 2016. M. P.: Ariel Salazar Ramírez.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC780 del 10 de marzo de 2020. M. P.: Ariel Salazar Ramírez.