

 Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña - Colombia Vicerrectoría de Investigación	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
	Dependencia	Aprobado		Pág.
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		i(80)	

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	BEATRIZ RÍOS ÁLVAREZ - GEIDIS CLEMENCIA GUERRA MEJÍA
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO
DIRECTOR	ADOLFO LEÓN IBÁÑEZ GALLARDO
TÍTULO DE LA TESIS	LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA BAJO LA ÓPTICA DEL SISTEMA DE CULPA PRESUNTA.

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

ESTA MONOGRAFÍA EXTRAE CONCEPTOS DE LA DOCTRINA, LA NORMA Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, ANALIZANDO MEDIANTE EL ESTUDIO DE ALGUNAS JURISPRUDENCIAS LA VIABILIDAD DE APLICAR EL SISTEMA DE CULPA PRESUNTA EN ESTA FIGURA JURÍDICA PARA RECONOCER LOS DAÑOS ORIGINADOS POR UNA MALA PRÁCTICA MÉDICA, CONCLUYENDO QUE LOS JURISTAS TIENEN EN CUENTA ESTE SISTEMA CUANDO SE TRATE DE OBLIGACIONES DE RESULTADOS QUE ADQUIERA EL MÉDICO CON EL PACIENTE.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 82	PLANOS: 0	ILUSTRACIONES: 0	CD-ROM: 1
--------------------	------------------	-------------------------	------------------



**LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA BAJO LA ÓPTICA DEL SISTEMA DE CULPA PRESUNTA**

AUTORES:

BEATRIZ RÍOS ÁLVAREZ

GEIDIS CLEMENCIA GUERRA MEJÍA

Monografía Para Optar El Título De Abogado

Director:

ADOLFO LEÓN IBÁÑEZ GALLARDO

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN ARTES Y HUMANIDADES

DERECHO

Ocaña, Colombia

Mayo, 2019



ÍNDICE

Introducción	iv
Capítulo 1. Responsabilidad civil médica en Colombia.....	1
1.1. Responsabilidad civil	3
1.2. Responsabilidad civil médica en Colombia	5
1.3. Regímenes de la responsabilidad civil del médico	10
1.3.1. Régimen de Responsabilidad Objetiva.	10
1.3.2. Régimen de Responsabilidad subjetiva.....	15
1.4. Clases de Responsabilidad Médica	18
1.4.1. Responsabilidad civil médica contractual.....	19
1.4.2. Responsabilidad civil médica extracontractual	22
1.5. Obligaciones que adquiere el médico	24
1.5.1. Obligaciones de medio.....	25
1.5.2. Obligaciones de resultado	26
Capítulo 2. Elementos para que se configure la Responsabilidad Civil Médica	28
2.1. El Daño	28
2.1.1. Concepto de Daño.....	28
2.1.2. Características del Daño.....	30
2.1.3. Elementos esenciales del daño.....	32
2.1.4. Tipos de Daño	33
2.1.4.1. Daños Materiales.....	34
2.1.4.2. Daños Inmateriales.....	34
2.1.5. Tipos de indemnización del daño.....	36
2.2. Culpa o falla del servicio	39
2.2.1. Concepto de Culpa o Falla del Servicio.....	39
2.2.2. Principio general de Presunción de Culpa en Materia de Responsabilidad Contractual.....	42
2.3. Nexo Casual	46
Capítulo 3. Reparación del daño sin considerar la intervención o no de la culpa.	49
3.1. Teoría del riesgo y sus modalidades	49
3.1.1. Responsabilidad civil objetiva por Riesgo Profesional.....	51
3.2. Responsabilidad objetiva del Estado y falla del servicio.....	53
3.3. Sentencias en las que se reconoce la reparación del daño por falla en la prestación del servicio de salud sin considerar la intervención o no de la culpa.	56
Capítulo 4. Conclusiones	60
Referencias	65

Introducción

Nuestro trabajo comprende el análisis del contenido jurídico que desarrolla el tema de la responsabilidad civil médica en Colombia, determinando los criterios que se tienen en cuenta para reparar el daño causado, con base a la intervención o no de la culpa.

Surge la inquietud de analizar las diferentes posturas expuestas por la Corte Suprema de Justicia al momento de reconocer la reparación de los daños que causa el galeno en las intervenciones médicas, debido a que, para ello ha optado basarse en el sistema de culpa probada, evidenciándose en las sentencias que se citarán en el desarrollo de esta monografía.

Consideramos al respecto que el daño debería otorgársele un mayor rango de importancia en todo proceso de responsabilidad civil médica, y con sólo probarse su existencia y la relación de causalidad con el hecho que lo originó se indemnice a la víctima, excluyendo la aplicación del sistema de culpa probada y en su lugar adoptar el sistema de culpa presunta o el régimen de responsabilidad objetivo, que descartan la idea de discutir la existencia de la culpa.

Lo anterior significa brindarle una mejor protección al bienestar físico o psíquico de la víctima, reconociendo que la certeza de la existencia del daño es motivo suficiente para reconocer la indemnización, de acuerdo a los agravios padecidos en una intervención médica, pero para ello los juristas deberían emplear un enfoque objetivo en esta clase de procesos.

Es primordial el estudio de este tema porque resulta evidente que los juristas se han orientado más en determinar la culpabilidad que en proteger los derechos e intereses de la víctima cuando se prueba la existencia del daño como resultado de un mal procedimiento médico, pero del cual no se identifica el autor o participe del hecho y al final resulta más afectado el paciente con su estado de salud quebrantado y sin hacerse efectiva la reparación.

Por lo tanto, se precisa exponer la necesidad de aplicar el sistema de culpa presunta o el régimen de responsabilidad objetivo, pero antes es necesario conocer si es viable la reparación del daño sin considerar la intervención de la culpa, mediante las consideraciones que contemplan las sentencias y los aportes que la doctrina y la norma han realizado sobre este elemento en la responsabilidad civil médica, mediante el análisis de los sistemas de culpa y su aplicación por parte del juez.

Realizando un planteamiento general del tema, que se desarrollará a partir de capítulos, se estudiará los regímenes de la responsabilidad civil médica en Colombia, con el fin de analizar los beneficios o desventajas en su aplicación para la reparación de daños causados, y los elementos que configuran la responsabilidad. También se establecerá las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, y entre las obligaciones de medio y de resultado que menciona la jurisprudencia colombiana, teniendo en cuenta como principal disimilitud la aplicación de la carga de la prueba para determinar la culpa.

Por último, se recopila toda la información que abarca la solución al planteamiento del problema jurídico, a partir de la teoría del riesgo que eleva al daño como elemento objetivo de la

responsabilidad reemplazando la teoría tradicional de la culpa, que en el dogma romano señalaba “no hay responsabilidad sin culpa comprobada”.

Esta monografía es de compilación, se acudió a los diferentes conceptos y pronunciamientos de orden jurídico, sobre la reparación del daño en la responsabilidad civil médica. Para ello fue necesario el análisis de los argumentos expuestos por civilistas como el doctor Manuel Guillermo Sarmiento García, Tamayo Jaramillo, entre otros. La referencia que realiza el código civil colombiano acerca de la responsabilidad contractual y la culpa, la protección que brinda la Constitución Política de 1991. La jurisprudencia colombiana, que determina los factores, teorías o sistemas que permiten la indemnización.

Capítulo 1. Responsabilidad civil médica en Colombia

La figura jurídica de la responsabilidad civil médica en Colombia surgió a partir de la necesidad de reconocer una indemnización a las personas que le resultan afectados sus derechos jurídicamente tutelados, por la ocasión de un daño a los mismos, como resultado de los errores, negligencias o imprecisiones derivadas en la prestación del servicio médico que dejan en evidencia el perjuicio originado a su estado físico, social o psicológico.

Para comprender los motivos generadores del fortalecimiento de esta figura en el campo jurídico y social, se precisa recopilar conceptos expuestos en la historia jurídica sobre la responsabilidad civil y luego sintetizar las teorías, normas y pronunciamientos jurisprudenciales que abarcan la responsabilidad civil médica en Colombia.

Acerca del término Responsabilidad, Díaz Granados (2006) cita a Planiol y Ripert quienes dan a conocer su concepto, indicando en un sentido amplio que hay responsabilidad en todos los casos en que una persona está obligada a reparar un daño sufrido por otra. Visualizando al respecto, el principal fin y por el cual se constituyó la Responsabilidad civil, consiste en la reclamación de una indemnización por los perjuicios o daños causados a una persona.

Desde la perspectiva histórica, la responsabilidad civil nace bajo el instinto natural de venganza de quien era víctima de un daño, aplicando la Ley del Talió que permitía producir un daño como castigo en proporción al daño recibido (García, 2017). Posteriormente, el derecho romano, por medio de la Lex Aquiliana establecía la reparación a título de pena a los propietarios

de los bienes lesionados por culpa de las actuaciones desplegadas por otra persona (Schipani, 2007). Luego, con la influencia de la aparición del Estado cambió esta idea hacia la reparación del daño sin que fuese necesaria la tipificación, diferenciando la responsabilidad civil de la responsabilidad penal. (Vidal, 2001).

Así mismo, la distinción de la vida pública y la vida privada produce efectos para la concepción de la responsabilidad jurídica, encontrando como resultado la violación de la norma (Larrañaga, 1996). Actualmente se evidencia en la exigencia de no causar daño a otro, puesto que, de lo contrario significaría la ocasión de un perjuicio que requiere ser reparado y puesto en el mismo estado que se encontraba antes de ocasionarse el daño, lo cual hace parte del fundamento de esta figura jurídica, que busca conservar el equilibrio de la sociedad y la convivencia entre los sujetos pertenecientes a ella.

De acuerdo con los conceptos extraídos de la historia jurídica, también se trae a colación, bajo un enfoque en sentido general el concepto de responsabilidad con relación al derecho, emitido por parte de quien fue presidente del Consejo de Estado en Colombia, el Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, citado por Sarmiento García (2002), el cual señala que:

En el terreno jurídico, la responsabilidad históricamente reclamó a su lado el concepto de culpa.(...) La culpa, o la mala conciencia de no haber obrado como se debía, juicio individual que reclama una sanción tenida como fundamento de la responsabilidad, implica una actitud sancionatoria jurídicamente, no de la situación a la cual se aplica el régimen de responsabilidad, sino a la conducta de uno de los actores (el sujeto activo), por lo cual entender la responsabilidad atada única e inexorablemente a la culpa del agresor civil es ver parcial y restrictivamente el problema, es darle al concepto un contenido moral ajeno al derecho y contraer los alcances de la institución jurídica de la responsabilidad al terreno de uno solo de sus actores y de sus fines. (...) Se debe además entender la responsabilidad como institución jurídica que responde a una situación, como el tratamiento de una situación que involucra al sujeto activo y que está concebida por igual para dar una respuesta al sujeto pasivo del acto dañino. Por tanto, el régimen de

responsabilidad hubo de abandonar progresivamente el contenido moral y punitivo, por parcial y subjetivo (...). (p. 11)

Mediante los conceptos expuestos sobre el término de la Responsabilidad y su repercusión en la sociedad, puede evidenciarse la necesidad que urgía para el individuo el reconocimiento y la aplicación de herramientas jurídicas que protegieran los derechos vulnerados o bienes lesionados a causa de una mala conducta por parte de otra persona.

Si en algo estamos de acuerdo con el aporte del Dr. Jesús María Carrillo, es en entender que la responsabilidad no sólo debe centrarse en la conducta del agente productor del daño para aplicar la sanción, también se debe observar y con mayor atención la situación de la víctima, puesto que lo único que solicita con gran necesidad es la reparación inmediata del daño causado, en especial tratándose de derechos fundamentales jurídicamente protegidos, debido a aquellos sucesos donde los pacientes quedan en grave riesgo de perder la vida o limitados físicamente para poder sobrevivir dignamente. Por lo tanto, sugerimos darle un mayor grado de importancia al daño, excluyendo en los casos que sea posible la exigencia de probar la culpa.

1.1. Responsabilidad civil

Hoy en día se conoce que, el objetivo de la Responsabilidad civil, consiste en la regulación de mantener un equilibrio en situaciones donde se ejecuten actividades, en su gran mayoría riesgosas, que ocasionen lesiones a los derechos de otras personas (Javeriana, 2003) y sobre los conceptos referenciados se entiende que esta figura está llamada a cubrir cualquier daño ocasionado a través del resarcimiento por parte del sujeto que se repute responsable.

Se menciona en general los elementos que configuran la responsabilidad civil, encontrando la existencia de un daño cierto, personal y antijurídico, elemento de gran importancia para que se pueda discutir acerca del nexo causal entre el daño y la culpa o el hecho, que en conjunto materializan la declaración de esta figura jurídica. (Layton Prieto & Martínez Caballero, 2015)

El derecho romano introduce la culpa como requisito para el ejercicio de las acciones establecidas en la Lex Aquiliana, reconociendo la importancia del daño para exigir la obligación indemnizatoria. El derecho francés inserta la culpa en el código civil, distinguiendo la responsabilidad contractual de la extracontractual, para lo cual la jurisprudencia introduce en la responsabilidad extracontractual la idea de la responsabilidad subjetiva fundada en la culpa y el riesgo del uso de artefactos peligrosos, exigiendo la reparación por el hecho objetivo del daño causado. Por otro lado, Alemania con la elaboración del código de 1990, otorga mayor rango de importancia al daño, señalándolo como base y criterio objetivo de la responsabilidad, y la necesidad de un nexo causal para que se configure la reparación. (Vidal, 2001)

En América se buscó proteger a la víctima por medio de la tesis de la presunción de la culpa, invirtiendo la carga de la prueba, así, el demandado era quien debía probar la existencia de la diligencia y cuidado desvirtuando la culpa que se le asignaba. Luego, bajo el mismo fin, nació la teoría del riesgo como base de la responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta la intervención de la culpa. Pero la legislación colombiana prescribe la culpa sobre el deber de indemnización, considerando íntegra la reparación del daño, sin tener en cuenta el grado de culpa, puesto que la condena se establecerá a partir del conocimiento del daño que se produjo en su totalidad (Díaz, 2006), como lo determina el art. 1616 del código civil de 1873:

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. (p. 382)

Sobre los dos regímenes implementados por la legislación francesa y germana, la legislación colombiana, tomó algunos de esos preceptos, determinando la responsabilidad dentro y fuera de un vínculo contractual, como se observa en el art. 1494 del código civil de 1873:

Nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (p.359)

Así mismo, el artículo 2341 del código anteriormente citado, determina con respecto a la responsabilidad extracontractual 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 imponga por la culpa o el delito cometido”. (p.523)

La Responsabilidad civil es una institución jurídica que protege bienes dañados o deteriorados, para que vuelvan a su estado anterior de la afectación y nomina al daño, la culpa o hecho y el nexa causal como elementos que deben probarse para exigir la indemnización.

1.2. Responsabilidad civil médica en Colombia

La responsabilidad civil médica está ocupando una posición importante en una sociedad que ha determinado exigirle al médico la reparación de los daños causados, toda vez que, el derecho a equivocarse origina el deber de asumir la responsabilidad por parte del actor,

añadiendo que, quien práctica la medicina es un profesional experto en el área, por lo tanto, se le exige una experiencia y el deber de cuidado y protección a la vida del ser humano. (Ruiz, 2004).

El surgimiento de esta figura jurídica se debe a la omisión por parte de los usuarios que acceden al servicio de salud, respecto a la frase que la medicina se atribuye sobre los posibles resultados médicos al señalar que por no ser una ciencia exacta el paciente tenía la posibilidad de sufrir un riesgo o en su defecto un daño que sería ajeno a las acciones del médico, de tal manera que no asumían la responsabilidad del caso.

Algunos autores coinciden en las causas por las cuales se incrementó el número de demandas de responsabilidad civil médica, tales como Wilson Ruiz (2004) y García Huayama (2010), quienes señalan que los médicos históricamente gozaron de inmunidad, puesto que solo estaban sometidos a las reglas de la ética profesional o a su conciencia, como lo determina el juramento hipocrático que contiene: “Si observo mi juramento con fidelidad, séame concedido gozar plenamente de mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria”. (García, 2010, p. 2)

Lo anterior permite deducir la posición sagrada que ocupaban los médicos, puesto que únicamente se sometían a la censura social, atribuyendo un error médico a la voluntad divina y el enfermo debía someterse a ello. Actualmente los médicos no gozan de dicha inmunidad y se han establecido sanciones contra el profesional que ocasione una lesión a un bien o a un derecho en el ejercicio de su profesión, incluyendo además el cambio en la relación médico-paciente a causa de la masificación de la medicina, definida por García Huayama (2010) como:

La demanda cada día más creciente de prestación de servicios médicos, donde la atención personalizada que caracterizaba el ejercicio de la actividad médica, que se identificaba fundamentalmente con la figura del “médico familiar”, ha sido sustituida por la llamada medicina social que responde a la necesidad de ampliar la prestación de servicios de salud a todos los sectores de la población”. Además, los enormes avances de la medicina han hecho necesaria la especialización, lo que conlleva a que un mismo paciente sea atendido por múltiples profesionales, desconociendo muchas veces la identidad de los mismos, habiéndose extinguido la antigua relación de confianza que existía con el “médico de cabecera” (pp. 2-3)

En Colombia se ha utilizado la figura jurídica de la responsabilidad civil médica a causa de las dificultades que afrontan los usuarios de los servicios médicos frente al denominado paseo de la muerte, la negligencia médica, el colapso en el sistema con relación a los trámites que realizan las EPS, retardando el procedimiento médico que requiere el paciente, entre otras imprecisiones a las que ha incurrido el galeno o los establecimientos prestadores de estos servicios (Niño, 2016). También se observa la influencia de la implementación de la ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social en salud, señalando la obligación de suplir los requerimientos sobre servicios de salud a todos los sectores de la población (masificación de la medicina).

Frente a las responsabilidades que adquiere el médico, al ejercer su profesión debe tener en cuenta, que todo diagnóstico o intervención se encuentra asociada a un riesgo soportado por el paciente y posiblemente puede materializarse en daños o secuelas físicas o psíquicas para este último, originando unas implicaciones legales en contra del galeno (Ruiz, 2004).

Para evitar las implicaciones legales originadas en la responsabilidad civil, el art. 1082 del Código de Comercio regula las clases de seguros, entre ellos el seguro de daños que garantiza la protección al patrimonio de una persona cuando resulte afectado por la producción de un riesgo. También se conoce el seguro de responsabilidad civil que asegura daños ocasionados por un

hecho previsto en el contrato, frente a la creación de un riesgo, pero para ello es necesario reconocer la responsabilidad jurídica y es utilizado por los profesionales para cubrir toda clase de responsabilidades, excepto las derivadas de la culpa dolosa. (Fernández, 2017)

Según Fernández (2017) el principio de la responsabilidad por culpa se evapora a partir de la implementación del seguro obligatorio, liberando de responsabilidad al médico y generando una operación de mercado a favor de las compañías de seguros, pero también es consciente que la no implementación de un seguro equivaldría al fortalecimiento de una medicina defensiva y, aunque existe esta posibilidad de brindar garantías al paciente y a los médicos, no cabe duda que la medicina ha ocasionado graves daños a los usuarios que acceden a ella, como se ha visto en algunos casos debatidos por las altas Cortes en Colombia y de aquellos que aún se desconocen.

No obstante, la democracia liberal dejó un legado a la humanidad, entre ellos el reconocimiento de derechos de los enfermos. La legislación colombiana mediante la resolución 13437 de 1991 acoge el decálogo de los derechos de los pacientes y la ley estatutaria 1751 de 2015 regula el derecho fundamental a la salud, la cual tiene dentro de sus fines acabar con el paseo de la muerte o lo previsto en su artículo 5 literal A, que indica las obligaciones del Estado:

Es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello: deberá abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas. (p. 2) (ley 1751, 2015, art. 5)

Teniendo en cuenta y como lo señala Wilson Ruiz (2004) “el enfermo ostenta la misma dignidad personal que cuando estaba sano y le son inherentes unos derechos inviolables, protegidos por la Constitución y la Ley” (p.199)

Pero Niño Prieto (2016) autor del documento denominado “Aplicación de la responsabilidad médica a partir de la sentencia de 10 de agosto de 2005 Exp. No. 15178” hace referencia a una jurisprudencia de la cual extrae el siguiente pronunciamiento:

La Corte Suprema de Justicia en sentencia 3 de noviembre de 1997, señala que el profesional de la salud no se encuentra obligado a garantizar la salud del paciente, pero sí de brindar todo su apoyo en procura de su mejoría (p. 4)

Lo anterior deja en evidencia la aplicación de la obligación de medios y se concluye la no existencia de una protección objetiva con relación al reconocimiento del amparo a los derechos de los pacientes contenida en la resolución 13437 de 1991, porque, permite al galeno o a quienes estén prestando el servicio a la salud la facilidad de escudarse bajo el anterior precepto de la Corte, aun siendo responsables del resultado dañino en la salud del paciente.

La doctrina señala lo que engloba una mala práctica, manifestando indirectamente la necesidad de la aplicación de esta figura jurídica. Al respecto indica:

Una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito. (Ruiz, 2004, p. 200)

Mediante la aplicación de la responsabilidad civil médica frente al actuar negligente o imprudente de los médicos mediocres, genera mayor confianza a los pacientes y sus familiares acudir por vía judicial para que se defiendan los derechos e intereses que le fueron vulnerados o agredidos. Aunque consideramos que no se realiza efectivamente cuando el juez se enfoca más en probar la culpabilidad que en proteger el bien lesionado a causa de la intervención médica.

1.3. Regímenes de la responsabilidad civil del médico

Algunos civilistas coinciden en la clasificación y distinción entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva, nombrándolas por Manuel Sarmiento (2002) como regímenes de la responsabilidad civil del médico. A partir de ello surge la necesidad de diferenciarlos mediante el estudio de la importancia del daño en el régimen de responsabilidad objetiva y la existencia del acto ilícito comprobando la culpa como elemento esencial en la responsabilidad subjetiva.

1.3.1. Régimen de Responsabilidad Objetiva. Mediante la aplicación del principio general de responsabilidad estatal inmerso en el art. 90 de la Constitución Política de 1991, se objetiviza la falla del servicio por parte del Consejo de Estado en las sentencias 24 de octubre de 1990 y 30 de julio de 1992, lo que permite sustituir mediante la falla del servicio, la culpa probada por el daño antijurídico derivado de la acción u omisión de la autoridad estatal, para materializar la indemnización. (Sarmiento, 2002)

La Corte indica que los daños causados como resultado de una actividad peligrosa hacen parte de este régimen, por tanto, el factor objetivo es el riesgo y se busca identificar la capacidad

de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión y el permiso dado a toda actividad peligrosa que se considere de utilidad social. Al respecto puntualiza su doctrina concluyendo:

Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse. Se trata del reconocimiento de la existencia de actos ejecutados, sin torcida, oculta o dañina intención, aún sin culpa, pero que por la actividad peligrosa o riesgosa y, en virtud de ésta, hacen responsable al agente y conducen a la obligación de resarcir al ofendido (...). (p.72) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009)

En la sentencia citada, la Corte alude para este régimen la necesidad de la concurrencia del hecho, del daño y del nexo causal, sin precisar el elemento culpa, pero el hecho hace referencia a la ejecución de una actividad peligrosa, donde era previsible los riesgos y se produjeron aquellos que eran evitables o innecesarios, ocasionando daños desaprobados por la ley, de manera que, aunque se demuestre una actuación idónea, de todos modos, se declarará la responsabilidad.

El nexo causal entre el hecho y el daño hace referencia a la verificación de que la actividad peligrosa fue la causante del daño, haciendo exigible la obligación de indemnizar. En efecto, consideramos ventajoso la aplicación de este régimen para la víctima, a quien se le dificulta probar la culpa del agente productor del daño, y más aun tratándose del galeno cuando se escuda en las obligaciones de medios, como se observará más adelante.

Este régimen nos orienta a la verificación de sus exigencias normativas mediante el análisis de lo que la sentencia de 24 de agosto de 2009 sintetiza con relación al código civil, como sucede respecto a la culpa considerado elemento necesario en la responsabilidad subjetiva, el cual no se debe inmiscuir de la misma manera en la responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que:

La presunción de culpa se da, justamente, porque se entiende que hubo imprudencia, impericia, negligencia o falta de cuidado, al punto que se perdió el control de la actividad y no se logró evitar la consumación del daño, de donde se sigue que, indispensablemente, ese elemento subjetivo se halla implícito en la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas. (p. 100) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009)

El art. 2356 del código civil, hace alusión a la responsabilidad por malicia o negligencia y se refiere a la presunción de la culpa por el uso de cosas o actividades peligrosas que consagra este régimen (Rosso, 2014). Al respecto, en la última sentencia citada, la Corte (2009) señala:

Cuyo texto permite presumir la culpa en el autor del daño que a su vez genera la actividad peligrosa, sin que ello implique modificar la concepción subjetiva de la responsabilidad, pues aún dentro del ejercicio de la actividad peligrosa ésta se sigue conformando por los elementos que inicialmente se identificaron, pero con una variación en la carga probatoria, porque demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa ocasionante del daño, la culpa entra a presumirse en el victimario. (p. 101)

De acuerdo a lo expresado por la Corte en el párrafo anterior, se permite la aplicación de la presunción de la culpa en el régimen de responsabilidad objetivo, siempre y cuando se haya demostrado, en primer término, la ejecución de la actividad peligrosa. Al respecto surge la inquietud de saber si los actos médicos son considerados actividades riesgosas para el paciente.

En sentencia del 11 de abril de 2012, la Corte cita a Molina Fernández (2001), para señalar que la imputación objetiva basada en la infracción al deber objetivo de cuidado consiste:

(...) En otras palabras, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico (p. 32). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent. 33920, 2012)

De la última sentencia en comento se concluye que, para aplicar la imputación objetiva se debe evidenciar la creación de un riesgo desaprobado por la ley, como resultado de la conducta de una persona que causó daño a otra, determinando los conocimientos especiales propios del autor del daño, que debieron prever el riesgo y las normas que reglamentan las obligaciones y funciones adquiridas sobre las actividades a ejecutar en relación con la víctima.

La Corte, en la misma sentencia, considera que desde el inicio de la atención médica el galeno adquiere la calidad de garante y la obligación de curación, mejoría y aminoración de la condición afflictiva de la salud del paciente, cumpliendo con el deber suscrito en la *lex artis*, de lo contrario, deben responder por los daños causados en el ejercicio de su profesión. (Duque, 2007)

Sobre las actividades médicas con relación a las actividades peligrosas, la Corte indica:

(...) Si hay una actividad peligrosa en la que debe consentir la existencia de un riesgo permitido, esa es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la estructuración de una aproximación al daño evitable o no tolerado. (p. 37) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent. 33920, 2012)

La última sentencia referenciada cita un aporte esencial expuesto por Chaia que contiene:

El galeno asumió un riesgo y debe evitar la consumación de un resultado lesivo (...). Esa asunción de riesgo le impone ser él mismo el continuador de la acción de salvamento emprendida, cuestión que si interrumpe de manera inadecuada lo convierte en responsable del mayor riesgo que genere. Por tal motivo, si no se encuentra en condiciones fácticas o técnicas de prestar un servicio eficaz para conjurar el mal debe colocar al paciente en un centro de mayor complejidad o ante un profesional que, durante el lapso de tiempo que el enfermo se encuentre bajo su órbita (sic), se entiende que ha asumido el riesgo de su cuidado. (p. 35)

Para sintetizar, el acto médico se considera actividad riesgosa permitida por la ley teniendo en cuenta la utilidad social que presta, pero surge la prohibición de crear daños desaprobados, como consecuencia de aquellos actos calificados como riesgos innecesarios no admitidos en la praxis, la cual le exige al galeno adaptar su conducta al cuidado adecuado con relación a las fórmulas generales de la actividad.

De acuerdo a lo anterior, se permite la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva en las demandas contra médicos, pero en el caso que desarrolla la Corte en la sentencia anteriormente citada se trataba de una obligación de resultados que adquirió el médico, donde se debe valorar en primer término si se creó un riesgo jurídicamente desaprobado, señalando como criterio que determina la ejecución de tal riesgo en la concurrencia del fenómeno de la elevación del riesgo, es decir, cuando el médico sobrepasa los límites trazados por la *lex artis* y demás reglamentos que señalan sus funciones, infringiendo las normas e intensificando de tal forma el peligro de causación del daño.

Esto nos permite encontrar la protección garantizada a los derechos de la víctima que ha confiado su vida en un profesional, conocedor de los riesgos a los cuales se expone el paciente y de aquellos que son previsibles, pero no evito que se produjeran, admitiendo la presunción de la culpa, con el fin de que el juez se enfoque en determinar el nexo causal entre el daño y el hecho o el riesgo innecesario que lo ocasionó. También se evidencia la aplicación de este régimen en los casos en que el médico adquiere una obligación de resultados, no siendo aplicable cuando la obligación es de medios, al respecto se analizará cuando se aborde el tema de las obligaciones adquiridas por los médicos.

Sobre las causales de exoneración con que cuenta el demandado en este régimen, la Corte reitera que sólo puede obtenerse con prueba del elemento extraño, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, más no con la demostración de la diligencia exigible, es decir, con la ausencia de culpa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009)

1.3.2. Régimen de Responsabilidad subjetiva. El régimen de responsabilidad subjetiva considera como principal elemento la culpa, calificando de responsable a quien sus actos sean determinados por la ley de carácter culposo y hayan ocasionado un daño (Javeriana, 2003). Igualmente, los hermanos Mazeaud defendían este régimen indicando que la “culpa debe ser como requisito y fundamento de la responsabilidad civil” (p. 23), el cual exige el nexo causal entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto que se repute responsable, con el fin de exigir el deber de reparación. (Irisarri, 2000)

La Corte determina el origen de este régimen en la percepción de la responsabilidad como una pena a casusa de una falta, basándose en la culpa, la imprudencia, negligencia o falta de cuidado, que señala la no existencia de responsabilidad sin culpa, por lo tanto, se establecen los criterios de culpa presunta, culpa probada o el dolo que califican cada caso concreto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009)

Analizando el contenido de los artículos 1494 y 2341 del código civil de 1873, se evidencia la implementación del régimen de responsabilidad subjetiva, comprobando la

intención del agente que causó el daño, con el fin de hacer efectiva la reclamación de la indemnización. Dejando claro la legislación colombiana, la importancia reconocida al elemento culpa, como fundamento en la responsabilidad contractual y extracontractual.

La Corte expresa que la culpa es un elemento necesario en este régimen, con relación a la responsabilidad extracontractual es percibida de acuerdo con los medios de realización como capacidad o previsibilidad, teniendo en cuenta el deber de mantener la prudencia exigible. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016)

Sobre la responsabilidad médica contractual, la Corte indica que ésta se basa en el principio general de la culpa probada e indica las excepciones fijadas en las estipulaciones especiales de las partes, consignadas en el art. 1604 del código civil. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 05001-31-03-012-2006-00234-01, 2017)

Con relación a la actividad riesgosa atribuible al acto médico, desde la sentencia de 18 de mayo de 1938, la Corte Suprema de Justicia ha fijado el criterio subjetivo de imputación, en el cual la culpa conforma el factor al deber de responder, aplicando el art. 2341 del código civil, que menciona la teoría de actividades peligrosas en este régimen. (Ariza, 2013)

Ariza Fortich (2013), hace referencia al pronunciamiento consignado en la sentencia 26 de agosto de 2011, apoyando la sentencia de 24 de agosto de 2009, sobre la incoherencia en la aplicación del régimen subjetivo cuando se evidencia una actividad peligrosa, atribuyendo la presunción de culpa. Al respecto la Corte señala:

(...) debe precisarse, que la sentencia de casación de 24 de agosto de 2009, expediente 01054-01, contiene una rectificación doctrinaria, tal como aparece en su motivación y la parte resolutive, circunscrita exclusivamente al punto relativo al tratamiento jurídico equivocado que le dio el Tribunal al aspecto atinente a la ‘conurrencia de culpas’ en el ejercicio de actividades peligrosas, mas no frente a la doctrina tradicional de la Sala referente a que éstas se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad ‘subjetiva’ y no ‘objetiva’. (p.22)

El régimen de responsabilidad subjetiva nos permite reflexionar sobre la dirección que se lleva a cabo al momento de resolver las demandas contra médicos, donde el juez centra su atención en la comprobación del actuar culposo del galeno, dejando de lado, la importancia que trae consigo la prueba de existencia del daño y el nexo causal con la intervención médica.

Sobre los elementos que constituyen los regímenes objetivo y subjetivo, en el primero se observa el hecho de lesionar un derecho que la ley protege y en el segundo se tiene en cuenta el actuar del agente, entendiéndose la responsabilidad del médico por la actuación u omisión susceptible de perjudicar a terceros (Duque, 2007). La culpa como elemento dispensable en este régimen, se observa desde la intención del agente, el cuidado y prudencia que debe mantener en sus actuaciones profesionales, evitando todo perjuicio que sea previsible.

La doctrina señala la diferenciación entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva, ésta última consiste en la obligación de medios, en cambio la responsabilidad objetiva se refiere a las obligaciones de resultados, donde basta que el paciente pruebe que no se alcanzó el resultado que se esperaba y así solicitar la reclamación de la indemnización. (García, 2010)

La Corte indica que, para distinguir la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad objetiva es necesario determinar las bases en las cuales se funda cada régimen, planteando las

categorías del “riesgo” por “cosas y actividades peligrosas”, propio de la responsabilidad objetiva y la culpa como elemento necesario en la responsabilidad subjetiva. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009)

La distinción que se pretende alcanzar tiene como fin ilustrar la razón que le permite al juez exigir la obligación de indemnizar. La responsabilidad subjetiva es aplicable cuando surge la necesidad de establecer la existencia de la culpa como causa directa del daño, a diferencia de la responsabilidad objetiva donde solo basta la producción del daño. (Javeriana, 2003)

Al estudiar la distinción entre ambos regímenes, encontramos escasamente la respuesta referente a la inquietud de conocer si es viable la reparación de los daños causados mediante la aplicación del sistema de culpa presunta en los procesos de responsabilidad civil médica. En el régimen subjetivo, se requiere probar la culpa para hacer efectivo el deber de reparación, en cambio en el régimen objetivo es aplicable este sistema, siempre y cuando se trate de riesgos innecesarios que ocasionaron daños desaprobados, tratándose de obligaciones de resultados, y ¿qué sucede si la obligación adquirida es de medios, pero también se ejecutó un riesgo jurídicamente desaprobado?, tal interrogante habrá que desarrollarlo en el último capítulo cuando se analicen algunas sentencias sobre el tema en cuestión.

1.4. Clases de Responsabilidad Médica

En cuanto a las relaciones existentes entre la medicina y el derecho, se menciona que la actividad médica es una actividad profesional con enfoque social, sobre la cual se constituyeron unos factores que han influido de una u otra manera, como sucede con el factor legal, el cual ha

impedido la libertad de su ejercicio y la segura previsión de sus resultados, determinado por Rico Pérez (Areces, 2008), como:

Suponen la existencia de ciertas limitaciones al ejercicio profesional, bien delimitando el posible ámbito de actuación a través de la fijación de determinados requisitos legales para su ejercicio, bien excluyendo la realización de ciertas actuaciones o regulando minuciosamente todo lo concerniente al objeto o materia de actuación (p.25).

Con relación al factor legal, la “*Lex Artis Ad Hoc*” interviene como criterio valorativo de corrección a las actividades médicas ejecutadas, teniendo en cuenta las características especiales de la profesión, del autor, de la complejidad y de su vital importancia, valorando la intervención del enfermo, de los familiares o de la entidad prestadora del servicio de salud, con el objetivo de juzgar si el acto médico se ajustó o no a la técnica normal requerida, para evidenciar la necesidad de exigir la eficacia de los servicios de salud prestados o en su defecto el respaldo legal por la presunta responsabilidad de su autor. (Areces, 2008).

La misma *lex artis* exige una adecuada actuación por parte del galeno, con el fin de evitar la concurrencia de cualquier perjuicio que dañe el bienestar físico o síquico del ser humano. De acuerdo a la necesidad de intervención del derecho en Colombia frente a las actuaciones médicas, los juristas han clasificado la responsabilidad médica en contractual y extracontractual.

1.4.1. Responsabilidad civil médica contractual. La cláusula de la responsabilidad civil del deudor incumplido se encuentra consignada y regulada por normas propias de cada contrato, por el Código Civil y los principios rectores consagrados en la ley, que señalan la incidencia de la culpa del deudor incumplido y los medios que le permite ser exonerado. (Tamayo, 2010)

En materia de responsabilidad civil médica contractual, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los sucesos que originan la presentación de demandas contra el médico o la institución prestadora del servicio, incluyendo en algunos casos la EPS con la cual se efectuó la celebración del contrato por medio de la afiliación del paciente, adquiriendo la calidad de demandado por considerarse presunto deudor incumplido al causar un perjuicio en el estado físico o síquico de su afiliado o también las afectaciones morales, entre otras, a sus familiares.

Con base al art. 1604 del código civil, la Corte indica:

Suficientemente es conocido, en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios (p. 12). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 05001-31-03-012-2006-00234-01, 2017)

Se identifica que la culpa debe ser aprobada por las partes interesadas en estos procesos, donde existe un contrato y se pretende responsabilizar por los daños que surjan de un mal procedimiento médico, por descuido del personal de la entidad prestadora de estos servicios o de la EPS, y para ello el art. 104 de la ley 1438 de 2011 regula las obligaciones que surgen entre médico y paciente cuando se genera una relación de asistencia en salud, con el fin de que las partes contratantes asuman la responsabilidad en caso de incumplimiento.

Al establecer la carga probatoria e identificar a cuál de las partes le corresponde probar la existencia de la culpa, es necesario tener presente las disposiciones expuestas por la Corte en la última sentencia citada, que indica la obligación del demandante de probar la negligencia o impericia del médico, tratándose de obligaciones de medios o aplicar la presunción de la culpa en

las obligaciones de resultados. Al respecto se señala la importancia de tener en cuenta las diferencias entre las obligaciones de medio y de resultados para solucionar los problemas que surjan con la culpa contractual médica y su prueba, pero el Código General del Proceso en su art. 167, también ofrece ayudas cuando existan esta clase de dificultades.

La posición ocupada por el paciente como demandante en los procesos de responsabilidad civil médica contractual, donde la obligación adquirida por el médico es de medios, se dificulta al momento de aportar evidencia física, entre otros, sobre la información que contenga la patología y la intervención llevada a cabo, debido a que, en ocasiones no tiene fácil acceso a ello y recurre a otros medios que no garantizan efectivamente la demostración de la culpa del médico.

La Corte señala la necesidad de establecer los deberes jurídicos que asumió el galeno, con el fin de resolver qué clase de obligación nació, las dificultades que surgen en la distribución de la carga probatoria, teniendo claro la incidencia de la culpa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 5507, 2001). Mediante esta sentencia se identifica la necesidad de esclarecer las obligaciones adquiridas por el médico en el contrato, para destinar la obligación que corresponda, facilitando la distribución de la carga probatoria, teniendo en cuenta si se trata de probar la culpa del autor del daño o por el contrario asumir la presunción de la culpa.

Por último, se precisa mencionar el pronunciamiento de la Corte donde señala la aplicación del principio fundamental del consentimiento informado en la responsabilidad médica, que permite al paciente exigir el derecho a recibir información por parte del galeno con el objetivo de conocer su estado de salud, los procedimientos médicos que requiere y los posibles riesgos que

enfrentaría, y así escoger y autorizar lo más conveniente para su recuperación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 05001-31-03-012-2006-00234-01, 2017)

1.4.2. Responsabilidad civil médica extracontractual. El art. 2341 del Código Civil, contiene la obligación adquirida en caso de materializarse la responsabilidad extracontractual, la cual surge cuando se contradice el principio general de “nadie puede causar daño a otro”, puesto que la ocasión de un perjuicio generaría el deber de indemnización, así mismo, esta responsabilidad surge de la relación médico-paciente, originada en la prestación del servicio por parte del galeno, como sucede en el caso de las emergencias médicas. (Layton Prieto & Martínez Caballero, 2015).

Se obtiene de esta clase de responsabilidad uno de los parámetros para distinguirla de la responsabilidad contractual y a partir del párrafo anterior se extrae la distinción en la relación jurídica que surge entre las partes de la cual se deriva el daño. (Arboleda, s.f.)

La Corte se pronuncia respecto a un proceso instaurado por terceros afectados de la muerte de un familiar a causa del descuido y negligencia por parte de la EPS y el Hospital que atendió a la paciente. Para determinar la aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual en este caso, la Corte menciona la sentencia de fecha 20 de junio de 2016, donde se indica:

Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los arts. 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los arts. 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio

de salud, es extracontractual (...) (pp. 30-31). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-31-03-039-2003-00546-01, 2016)

De acuerdo al anterior pronunciamiento se entiende que la responsabilidad extracontractual depende de la existencia de un contrato donde conste la afiliación del paciente y a partir del daño que se configure y resulten afectadas terceras personas, aunque no tengan un vínculo directo y no sean reconocidas como partes en el contrato se pueden amparar por las leyes que reglamenta las funciones y obligaciones de los agentes prestadores del servicio de salud, adquiriendo la calidad de herederos para ejercer la acción.

En la responsabilidad extracontractual se tiene en cuenta la aplicación de la regla general en demostrar la culpa, el daño y el nexo causal, para hacer exigible la reparación del perjuicio (Layton Prieto & Martínez Caballero, 2015). Al respecto la Corte reitera sobre el elemento de la culpa, la cual surge de una situación concreta, valorada a partir de la capacidad o previsibilidad, exigiendo la prudencia en el actuar y solo puede dejar de surtir sus efectos cuando el agente exige exonerarse en los casos donde no se presentó la oportunidad de prever. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016).

El periódico *Ámbito Jurídico* realiza algunas conclusiones con base a la última sentencia citada, indicando sobre la imputación del daño a los presuntos responsables que se encuentran inmersos en esta clase de procesos, donde es necesario identificar los deberes de acción que el ordenamiento impone a los agentes prestadores del servicio de salud con el fin de imputar los daños, independientemente del juicio en el que se definirá la responsabilidad. De la misma

manera se deduce las causales de exoneración demostrando una causa extraña, que desvirtúa el juicio de imputación del daño y la reclamación de una indemnización. (Ambito Jurídico, 2016)

Respecto al tema de la carga probatoria la Corte reitera lo que jurisprudencialmente se ha admitido en cuanto al deber de demostrar la existencia de responsabilidad médica o la ausencia de esta, señala que la carga probatoria recae en quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos de convicción para esclarecer los hechos de cada caso en concreto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-31-03-039-2003-00546-01, 2016)

Para establecer la responsabilidad contractual o extracontractual en todo proceso de responsabilidad civil médica, consideramos necesario observar las obligaciones adquiridas por el galeno en el contrato o las reglas que gobierna su conducta y el de la entidad prestadora del servicio de salud y la EPS, como los resultados obtenidos, contrastando desde una perspectiva objetiva aquellos hechos y riesgos que pudieron preverse y evitarse, dejando como última opción y si es necesario, probar la culpa del agente productor del daño, puesto que sería una práctica agotadora, que podría agravar con el tiempo el estado de salud de la víctima.

1.5. Obligaciones que adquiere el médico

Aunque se ha mencionado en general sobre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados, es necesario profundizar sobre cada una de ellas con base a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y algunos conceptos doctrinarios.

1.5.1. Obligaciones de medio. La obligación de medios consiste en aquella obligación adquirida por la parte activa de la relación (deudor), quien se compromete a actuar con diligencia y cuidado frente al objeto que constituye la prestación pactada. Sobre el elemento culpa y la demostración de su existencia, la norma exige la aplicación del sistema de culpa probada de acuerdo al art. 1604 del código civil (Garzón Arévalo & Parada Vargas, 2014).

Para la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 2006-00234-01 de 2017, se atribuye al demandante probar la culpa y acreditar la negligencia o falta de cuidado del agente productor del daño. Pero antes es necesario conocer los dos aspectos esenciales expuestos por Tamayo Jaramillo que permiten identificar las obligaciones de medios mediante la interpretación del contrato. El primero tiene que ver con las mínimas probabilidades que existen de lograr un resultado buscado por el acreedor y el segundo aspecto se refiere a la participación de las partes, indicando la conducta pasiva o activa del acreedor en la ejecución de la prestación y conocer si lo que busca conseguir el deudor es imprevisible. (Garzón Arévalo & Parada Vargas, 2014)

En la última sentencia citada se indica que la obligación de medios ha sido la más aplicada por los jueces para resolver procesos de responsabilidad civil médica y se evidencia en la jurisprudencia que menciona reiteradamente, a través del art. 104 de la ley 1438 de 2011, lo siguiente, “Es bueno señalar que los médicos, están guiados, en general, por un régimen de obligaciones de medios (salvo algunas excepciones), no son infalibles, porque muy a pesar suyo y del cuidado, es probable, el paciente resulte lesionado” (p. 54).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 2003-00546-01 de 2016, también señala algunos preceptos que permite emplear la obligación de medios, justificando el papel que cumple la medicina al no considerarse una ciencia exacta por la complejidad del cuerpo humano, o por los efectos de un medicamento o tratamiento que no resultan 100% efectivos, como sucede con los sistemas anticonceptivos que no ofrecen seguridad absoluta a la mujer. (Ruiz, 2004).

1.5.2. Obligaciones de resultados. La aplicación de la obligación de resultados se debe al compromiso que adquiere el médico frente al paciente cuando señala un resultado que efectivamente se puede llevar a cabo de manera satisfactoria, logrando a su vez, bienestar en la integridad humana y se expone de ejemplo las cirugías estéticas, donde se exige una mayor exactitud en sus procedimientos. Al respecto, se considera al acto médico ser una relación jurídica compleja, puesto que no es posible aplicar la obligación de medios en todos los eventos donde surgen daños, teniendo en cuenta la necesidad de analizar los procedimientos de manera integral. (Ruiz, 2004)

En esta clase de obligaciones se entiende que el deudor adquirió el compromiso de realizar un objetivo claro, preciso y determinado, lo que significaría una incongruencia indicar circunstancias imprevisibles que causaron el daño, cuando por el contrario al tratarse de un resultado tendría conocimiento de las posibles consecuencias, las cuales expresaría al paciente, cumpliendo así mismo con el deber de información. (Garzón Arévalo & Parada Vargas, 2014)

La doctrina enuncia los deberes principales y secundarios que componen el contenido prestacional médico. Sobre los deberes principales se indican los de diligencia en la ejecución, de

información y de guarda del secreto médico y los deberes secundarios se encuentran consignados en el acto médico relacionados con el diagnóstico y elaboración de la historia clínica. La valoración de cada uno de los deberes mencionados, deben ser analizados en cada caso concreto, observando si por el incumplimiento de alguno de ellos produjo el daño que está siendo reclamado por la víctima, creando la posibilidad de juzgar la conducta del médico. (Ruiz, 2004).

La Corte mediante sentencia con radicado 2006-00234-01 de 2017, hacen relevancia en cuanto al momento de juzgar la conducta del médico, donde la jurisprudencia determina que en las obligaciones de resultados es aplicable el sistema de culpa presunta, teniendo en cuenta el compromiso adquirido por el médico de obtener un resultado, pero al prestar sus servicios genera un daño sin obtener el fin esperado, agravando el estado de salud del paciente.

Mediante la sentencia últimamente traída a colación se evidencia que, la carga probatoria es atribuible al médico quien deberá destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño ocasionado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la existencia de una fuerza mayor, un caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

La diferenciación trazada en las obligaciones que adquiere el médico facilita el establecimiento de la responsabilidad civil, aunque consideramos que el sistema de presunción de la culpa también debería aplicarse en las obligaciones de medios, en los casos que sea posible, teniendo en cuenta que, también existen sucesos donde el resultado que se puede obtener es preciso y alcanzable, y los riesgos previsibles, pero aun así el médico traspasó lo permite por la ley, ocasionando un daño jurídicamente desaprobado.

Capítulo 2. Elementos para que se configure la responsabilidad civil médica

2.1. El Daño

Para iniciar, se citarán los conceptos de algunos autores sobre el daño como elemento integrante de la responsabilidad civil y lo consignado en la ley, se abordará la evolución que ha tenido la indemnización del daño, dejando presente la certeza que debemos encontrar al momento de evaluarse con sus consecuentes perjuicios y por el cual se está reclamando una reparación.

2.1.1. Concepto de Daño. Hemos encontrado ciertos puntos de vista por ilustres autores como el Doctor Juan Carlos Henao, quien define el daño como aquella lesión a los bienes o derechos de una persona, independientemente que se trate de derechos pecuniarios o no, de individuales o colectivos, puesto que, lo único que se observa es el daño definitivo que alteró el goce del bien de la persona. Así mismo, el daño civil indemnizable se define como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma lícita es causado por alguien diferente de la víctima”. (Tamayo, 2010, p. 326)

En la legislación colombiana el daño se encuentra consignado en el art. 1494 del Código Civil, integrándolo como parte de las fuentes de las obligaciones, de acuerdo con el

incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás. Igualmente, Roca (2001) cita al doctor Jorge Cubides Camacho que define el daño como:

El detrimento o demerito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos. Es por ello la medida de la responsabilidad, establecida esta, el orden jurídico busca asegurar la eficaz reparación del perjuicio causado como consecuencia del dolo, de la culpa o de actividades peligrosas (p. 261).

En un principio sólo se mencionaba la reparación de los daños materiales, pero surgió la necesidad de reconocer la indemnización de los daños inmateriales, (tema que se desarrollará más adelante), como también los parámetros tendientes a reconocer de dónde surgió el daño, teniendo en cuenta el dolo, la culpa o aquellas actividades consideradas como peligrosas.

Acerca de la reparación del daño, Solarte Rodríguez (2005) menciona:

Cuando se ocasiona un daño a un sujeto de derecho, sea que se afecte su patrimonio, se vulneren sus derechos fundamentales como persona, o, en fin, se genere una herida en sus sentimientos morales, sin que exista una causa jurídica para que tal sujeto soporte de manera exclusiva dicho detrimento, se produce una reacción del ordenamiento jurídico para efectos de que ese daño, que debe ser cierto, directo, personal y debe haber afectado un interés que haga parte del actuar lícito de la víctima, sea reparado de manera integral. (p. 190)

Cuando se indica el deber de que el daño sea directo, hace referencia a la relación establecida entre el daño y su imputación, es decir, el daño debe ser resultado directo de la acción u omisión del agente al cual pretende imputarse (Roca, 2001)

La Constitución Política se encargó de exigir el deber de reparación: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos, que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (p. 43) (Const., 1991, art. 90). Pero su objetivo va más allá

del deber de reparar y reitera la obligación de proteger los bienes jurídicamente tutelados por el Estado en general.

Según Tamayo Jaramillo (2010), la doctrina ha manifestado que:

El daño indemnizable debe ser cierto y, en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo (sobre la prueba del daño) si o existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva, sin embargo, la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto (p. 336).

Como primera medida, el demandante necesita demostrar que ha sufrido un daño; y a su vez el perjuicio debe ser personal, lo que le permite acudir a la justicia para obtener la debida indemnización como efecto del perjuicio derivado del daño. (Sarmiento, Medina y Plaza, 2017)

Consideramos que el daño es el principal elemento sobre el cual el juez debe fijar su atención, porque después de probar su existencia y que éste sea personal y lícito, solo quedaría la incertidumbre de conocer cómo se originó, es decir, la causa que produjo su materialización. También es necesario observar si existían otros daños que no son producto del mismo hecho por el cual se discute, sino que se derivan de sucesos anteriores a la intervención médica.

2.1.2. Características del Daño. Un daño es susceptible de reparación cuando se genera una afectación material o moral a una persona, en sus bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, por alguien distinto a la víctima, de lo cual surge el deber de indemnizarla. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan algunas características del daño que se tienen en cuenta para que éste sea resarcible.

La Corte manifiesta la importancia de que el daño que se ocasionó a un bien o a un interés humano deba ser objeto de protección jurídica. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016). Entendiendo que, al estar consignado en la norma el deber de cuidado y respeto a los bienes lícitos surgiría la protección legal que permite exigir la reparación del daño por la vía judicial.

Otra característica de daño consiste en la certeza de su existencia, es decir, que no haya dudas sobre su realidad y se conozca al mismo tiempo en los casos que se requieran el monto económico del perjuicio causado.

Para evitar un enriquecimiento injusto de la víctima es necesario que ocurran dos requisitos, los cuales consisten en la certeza de la producción del evento dañoso y el nexo causal. El segundo requisito se refiere a la prueba que debe anexar sobre el daño sufrido, constatando ser la persona en quien recayó el daño, pero cuando la víctima fallece, puede ejercer la acción quien haya resultado perjudicado con la muerte del paciente. En caso de no cumplirse estos dos requisitos la doctrina establece la exoneración del agente productor del daño, puesto que nada habría que indemnizar. (Roca, 2001)

Se observa la necesidad de probar la existencia del daño, con el fin de evitar un desgaste judicial e imputar a alguien injustamente por un daño que no se ocasionó, porque existen eventos donde la víctima ya padecía la enfermedad o lesión, como también ésta se produjo a causa de otro hecho, independiente de los actos médicos ejecutados en la valoración, intervención o procedimiento médico.

2.1.3. Elementos esenciales del daño. Sobre los elementos esenciales del daño, se encuentra que éste debe ser directo, personal y debe ser considerado por la ley como un bien lícito. Cuando se indica el deber de que sea directo, hace referencia a la relación establecida entre el daño y su imputación, es decir, el daño debe ser resultado directo de la conducta del agente al cual se pretende imputar (Roca, 2001). Así mismo, la creación del daño no requiere ser actual para exigir su reparación, a diferencia de la conducta activa u omisiva del agente, la cual no puede ser futura y eventual, necesariamente debe haberse producido la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima. (Tamayo, 2010)

Así mismo, se indica la importancia de tener una certeza absoluta del nexo causal entre el daño y el hecho, puesto que generaría la incertidumbre del hecho, desconociendo los efectos, o por el contrario, dejando duda si el daño es producido por ese hecho o por otro.

Roca (2001) considera que:

El daño es personal cuando se ha sufrido por el sujeto de derechos que reclama su reparación, de modo que, este requisito define para efectos procesales la legitimación en la causa por activa a fin de exigir la indemnización respectiva (p. 23).

Tamayo Jaramillo (2010) indica que solo la víctima del daño o sus herederos tienen derecho a la atribución jurídica de exigir la indemnización por los perjuicios causados. La Corte aporta un importante avance sobre este requisito, mediante sentencia del 4 de abril de 1968, se refiere al carácter personal del daño con relación a los perjuicios ocasionados a personas distintas de la víctima por la muerte de ésta, mencionando que, aquellas personas que dependieron del fallecido ya sea económicamente o en su atención y cuidado, tienen derecho a ejercer la acción de reclamación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1968)

En cuanto al requisito de que el daño debe ser lícito, mediante sentencia en referencia, la Corte amplió el ámbito de protección a partir del concepto de interés jurídicamente protegido, al de beneficio o interés legítimo, señalando que la protección de la ley debe ceñirse a los casos de lesión de derechos que las instituciones protegen, como sucede en el caso del padre que recibe del hijo una pensión periódica para el mejoramiento de sus condiciones de vida, puesto que lo contrario afectaría los medios de vida de quien lo sufre.

Resultaría injusto no recibir protección legal sobre un derecho que ha sido afectado, aún más tratándose del riesgo que corre la vida de un ser humano cuando resulta afectado por la imprudencia de un acto médico, lo cual permitiría que el galeno ocupe de nuevo la posición sagrada que antiguamente gozaban.

2.1.4. Tipos de Daño. Se han establecido diferentes términos para diferenciar los tipos de daño que existen, mediante una clasificación amplia, estos se dividieron en daños materiales y daños inmateriales. El daño material, también conocido como daño patrimonial, hace alusión a la destrucción o deterioro de alguno de los derechos patrimoniales de una persona y el daño inmaterial es el que produce una lesión afectiva en los sentimientos de la víctima o de terceras personas. (Wilches, 2016)

2.1.4.1. Daños Materiales. El daño material o patrimonial lo encontramos inmerso en el art. 1614 del código civil, los cuales son de contenido pecuniario y no presentan ningún problema en su apreciación partiendo del daño emergente y lucro cesante, de manera que los derechos con objeto o finalidad de protección a los bienes de una persona que poseen un valor pecuniario son medibles en dinero. Al respecto Cubidez Camacho (1996) advierte que:

El daño material es la lesión o perjuicio que afecta el patrimonio de la víctima, universalidad jurídica compuesta por derechos y deberes de contenido económico que se radican en cabeza del perjudicado. Dado su carácter económico el daño es fácilmente evaluable pues produce una deficiencia estrictamente material (p. 253).

En los daños patrimoniales, la Corte resalta que toda su esfera es de carácter monetaria, y que, en el evento de presentarse algún perjuicio o daño, este será reparado, medido y cuantificable en la mayor proporción que se presenten los deterioros, ya sean en tiempo presente o futuros. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SP6029-36784, 2017)

Retomando el contenido del artículo 1614 del Código Civil, se señalan dos clases de daños materiales, el daño emergente y el lucro cesante. Sobre el daño emergente se indica aquel bien económico que debía ingresar al patrimonio del afectado, pero por el perjuicio ocasionado no ingresó y el lucro cesante hace referencia al dinero que se deja de percibir.

2.1.4.2. Daños Inmateriales. La Corte define dentro de los daños inmateriales al daño moral o extrapatrimonial, que afecta los intereses sentimentales y psicológicos que posee todo ser humano, como lo es la aflicción, la tristeza o la amargura que le produce a una persona cierto

hecho. El amor en la familia, los atentados contra el honor, todo este conjunto de situaciones hace parte del daño moral y cuando se afectan, no pueden fijarse mediante métodos matemáticos como sucede con los daños materiales. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SP6029-36784, 2017)

Así mismo, en la última sentencia referenciada la Corte, menciona:

Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, con ayuda del buen sentido (...) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión (...). (p. 21)

Se define los daños inmateriales como aquella transgresión a la personalidad humana afectando sentimientos íntimos, por lo tanto, existen factores internos que se tienen en cuenta, debido a que las vivencias ocasionadas por el daño varían dependiendo de la persona que padece la afectación, existen personas con trastornos emocionales y otras afectadas en menor grado emocional o psíquico, de manera que su comprobación se le atribuye a la psicología. También existen elementos externos como el hecho antijurídico, el medio en que el suceso se manifiesta, entre otros, que dificultan la tarea de estimar con exactitud la equivalencia entre el daño y la indemnización reclamada. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SP6029-36784, 2017)

La Corte, en sentencia mencionada reiteradamente en este punto, ha clasificado el daño inmaterial en daño moral objetivado y daño moral subjetivo. El primero consiste en la lesión a los bienes inmateriales, producidos de manera injusta por otra persona, como es el caso de la injuria, atentando el honor, ocasionando perjuicios morales inestables y objetivados, o cuando el

comerciante pierde su reputación y a consecuencia de ello sufre una pena síquica, un daño pecuniario y moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio.

En cambio, el daño moral subjetivo hace referencia a las lesiones al patrimonio estrictamente moral, integrando la parte afectiva de él. Para ello la jurisprudencia trae a colación el caso del hijo de un hombre que muere en un accidente y experimenta la pena natural a la privación del afecto de su padre, considerada una pena subjetiva, síquica, no objetivable. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SP6029-36784, 2017)

Tal como lo expone Alessandri (1989).

El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción, la víctima después del daño, es menos rica que antes. El daño moral en cambio no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria – el patrimonio de la víctima está intacto consiste exclusivamente en el dolor, pesar, o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. (p. 48).

Se evidencia la integración de todos los daños que puede padecer una persona, reconociendo mayor protección legal a aquellos daños que antes no eran reconocidos por el legislador, como el caso de los daños inmateriales. Igualmente es importante tener presente una reparación integral, sin dejar por fuera el tratamiento psicológico que requiera la víctima.

2.1.5. Tipos de indemnización del daño. En los pueblos primitivos no se aplicaba el concepto de reparación que se conoce hoy en día, puesto que para ese tiempo no existía la moneda ni los mecanismos adecuados para realizar una valoración de daños, como sucedía con

la ley del Tali3n, que permit3a a la v3ctima causar el mismo da3o que le fue proporcionado por parte de quien se lo origin3 (Solarte, 2005). Actualmente la legislaci3n colombiana, a partir del art. 1613 del c3digo civil de 1873, determina el da3o emergente y el lucro cesante, divisi3n que permite conocer el monto de la indemnizaci3n, de igual manera, el art. 1614 los define as3:

Enti3ndase por da3o emergente el perjuicio o la p3rdida que proviene de no haberse cumplido la obligaci3n o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligaci3n, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento. (p. 382)

Partiendo del concepto expuesto, se puede inferir que el lucro cesante es la perdida de la oportunidad de aumentar el patrimonio. Este debe ser estimado como un perjuicio, pues el hecho causante del da3o repercute en el patrimonio presente y futuro o del incremento que de 3l se esperaba, pero por el hecho ocurrido, no se efectuar3.

El da3o emergente seg3n Mari3o (1999), citado por Sarmiento Crisancho (2017) consiste:

Todas las erogaciones o gastos que tuvieron que ser sufragados causa-efecto por un hecho determinado que haya causado un da3o a la v3ctima; o sea, las sumas de dinero y los bienes y servicios apreciables en el mismo que tuvieron que salir del patrimonio de alguien por causa del perjuicio causado. Tamb3n lo son la merma patrimonial que sufre un tercero como consecuencia directa del siniestro. (p. 110).

De acuerdo con Mari3o (1999), citado por Sarmiento Crisancho (2017):

El da3o emergente se determina cuando un bien o servicio sali3 o saldr3 del patrimonio de la v3ctima como consecuencia de los hechos que lo causaron; lo cual significa que no se debe identificar con los perjuicios pasados, por cuanto se limitar3 al pasado, es decir, a las erogaciones ya hechas, dejando por fuera el da3o emergente futuro que son los gastos futuros que saldr3n necesariamente del patrimonio de la v3ctima, tal como se estim3 por parte del Consejo de Estado (p.110).

La reparación integral consiste en el derecho que posee toda persona a no sufrir un daño en sus intereses personales o patrimoniales y a obtener la indemnización que cubra toda su dimensión los efectos causados por el daño. (Tamayo, 2010). Puesto que lo correcto sería la reparación espontánea y completa que recibiría la víctima, de manera que la obligación del responsable se extinguiría por pago, convenio o mediante una transacción. (Arturo Solarte, 2005)

Sobre los tipos de indemnización que existen, encontramos la obligación, obligación solidaria, obligación renunciable y obligación ilíquida. En cuanto a la indemnización como obligación tiene la finalidad de conseguir la total indemnidad de la víctima del daño, retornando su patrimonio a la situación anterior a la producción del daño. En cambio, la obligación solidaria se materializa cuando el daño resulta producido por un grupo de personas cuya intervención no es posible determinar. Respecto a la obligación renunciable, Roca (2001) la define como:

La obligación renunciable consiste en que una vez producido el daño y nacida la obligación de indemnizar, el perjudicado puede renunciar a la reparación que le correspondería, las partes podrán realizar un convenio previo entre el futuro perjudicado y el hipotético causante del daño, caso en que se dé la exoneración al segundo de la obligación de resarcir cuando efectivamente se produzca el daño; lo cual permite a las partes renunciar de las responsabilidades que se den por negligencias en el cumplimiento de sus obligaciones y no así a los procedentes de dolo (p.10).

El último tipo de indemnización nombrado como obligación ilíquida, se resuelve en el pago de una determinada cantidad, como reparación de los daños causados, tratándose de una deuda cuyo monto económico deberá fijarse en el proceso o en la transacción (Roca, 2001).

2.2. Culpa O Falla Del Servicio

2.2.1. Concepto de Culpa o Falla del Servicio. La culpa aparece por primera vez en la Grecia Clásica, en forma de ideas filosóficas que los romanos tomaron para su sistema jurídico mediante normas imperativas. El origen de esta noción se debe al libre albedrío del hombre que adquiere responsabilidades jurídicamente, como resultado de sus conductas culposas y a partir de ello aparece la culpa subjetiva. (Vidal, 2001)

Se entiende sobre la culpa como una cualidad que acompaña al comportamiento humano, es decir, consiste en la forma como el agente realizó la conducta, ya sea quebrantando un reglamento o bajo factores subjetivos. (Tamayo, 2010)

Sobre los principios y obligaciones que le incumbe a un profesional de la medicina, en primera medida se le exige el obrar prudente y diligente en cada actuación médica. En cuanto al arte de curar, al galeno le es exigible todo el conjunto de curas y atenciones que un buen profesional debe prestar con arreglo a la *lex artis* y al nivel actual del avance científico.

Se analizan las obligaciones con relación al desarrollo del concepto doctrinal de la culpa:

La culpa es un error de conducta, supone descuido, impudencia, negligencia, falta de precaución, atención y vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesario, sin que sea de rigor que haya una infracción reglamentaria; la ley no lo exige. En otros términos, hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiere debido hacerse (Rodríguez, 1981, p.172).

La culpa se funda en no haber evitado un daño que era posible impedirse; como lo menciona el derecho romano al afirmar que la culpa se origina cuando no hay diligencia sobre algo previsible (Peña, 2002). Para Tamayo Jaramillo (2010) la conducta del agente hace parte de un cambio de la realidad exterior, a diferencia de la culpa considerado un elemento subjetivo como resultado de un comportamiento imprudente.

Se señalan dos apreciaciones de la culpa que son “A Priori” o “A Posteriori”, la adopción de estos métodos conduce a soluciones severas para con el causante del daño y dar inicio a la apreciación “a priori”, el juez se sitúa en la posición de un hombre prudente y normal, que en el actuar de su vida, prevé razonablemente cómo pueden suceder las cosas y exigir tomar las medidas necesarias para evitar el daño. En el método “a posteriori” el juez debe preguntarse cuáles eran las medidas necesarias para evitar el daño. (Tamayo, 2010)

Este tipo de apreciación “A Priori” se torna tratándose de responsabilidades profesionales, especialmente en la médica, es decir, si un médico realiza un tratamiento a un paciente, su comportamiento, por muy diligente que sea, siempre va acompañado de errores que sólo se ve con claridad una vez ocurrido un daño; para que los expertos puedan afirmar que, si el médico tratante hubiera realizado u omitido una determinada conducta, el daño se habría evitado.

Pero donde podemos ilustrar la diferencia entre las dos apreciaciones de la culpa, en relación con la advertencia de riesgos por parte del médico, en efecto, todo el mundo está de acuerdo con que el médico debe advertir al paciente de los riesgos que genera el acto médico, sobre todo de los riesgos de mayor gravedad o frecuencia.

La Corte opta por la apreciación “A Priori” de la culpa. En efecto, mediante sentencia del 1 de febrero de 1993 se resolvió un asunto en el que se juzgaba la responsabilidad de un centro hospitalario, como resultado de las quemaduras sufridas por una paciente mientras tomaba una ducha en su habitación. Los demandantes alegaban que el centro hospitalario debió haber previsto el riesgo de ese hecho y en consecuencia haber suministrado asistencia permanente a la víctima, la Corte considera respecto a la demanda, hay obligación de prever lo que es altamente probable, no lo que es simplemente posible. Es posible prever lo normal, no hay por qué prever lo que es excepcional. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. S-003, 1993)

Hemos abordado lo referente a los conceptos sobre el elemento de la culpa, pero también es necesario mencionar aquellos que se han expresado en cuanto a la falla del servicio. El Consejo de Estado señala que la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal, sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla. (Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sent. 5902, 1990).

En la última sentencia citada, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el carácter relativo de la falla del servicio, señalando los aspectos a observar como la realidad, la amplitud y cobertura de los servicios públicos, la claridad de la falla que se presente en el cumplimiento de la obligación a que llegue el juzgador sobre los escenarios de tiempo, modo y lugar, dependiendo de la forma en que ocurrieron los hechos y los recursos a los que tenía acceso la administración y restar el servicio para que pueda concluir que la falla se materializó, sin justificación alguna.

Sobre los conceptos expuestos acerca de la culpa y la falla del servicio, determinamos la necesidad de comprobar la existencia de este elemento en algunos casos, donde se requiere verificar la razones que impulsaron para que el daño fuera un hecho, aun así, reiteramos que en la mayoría de casos, tratándose de demandas contra médicos, centros hospitalarios o EPS, se debe observar con mayor detenimiento los perjuicios causados a la víctima que se encuentra en estado de indefensión tanto físicamente como probatoriamente.

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico distingue tres grados de culpa. En el art. 63 del código civil, los enuncia como, la culpa grave, que en materia civil equivale al dolo y consiste en una negligencia extrema, que no cometen ni aún las personas más descuidadas. La culpa leve, donde se evidencia la falta de diligencia que un hombre emplea en el manejo de sus intereses, y la culpa levísima se refiere a la imprudencia de las personas en el manejo de sus finanzas.

Los grados de la culpa son frecuentes y duramente criticados; sin embargo, son de utilidad porque contribuyen a dilucidar el problema de la apreciación de la culpa y dan base a la equiparación de la culpa grave y el dolo, aunque en materia de responsabilidad civil médica contractual y extracontractual no se tiene en cuenta, toda vez que, la conducta del médico se enmarca en los límites de la conducta común y de la categoría profesional que ostenta.

2.2.3. Principio general de Presunción de Culpa en Materia de Responsabilidad

Contractual. Uno de los temas fundamentales de la responsabilidad civil es la culpa. ¿La culpa debe ser probada por la víctima o es el sujeto agente del daño a quien le corresponde probar la ausencia de la misma? Si en condiciones normales, quien alega debe probar lo alegado, cuando

existe una presunción de culpa, el perjudicado no está obligado a hacerlo. Ello no implica que no haya nada que probar, debe existir la prueba de los demás elementos de la responsabilidad civil.

Para la doctrina sustentar la teoría de la presunción de la falla del servicio, asiste a la figura de la carga dinámica de la prueba, que distribuye la obligación de aportar la prueba de la culpa o de la ausencia de esta, dependiendo de cada caso concreto, buscando obligar a ambas partes a aportar todas las pruebas que estén a su disposición para lograr el conocimiento de la verdad real. Por lo tanto, el juez podría excluir de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. (Guillermo, 2012)

Cuando se presenta la presunción de culpa, le corresponderá al agente del daño probar su inocencia mediante la existencia de una causa extraña, y si logra comprobar que su actuar que ajustó a la debida diligencia y cuidado exigidos por la ley, quedará exonerado de indemnizar, pues en el sistema de responsabilidad subjetiva no cabe la responsabilidad sin culpa.

Al respecto Vazque Ferreira (s.f) (Serrano Escobar , 2012) expresa:

Según esta doctrina se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocarla en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Es decir que estas reglas asumen un carácter dinámico en cuanto no se atan a preceptos rígidos si no, que más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto (p. 20).

El art. 2347 del Código Civil crea una presunción de culpa contra el responsable cuando consagra los supuestos en que una persona está obligada a responder por los daños ocasionados.

Con lo anterior se presume su culpa como origen del daño y favorece a la víctima, al liberarla del deber de probar la culpa cometida por el demandado.

En materia de responsabilidad contractual este sistema es pertinente para que el médico aporte al proceso la prueba de cómo ocurrieron los daños sufridos por el paciente y demuestre la diligencia y cuidado con que atendió al enfermo; quedándole más fácil al médico demostrar que efectivamente fue diligente y cuidadoso (Serrano, 2012). Pero ¿Quién asume los riesgos cuando el médico no dispone de ningún medio probatorio para establecer su diligencia y cuidado?

La jurisprudencia ha establecido que en la justificación del acto médico y la incertidumbre del nexo causal hacen aconsejable que los daños que sufra la víctima deban ser asumidos por esta. No es justo que ante la dificultad probatoria de ambas partes el médico tenga que correr con las consecuencias de los daños sufridos por el paciente; ello sería no solo presumir la culpa, sino también el nexo de causal, pues no sería el riesgo terapéutico o la evolución de la enfermedad lo que se considera causa del daño, sino la conducta del médico. Al respecto Serrano (2012) indica:

Se presumiera la culpa del médico, su situación sería más desventajosa que la del conductor de un vehículo, pues este tendría más medios de defensa que el mismo médico, así el Consejo de Estado haya mostrado las diferencias teóricas entre la presunción de la culpa y la responsabilidad por actividades peligrosas. Es claro que el médico puede presentar como pruebas de su comportamiento la historia clínica del paciente o que puede dar su propia versión de los hechos. Pero ante una presunción de la culpa, tales pruebas por sí solas, son inútiles porque se trata de la propia versión del encartado; las pruebas solo sirven para perjudicar al médico, más no para beneficiarlo frente a una presunción que pesa en su contra (p. 93).

Como anteriormente se ha establecido la obligación del médico sigue siendo de medios en la medida en que para el médico es aleatorio garantizar la seguridad del paciente, teniendo solo la obligación de aliviar al paciente de su dolor y tratar de que éste no sufra más daños durante el

acto médico. De acuerdo a la doctrina, la culpa médica no puede presumirse porque el paciente no pueda recuperar su salud, es más fácil presumir la prudencia y diligencia del médico, que presumir que fue por culpa del médico por lo que el paciente no se alivió. (Serrano, 2012).

La jurisprudencia y la doctrina han manifestado aquellos casos en los cuales los tribunales muchas veces absuelven porque no se demuestra que esa culpa tenga influencia causal en el daño o se demuestra que de todas maneras aún con el comportamiento diligente del médico, el paciente se habría muerto dada la naturaleza de su mal, lo cual quiere decir, que el nexo de causalidad en materia médica es muy complejo para que se presuma.

El art. 2356 del Código Civil, establece responsabilidad por malicia o negligencia, y de acuerdo al pronunciamiento de la Corte en sentencia del 5 de mayo de 1999, citada por Lázaro (2003), se puntualiza la regla del mencionado artículo al expresar lo siguiente:

“Apareja una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con ocasión del ejercicio de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno, responsabilidad de la cual solamente se exonera en cuanto acredite que el daño sólo pudo tener por fuente cualquier suceso extraño, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero”. (p. 84)

Lázaro (2003) extrae de la sentencia de fecha 29 de agosto de 1986, lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, que señala “la presunción de culpa puede ser desvirtuada, acreditando fuerza mayor o caso fortuito, hecho o culpa de la víctima del daño o un hecho extraño” (p. 82). Es importante mencionar que esta forma de desvirtuar la presunción sólo se aplica cuando no hay una actividad peligrosa, de lo contrario la víctima puede demandar sobre la base de la responsabilidad por el hecho ajeno o por actividades peligrosas, y sobre este último caso la exoneración para el demandado consiste en probar una causa extraña. (Vasco, 2010).

Insertar el sistema de la presunción de la culpa resulta más difícil de lo que se pensaba, pero como se había mencionado anteriormente, si se percibe desde un enfoque objetivo el acto médico, considerado un riesgo necesario y prohibiendo la producción de daños desaprobados por la ley, como resultado de riesgos innecesarios, podría aplicarse el sistema en mención, favoreciendo a quien se encuentra en mayor desventaja en esta clase de procesos.

2.3. Nexo Casual.

El nexo causal hace alusión al vínculo entre la causa y su efecto, es la relación que existe entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. Este elemento es necesario porque permite que se condene sólo cuando la conducta fue la que originó un daño antijurídico y limita los daños por los que debe responder el agente. (Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica, 2003)

Se determina que el nexo de causalidad y la culpa están directamente ligados. Concluyendo la doctrina que sin culpa no hay nexo causal y viceversa. Al respecto señala Tamayo (2010):

Es el vínculo que une la conducta del agente causante y el daño, que resulta esencial en atención al tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues 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. Una vez demostrado este nexo, el deudor sólo podrá exonerarse 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. (p. 288)

Se establece como requisito que el nexo causal sea directo, es decir, se debe probar que el hecho del médico fue el que ocasionó el daño. También se mencionan los factores externos que inciden en los efectos del paciente por la actuación del médico, como sucede en la condición de salud preexistente del individuo, cuando padece enfermedades que incrementan sus riesgos, se puede llegar a configurar en causa extraña y romper el nexo causal, por lo tanto, se deberá evaluar las causas que ocasionaron el resultado perjudicial. Para ello el demandante tendrá que probar que esas condiciones no fueron determinantes en la creación del daño. (Vasco, 2010)

De acuerdo a lo anterior se confirma el requisito de ser directa la causa para que exista el nexo causal, es decir, el daño sea consecuencia del hecho médico (Vasco, 2010). Así mismo, No sólo se consideran como causas extrañas las enfermedades preexistentes, sino también todas aquellas circunstancias que en el acto médico no habrían podido ser descubiertas utilizando el grado de diligencia que se le exige al profesional de esta área.

Se pueden llegar a presentar tres sucesos que rompen el vínculo causal y exoneran de responsabilidad al agente, denominados comúnmente como causa extraña. El primero se refiere a la fuerza mayor o caso fortuito que concierne un hecho imprevisible e irresistible el cual da origen al perjuicio. Ejemplo de ello se evidencia en los daños que genera un terremoto, derivados de una fuerza mayor (Vasco, 2010). El hecho de un tercero es la segunda causa extraña, que hace referencia a la actuación de un sujeto externo en la realización del daño. La última es la denominada culpa de la víctima, es decir, el daño ocurre a causa de la actuación u omisión de la propia víctima. (Tamayo, 2010)

Después del daño, este sería el segundo elemento más importante, puesto que, aunque un daño pueda ser originado por un acto médico, en cada caso específico pudo ocasionarse antes de que éste último se ejecutara, por lo tanto, el nexo causal definirá a ciencia cierta la posibilidad de reconocer la indemnización a la víctima, cuando haya relación entre el daño y el hecho que lo originó.

Capítulo 3. Reparación del daño sin considerar la intervención o no de la culpa.

3.1. Teoría del riesgo y sus modalidades

Para establecer un concepto de teoría del riesgo debemos definir el término “riesgo” que Manuel Guillermo Sarmiento, puntualiza trayendo a colación el concepto expresado por Fernando Hinestrosa (1969), que indica:

Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una noción de potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de la responsabilidad (...). (Sarmiento, 2002, p. 180)

Entonces podemos definir la teoría de riesgo como una corriente doctrinal en la cual se reemplaza el elemento de la culpa como núcleo de la responsabilidad civil y pasar a una visión objetiva donde se centra la responsabilidad en el campo objetivo de la creación del daño y el nexo causal con el deudor, para que surja así la obligación de reparar. (Sarmiento, 2002)

En el desarrollo del tema “El régimen de responsabilidad objetiva”, basada en esta teoría, la Corte reitera lo elementos que la constituyen, señalando el hecho, el daño y el nexo causal, excluyendo el elemento de la culpa, puesto que, aunque se pruebe el actuar diligente o prudente, resulta irrelevante para esta teoría y por el contrario se atribuye la declaración de responsabilidad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009)

A partir del estudio realizado sobre el hecho que ocasionó el daño y el nexo de causalidad entre ellos, se materializa la responsabilidad. Sobre el estudio del hecho, se observa si éste era considerado un riesgo, con consecuencias de generar un daño y aun así se efectuó.

La doctrina ha desarrollado una clasificación de las diferentes modalidades de la teoría del riesgo estableciendo la tesis del riesgo-provecho, la tesis del riesgo creado y la tesis del riesgo profesional. Acerca de la tesis del riesgo-provecho, establece que para el autor del daño la obligación de reparar está relacionada directamente con el beneficio que trajo una actividad, es decir, solo basta el hecho que una actividad traiga una repercusión económica favorable para el autor del daño para que sea obligatorio indemnizar los perjuicios que dicha actividad cause, sin tener presente la intervención de la culpa. (Sarmiento, 2002)

Sobre la teoría del riesgo-creado, se fundamenta en las actividades que crean un riesgo para las demás personas, como Antonio Rocha explica: “toda actividad que crea para otro un riesgo hace a su autor responsable del daño que pueda causar sin que haya lugar a investigar si hubo culpa o no de su parte” (Sarmiento, 2002, p. 185). Y la última tesis, denominada Riesgo profesional, se desliga de una actividad calificada desarrollada por un perito como lo son los médicos en su ámbito profesional y adquiere autonomía dentro de la corriente doctrinal por las cualidades que se le exige a quien ejerce determinados conocimientos sobre una ciencia o arte y por los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad. (Sarmiento, 2002).

Respecto de la última teoría de Riesgo profesional, relacionamos lo que juristas y doctrinarios han expresado con relación a las actividades médicas. Por un lado, se tiene en cuenta

que la actividad médica es una actividad profesional y en cuanto al riesgo que ello comporta, se considera que ejecuta actos riesgosos necesarios para la mejoría y curación de la salud del paciente, así mismo la Lex artis y demás normas concordantes que regulan sus funciones determinan aquellos riesgos innecesarios que el galeno debe evitar con el fin de no producir daños desaprobados, protegiendo el derecho fundamental de la salud. De manera que consideramos congruente la aplicación de la teoría del riesgo profesional en esta figura jurídica.

3.1.1. Responsabilidad civil objetiva por Riesgo Profesional. Esta tesis del Riesgo Profesional es tomada como una modalidad autónoma dada las características especiales que revisten para el autor, como es la exigencia de una mayor pericia en el desarrollo de las actividades que generan el daño y el deber de ser indemnizado sin tener en consideración la existencia de la culpa, pues en esta no solo se debe tener en cuenta si el autor del daño obtiene un beneficio o provecho, sino también:

La calidad misma de la actividad, que por su carácter altamente especializado y altamente técnico – como en el caso de las llamadas profesiones liberales -, representa para quien la ejerce una capacidad e idoneidad especial, debiendo responder en razón de ese profesionalismo de los daños que resulten del ejercicio de la actividad calificada o profesional, sin que pueda admitirse la noción de culpa, ya que el profesionalismo de la actividad la excluye de plano. (Sarmiento, 2002, p. 185)

Vemos pues que sustrae culpa de la responsabilidad para limitarla al riesgo creado y que la profesional que ejerce la actividad debe hacerse cargo de ellos, pues se presume que tiene la idoneidad y pericia para ejecutar dicha labor. Esta figura jurídica nace con la jurisprudencia francesa cuando la Corte de Casación Francesa incursionó en ella mediante los contratos de transporte de personas inventando la obligación de seguridad basada en la confianza que el

particular depositaba en un profesional que dominaba por completo la actividad que iba a realizar y la cual representaba un riesgo para la integridad física, posteriormente esta figura se extendió a los demás contratos creando mayores complejidades en su aplicación, las cuales no tardaron en ser legislada y positivizadas.

Así mismo, por nuestro origen jurídico llegaron a Colombia dándole un tratamiento adecuado a nuestra realidad social, así en sentencia del 15 de Julio 1938, la Corte la define como:

El riesgo es una de las modalidades de la responsabilidad civil, respecto del cual todavía no se ha elaborado una teoría general. La idea del riesgo se basa en la responsabilidad legal, objetiva, por la lesión causada por un acto ejecutado con la necesaria diligencia y prudencia, y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso, y sin que, por lo tanto, intervenga en este concepto la noción de culpa. (p. 2) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1938)

A partir del análisis expuesto en el punto anterior en concordancia con el que ahora se desarrolla, manifestamos la necesidad de aplicarse esta teoría en los casos de responsabilidad civil médica donde existe la omisión de un procedimiento médico que requiere ser practicado de manera inmediata por la enfermedad catastrófica que padece el paciente, pero por falta de cotización en el sistema de seguridad social en salud o por otras causas similares a ella no se ejecuta, sometiendo a un riesgo innecesario y previsible al enfermo, como se evidencia en la sentencia del 20 de junio de 2016 citada anteriormente, donde además cabe la presunción de la culpa al ser evidente la falla en la prestación del servicio médico.

3.2. Responsabilidad objetiva del Estado y falla del servicio

La falla en el servicio se define como un comportamiento contrario a las normas que gobiernan el funcionamiento de la administración, ya como funcionamiento defectuoso del servicio, ya como violación de una obligación administrativa. (Serrano, 2012)

Por su parte, el Consejo de Estado define la falla en el servicio como la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos; un perjuicio cierto y determinado, y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent.13337, 1998)

En forma general los dos conceptos antes esbozados son la definición que se le ha dado a la falla en el servicio, no siendo estos limitantes y únicos, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado elementos estructurales amplificadores de esta línea de estudio, como lo son: La falla del servicio como funcionamiento defectuoso del servicio y La falla del servicio como violación de obligaciones administrativas.

La Falla del servicio como funcionamiento defectuoso del servicio, hace referencia a que la responsabilidad del Estado no se basa en la conducta directa de sus agentes (personal médico o de la institución en general en la prestación del servicio) sino del ente administrativo, como obligación Constitucional del Estado Social de derecho de garantizar la óptima prestación de los servicios de seguridad social, derivada de la carta magna en sus arts. 1, 11, 48 y el derecho

fundamental a la salud. Por lo tanto, tenemos que la responsabilidad del Estado por el daño causado no es visto de forma subjetiva y se toma de la responsabilidad objetiva para establecer el pago de indemnizaciones, “En ella se juzga al servicio y no al agente”. (Serrano, 2012)

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido la imputación de la responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de los deberes que legalmente le corresponden, pero que a consecuencia de dicha conducta inadecuada o la falla en el servicio causó un daño antijurídico el cual debe ser reparado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent. 25000-23-26-000-2003-01881-01(38738), 2014)

Precisamente la sentencia traída a colación reconoce la reparación de daños causados por la entidad prestadora de salud, como consecuencia de la falta de diligencia en el manejo de la transfusión de sangre a la paciente, desconociendo y afectando la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad de esta última.

Otro caso típico, desgraciadamente, en Colombia de falla del servicio por su funcionamiento es el llamado paseo de la muerte en donde palabras más, palabras menos es la negación del servicio de urgencias de las diferentes instituciones médicas a las que se acude generando graves afectaciones y en la mayoría de los casos la muerte del paciente.

La Falla del servicio como violación de obligaciones administrativas, se entiende:

Se puede entonces afirmar que la falla del servicio es la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del

perjuicio. Y si se afirma que el juez debe referirse, en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se afirma en la precitada sentencia, “los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que esta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento lo consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir. (p. 9) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent. 3510, 1990)

Hay que visualizar en cabeza de quién recae la obligación por la falla del servicio y si ésta recae sobre la administración. En relación con la responsabilidad médica Estatal, la obligación administrativa viene definida desde la Constitución, la ley y los reglamentos, y de manera especial está establecida en la denominada *lex artis*, definida en guías y protocolos científicos.

Para definir si hay falla del servicio médico estatal se debe comparar la conducta asumida por la administración con las obligaciones a que se estaba sometida, si hay concordancia no hay falla del servicio, pero si se demuestra que la institución estatal no cumplió sus deberes en materia de atención de salud, la falla del servicio se hace evidente (Serrano, 2012). Al respecto el Consejo de Estado no ha abandonado por completo la imputación objetiva en la falla del servicio y existen eventos en los cuales admite la presunción de la culpa o que esta no sea tenida en cuenta para establecer la responsabilidad del Estado por la no prestación de un adecuado servicio o de los daños que se generen de su prestación y ha ido pasando por diferentes posturas jurisprudenciales para la resolución de los conflictos desde:

El criterio de la falta probada, hasta morigerar su postura con la aplicación de la denominada falla del servicio presunta, pasando por la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, hasta regresar nuevamente a la falla probada, pero esta vez con mecanismos de facilitación probatoria. (Serrano, 2012, pp. 299-300)

En el siguiente punto se expondrá algunas sentencias donde se reconoce la reparación del daño por falla en la prestación del servicio de salud sin considerar la intervención o no de la culpa, es decir con aplicación de la teoría objetiva de la responsabilidad médica.

3.3. Sentencias en las que se reconoce la reparación del daño por falla en la prestación del servicio de salud sin considerar la intervención o no de la culpa.

Ya han sido varias las ocasiones en las cuales el Consejo de Estado ha emitido pronunciamientos en los que deja claro la no necesidad de la culpa como elemento axiológico de la responsabilidad civil del Estado por falla en el servicio como lo precisa en este párrafo:

Se ha dicho y repetido por la Sala que los elementos axiológicos de la responsabilidad por falla del servicio son: a) Un servicio que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente; b) Un perjuicio; c) Una relación de causalidad entre a y b. (p. 10) (Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sent. 5902, 1990)

En la misma sentencia el Consejo de Estado señala:

Para la Sala si bien la falla habla por sí misma, ello no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligente de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condenas del caso. (p. 12)

Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue diligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juez será que el funcionamiento anormal se debió, a culpa. Esta, entonces, tendrá la carga de

demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos.

De igual manera el galeno podría exonerarse de responsabilidad, facilitándole al juez el conocimiento de los procedimientos, intervenciones, tratamientos y técnicas usadas en el ejercicio de su profesión para la curación y mejoría del paciente. Con el traslado de la carga de la prueba al médico bajo el criterio de tener una mayor facilidad demostrativa de la pericia, la Corte toma la objetividad como fundamento para establecer la responsabilidad y desplaza la culpa a un segundo plano quedando esta como presunta dentro del proceso.

El Consejo de Estado manifiesta, debiendo la entidad demandada demostrar la existencia de la fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o acreditar que su comportamiento fue diligente y que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent.13337, 1998)

El Consejo de Estado incluye un nuevo concepto en el cual adopta la existencia de una falla probada, es decir un criterio objetivo, cuando hay un daño desproporcionado: “de lo anterior, se colige fácilmente que cuando el daño es desproporcionado, exagerado o excesivo, al no estar acorde con los resultados normales de una intervención, la culpa de la entidad demandada se da por probada.” (p. 3) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13001-23-31-000-1991-08050-01(19474), 2010). Al respecto se expresa:

En virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la

responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso.

(...) existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo. A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva. (pp. 3-5) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent. 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836), 2010)

Es muy importante esta última sentencia traída a colación porque establece seis derroteros, que sirven de base para que en el futuro se pueda establecer si se debe fallar teniendo en cuenta la culpa o no, ejercicio muy provechoso para poder cimentar un criterio único en la tan variadas y fluctuantes posturas que a través de los años ha tenido la Corte o al menos para ciertos casos en particular estableció cuales son los parámetros a tener en cuenta.

Como podemos ver a través de las sentencias referidas la objetividad o en otras palabras la no consideración de la intervención de la culpa en la falla del servicio no es una tesis aislada de la doctrina o la jurisprudencia, por el contrario, es un criterio aplicable actualmente como fundamento jurídico en este tipo de procesos judiciales y en los diferentes pronunciamientos crea la Corte los criterios bases para tener en cuenta a la hora de resolver los problemas jurídicos planteados en la Litis.

Aunque los juristas han tenido oportunidad ya sea de aplicar el régimen de responsabilidad objetivo o la presunción de la culpa, y atendiendo al interrogante si en las obligaciones de medio es aplicable estos enfoques, en sentencia del 20 de junio de 2016, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia menciona el análisis probatorio para determinar la culpabilidad de la EPS y del hospital que dio de alta a la paciente con tumor maligno el cual requería con prontitud ser intervenido quirúrgicamente y aun así no lo hicieron debido a que la EPS no autorizó la cirugía por falta de cotización en el sistema, lo cual causó su muerte, sin contar que fue sometida a un riesgo innecesario, siendo previsible y evitable el daño.

Capítulo 4. Conclusiones

De acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia y la norma, la Responsabilidad civil es una institución jurídica constituida para reclamar la indemnización por daños causados a un derecho o bien jurídicamente tutelado, mediante la prueba de existencia de los elementos daño, culpa o hecho y nexos causal. Por lo tanto, pacientes o familiares que han sufrido daños a causa del ejercicio de actos médicos, observando negligencia, imprudencia, falta de cuidado o indolencia profesional, frente a situaciones que eran anticipables, representables y previsibles y, aun así, el galeno no lo previó, resulta aplicable ejercer la figura jurídica de la responsabilidad civil médica.

La Responsabilidad Civil se distinguió en dos regímenes. El primero nombrado régimen de responsabilidad objetiva reconoce la indemnización de los daños teniendo en cuenta el nexo causal entre el hecho riesgo y el daño como principal elemento, donde el juez valora la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, observando la posición del autor del daño y sus conocimientos especiales. En la medicina existe el riesgo permitido por la ley, pero cuando el galeno lo asume y no evita un resultado lesivo, traspasando lo permitido, resulta aplicable este régimen, presumiendo la culpa del autor del daño. En cambio, el régimen de responsabilidad subjetiva se basa en la culpa, imprudencia, negligencia o falta de cuidado, aplicando el dolo o los sistemas de culpa probada o culpa presunta y se observa el deber de prever la lesión.

La jurisprudencia colombiana indica que el origen de la responsabilidad civil médica contractual, se efectúa con la celebración del contrato por medio de la afiliación del paciente con la EPS y la entidad o el médico, quienes incumplen las obligaciones inmersas en el contrato, ocasionando un daño al paciente, a diferencia de la responsabilidad civil médica extracontractual

donde el paciente como afiliado, le causan un daño y resultan afectadas terceras personas, reconocidas como herederas en el ejercicio de esta figura jurídica y para ello deberán ampararse en las leyes que reglamenten las obligaciones de los agentes prestadores del servicio de salud.

Sobre la distribución de la carga probatoria, aunque en materia de responsabilidad contractual le corresponde al demandante probar la existencia de la culpa, en el Código General del Proceso, art. 167, mediante la teoría de la carga dinámica de la prueba, brinda la posibilidad de obligar a quien corresponda, aportar las pruebas a las que tenga fácil acceso y se requieran en el proceso, sin importar que se trate de una responsabilidad extracontractual o contractual.

La jurisprudencia ha reiterado la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados que surgen en la responsabilidad médica. La primera consiste en el compromiso adquirido por el galeno de actuar con diligencia y cuidado y en caso de no cumplir, mediante el sistema de culpa probada el paciente puede demostrar la culpa del médico, a diferencia de la obligación de resultados donde se adquiere el compromiso de obtener un resultado preciso y efectivo, de lo contrario se presume la culpa y es el galeno quien debe probar una causa extraña que ocasiono el daño, como sucede con las cirugías estéticas.

El daño, la culpa o hecho y el nexo causal son los elementos que forman la responsabilidad civil médica. Respecto al daño, es aquella afectación física o psíquica a los derechos de la víctima, que se encuentran jurídicamente protegidos. La culpa indica el actuar imprudente, negligente o con falta de cuidado por parte de quien ocasionó el daño. Al respecto se mencionan dos sistemas, la culpa probada y la culpa presunta. La presunción de culpa se materializa a causa

de imprudencia, negligencia o falta de cuidado, al punto que se perdió el control de la actividad, no se logró alcanzar el resultado esperado y no evitó la consumación del daño, descartando lo señalado en la *lex Artix* y para eximirse de responsabilidad se debe demostrar eventos extraños.

No hay que olvidar lo fundamental que ha sido el nexo causal cuando de responsabilidad civil médica se trata, ya que este une la conducta del agente y el daño, exigiendo la demostración del vínculo causal, acudiendo a las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística.

Por otro lado, surge la teoría del riesgo, extrayendo su concepto mediante sentencia del 15 de Julio 1938, expedida por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, determinando sobre el riesgo como una modalidad de la responsabilidad civil, basada en la responsabilidad legal y objetiva, donde a pesar del acto diligente y prudente se causa una lesión al no alcanzar a prever el resultado dañoso, excluyendo de esta manera el elemento culpa. A partir de ello la doctrina, por medio de Manuel Guillermo Sarmiento, desarrolla una clasificación de las modalidades de la teoría del riesgo, denominadas teoría provecho, teoría del riesgo creado y la teoría del riesgo profesional. Analizando cada una de ellas, para el tema en desarrollo, fue necesario centrarnos en la teoría del riesgo profesional que significa toda actividad calificada como riesgosa que desarrollan algunos profesionales los cuales adquieren autonomía doctrinal.

Sobre el concepto de la falla en el servicio se considera una conducta contra las leyes que gobierna el funcionamiento de la administración y es definida por el Consejo de Estado como el descuido y la omisión por parte de los médicos o entidades prestadoras del servicio de salud. La Constitución Política en sus artículos 1, 11 y 48 señalan la responsabilidad objetiva del Estado

Social de Derecho, en garantizar los servicios de seguridad social y jurisprudencialmente el derecho a la salud, es decir, que la falla del servicio del Estado no está en sus agentes, si no en el ente administrativo, teniéndose en cuenta de forma objetiva para reconocer la indemnización.

Por otro lado, se encuentra la sentencia del 24 de marzo de 2011 del Consejo de Estado, radicado 20836, en la cual se establece la reparación del daño por falla en la prestación del servicio de salud sin considerar la intervención de la culpa, basándose en el régimen de responsabilidad objetivo, considerándose un criterio aplicable actualmente como fundamento jurídico en los procesos de responsabilidad médica, siempre y cuando se cumplan con algunos requisitos consignados en la misma.

A partir de los temas desarrollados, se concluye en esta monografía el reconocimiento de un sistema denominado culpa presunta del cual la jurisprudencia ha hecho mención ser aplicable cuando se trate de obligaciones de resultados adquiridas por el galeno a favor del paciente. En este evento es posible el reconocimiento de la reparación de daños causados a la víctima sin tener en cuenta la intervención de la culpa.

Con relación a las obligaciones de medio se exige probar la culpa del médico, de la institución prestadora del servicio de salud o de la EPS, y en estos eventos consideramos igualmente necesario la aplicación del sistema de presunción de la culpa donde es evidente la negligencia o falla en la prestación del servicio, que no sucede en todos los casos donde se requiere una valoración por partes de médicos expertos en el área que se solicita para determinar las verdaderas causas que originaron el daño.

Si los juristas llegasen a aplicar el sistema de culpa presunta en las obligaciones de medio teniendo en cuenta los casos donde se evidencia claramente, sin tanto desgaste probatorio, que hubo una falla en la prestación del servicio médico, mejoraría el sistema de salud en Colombia, ya que las Entidades ejercerían una mayor protección a la vida del paciente y a su vez los médicos actuarían con mayor prudencia y cuidado, previniendo aquellos actos que perjudiquen o pongan en peligro la vida del paciente.

Referencias

Ámbito Jurídico. (2016). Así se atribuye responsabilidad civil a las EPS, IPS y a sus agentes.

Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/asi-se-atribuye-responsabilidad-civil-las-eps-ips-y-sus-agentes>

Ariza Fortich, A. (2013). La responsabilidad médica como actividad peligrosa: Análisis de Caso en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista de información*

vniversitas, 62(126), 15-37. Recuperado de

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6119>.

Código civil [Código]. (1873). Obtenido de

https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Artículo 5 [Capítulo I]. Ley estatutaria por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud. [Ley 1751 de 2015].

Obtenido de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo. (24 de octubre de 1990) Sent. 5902.

[CP GUSTAVO DE GREIFF]. Recuperado de [http://hipertexto-](http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=24_octubre_1990.pdf)

[obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=24_octubre_1990.pdf](http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=24_octubre_1990.pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (5 de febrero de 1998) Sent. 13337.

[CP JESÚS CARRILLO]. Recuperado de

[http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_759920417aef0](http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_759920417aef034e0430a010151f034)

[34e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_759920417aef034e0430a010151f034)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (12 de noviembre de 2014) Sent. 25000-23-26-000-2003-01881-01(38738). [CP HERNAN ANDRADE]. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosalud/docs/eje_3_consejo_de_estado/8_principioesio/25000-23-26-000-2003-01881-01_38738__1_.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (30 de marzo de 1990) Sent. 3510. [CP ANTONIO DE IRISARRI]. Recuperado de

<https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=ce-sec3-exp1990-n3510#/>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (28 de abril de 2010) Sent. radicado:

13001-23-31-000-1991-08050-01(19474). [CP ENRIQUE GIL]. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=13001-23-31-000-1991-08050-01\(19474\)&q=sentencia,19474,19474,19474,19474,19474,19474,19474&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=13001-23-31-000-1991-08050-01(19474)&q=sentencia,19474,19474,19474,19474,19474,19474,19474&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de marzo de 2011) Sent. 05001-

23-24-000-1996-02181-01(20836). [CP ENRIQUE GIL]. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=05001-23-24-000-1996-02181-01\(20836\)#/](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=05001-23-24-000-1996-02181-01(20836)#/)

Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 90 [Titulo II]. Obtenido de

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (04 de abril de 1968). [MP FERNANDO HINESTROSA]. Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXIV%20n.%C2%BA%202297-2299%20\(1968\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXIV%20n.%C2%BA%202297-2299%20(1968).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 2009) Sent. 11001-3103-038-2001-01054-01. [MP WILLIAM NAMÉN]. Recuperado de <http://ectil.org/ectil/getdoc/90c9fe2f-d5ef-4337-bc52-bd5db66b18df/Colombia-ruling-citing-PETL.aspx>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sent. 05001-31-03-003-2005-00174-01. [MP ARIEL SALAZAR]. Recuperado de <https://forvm.com.co/wp-content/uploads/2016/10/Sentencia-N%C3%BAmero-C13925201605001310300320050017401-de-24-08-2016.-Corte-Suprema-de-Justicia.-1.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de mayo de 2017) Sent. 05001-31-03-012-2006-00234-01. [MP LUIS TOLOSA]. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=csj_scc_sc7110-2017_\[2006-00234-01\]_2017&q=2017,2017,2017,sentencia,2017,sc7110,sc7110,sc7110,sc7110&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=csj_scc_sc7110-2017_[2006-00234-01]_2017&q=2017,2017,2017,sentencia,2017,sc7110,sc7110,sc7110,sc7110&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de enero de 2001) Sent. 5507. [MP JOSE RAMIREZ]. Recuperado de <http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj-cc-30-ene-2001.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2016) Sent. 11001-31-03-039-2003-00546-01. [MP FERNANDO GIRALDO]. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/07/SC8219-2016-2003-00546-01.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (03 de mayo de 2017) Sent. 36784. [MP FERNANDO CASTRO]. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/05/SP6029-201736784.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de febrero de 1993) Sent. S-003. [MP. CARLOS JARAMILLO]. Recuperado de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/552588570>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de Julio 1938). [MP JUAN MUJICA]. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_5ab263fdbec546dfb978058f453c18c5

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de abril de 2012) Sent. 33920. [MP AUGUSTO IBÁÑEZ]. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=csj_scp_33920\(11-04-12\)_2012&q=2012,radicado,11,2012,2012,33920,33920,11,sentencia,11,33920,2012,11,33920,2012,abril,2012&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/#](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=csj_scp_33920(11-04-12)_2012&q=2012,radicado,11,2012,2012,33920,33920,11,sentencia,11,33920,2012,11,33920,2012,abril,2012&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/)

- Díaz, J.M. (2006). El seguro de responsabilidad. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/949/El%20seguro%20de%20la%20responsabilidad.pdf;sequence=1>
- Duque Bolívar, D. M. (2007) ¿Se puede considerar la Actividad Médica como una Actividad Peligrosa? Medellín, Colombia.
- Fenández, M. L. (2017). El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil Médica: Ideas para la Reflexión desde una Perspectiva Comparada. Recuperado de <https://docplayer.es/90343063-El-aseguramiento-de-la-responsabilidad-civil-medica.html>.
- García, B. (2017). La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación. *Lingüística y Filología Clásica*, 2(2), 225. doi: 10.3989/emerita.2017.13.1639.
- García Huayama, J. C. (2010). Responsabilidad Civil de los Médicos. 2-8. Recuperado de <https://docplayer.es/2141861-Responsabilidad-civil-de-los-medicos-juan-carlos-garcia-huayama.html>.
- Garzón, D; y Parada, D. (2014). Las Obligaciones de Medio y de Resultado y su Incidencia en la Carga de la Prueba de la Culpa Contractual, (12). Recuperado de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/11.+Garzon-Parada.pdf/58326ebf-59cd-499f-952e-f62a03376f64>.
- IRISARRI BOADA, C. (2000). El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano (trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

- Larrañaga, P. (1996). *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporáneo*. (Disertación doctoral). Universidad de Alicante, Alicante.
- Layton, D; y Martínez, D. (2015), La carga de la prueba en responsabilidad civil médica en Colombia (Trabajo de grado), Universidad militar nueva granada, Bogotá.
- Niño Prieto, D. C. (2016). Aplicación de la Responsabilidad Médica a Partir de la Sentencia de 10 de agosto de 2005 Exp. No. 15178 (trabajo de grado), Universidad Santo Tomás. Pontificia universidad javeriana. (2003). Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad académica. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS54.pdf>.
- Rosso Elorriaga, G. F. (2014). El Principio de la Responsabilidad Civil Objetiva Limitada: Un Elemento de Equilibrio Sistemático que no Contradice al Denominado Principio de la Reparación Integral del Daño. *Revista de Derecho Privado*, (26), 449-497. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3808/4001>.
- Ruiz, W. (2004). La Responsabilidad Médica en Colombia. *Criterio Jurídico*, 1 (4), 196-200. Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/232/962>.
- Sarmiento, Medina y Plaza (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios1. *Universidad Santo Tomas*, 12(2), 108. Recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3754/3716>.

- Sarmiento, M. G. Estudios de Responsabilidad Civil. (2002) Bogotá, Colombia: Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia
- Peña, F. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. (2002) Malaga, España: Editorial Comares
- Schipani, S. (2007). De la Ley Aquilia a Digesto 9. *Revista de derecho privado*, 12(13), 265. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537588009.pdf>.
- Serrano, L. G. La prueba de la culpa en la responsabilidad médica. (2012). Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Solarte Rodríguez, A. (2005). Reparación In natura del daño. *Revista Científica de la Universidad Javeriana*, 54 (109), 187-235. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14704>.
- Tamayo, J. Tratado de responsabilidad civil tomo I. (2010) Bogotá, Colombia: Editorial legis. Universidad Sergio Arboleda. Responsabilidad civil contractual y extracontractual del médico. Recuperado de <http://leyaldia.com/noticia/2378>.
- Vasco Ordóñez, P. (2010). Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva) (trabajo de grado). Pontificia universidad javeriana, Bogotá.
- Vidal, F. (2001). La responsabilidad civil. *Revista derecha PUCP*, (54), 389-399. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527/6607>.

Wilches Bornacelli, S. (2016). Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia y Daño al buen nombre de la persona natural como perjuicio autónomo (trabajo de maestría). Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá.