



**HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO AUTÓNOMO DE LA RESPONSABILIDAD
MÉDICA**

YAMIL DAVID MENDOZA ARANA

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Directores

Prof. Dra. Daniela Navarro Reyes

Prof. Dr. Jimmy Antony Pérez Solano

Universidad del Norte
División de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho

Barranquilla, D.E.I.P., 2021.

DEDICATORIA.

Samuel, Yamil, Daniela y Elisa a quienes deseo marcar el camino.

RESUMEN

El régimen de responsabilidad civil médica en Colombia es parte del sistema general previsto en Código Civil, sin que existan reglas especiales en los casos de daños surgidos en la relación médico-paciente, a pesar de que con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 se generaron importantes cambios en la concepción del derecho a la salud. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ingresaron las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), pasando de una relación simple entre el médico y su paciente, a una relación compleja en la que además intervienen las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadora de Salud (IPS), lo que ha implicado una transformación en los casos de daños en la relación médico-paciente. Teniendo esto en cuenta, la presente investigación pone de manifiesto la necesidad de implementar un régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica, en el que se supere la simple imputación fáctica del sistema actual, considerando la imputación jurídica como parte de la discusión en los procesos de responsabilidad médica, para cual se analizará la imputación como elemento de la responsabilidad civil. Esta imputación respondería a un factor de atribución estrictamente normativo, lo que permitirá poner a la víctima del daño en el centro de la discusión de la responsabilidad médica, invirtiendo la fórmula existente en la actualidad.

Palabras claves: imputación, imputación fáctica, imputación jurídica, atribución normativa, responsabilidad médica y relación de causalidad.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	7
I. LA CONCEPCIÓN DUALISTA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	12
1. La responsabilidad civil médica contractual y extracontractual	12
1.1. Elementos diferenciales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual	18
1.2. Elementos comunes en la responsabilidad civil contractual y extracontractual	28
1.3. Los regímenes contractual y extracontractual en la responsabilidad civil médica	33
1.4. Obligaciones del médico	38
1.5. Obligaciones de las entidades del sistema de seguridad social en salud	46
1.6. Los derechos de los pacientes como fuente de la responsabilidad médica	55
2. Responsabilidad médica contractual	58
2.1. Naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos	59
3. Responsabilidad médica extracontractual.....	62
II. RAZONES PARA UN RÉGIMEN JURÍDICO AUTÓNOMO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA	68
1. La responsabilidad médica en el derecho internacional	69
1.1. La responsabilidad médica en Francia	70
1.2. La responsabilidad médica en Argentina	74
1.3. La responsabilidad médica en Chile	79
2. La responsabilidad civil médica contractual y extracontractual: una distinción innecesaria.....	83
3. Las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios: nuevos actores	87
III. RÉGIMEN JURÍDICO AUTÓNOMO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	92
1.1. Elementos de la responsabilidad médica	100
1.2. La imputación normativa en los procesos de responsabilidad médica.....	115
1.3. La imputación normativa en la responsabilidad civil médica en la jurisprudencia actual	120
1.4. Las entidades del sistema de seguridad social en salud en el régimen autónomo de responsabilidad médica	130
1.5. Defensa del régimen autónomo a la luz de los asuntos problemáticos	136
CONCLUSIONES.....	139

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....141

INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta investigación se abordará una propuesta hacia un régimen autónomo de responsabilidad civil en la relación médica, la cual consiste en una alternativa al actual sistema de responsabilidad civil y de su clasificación dual, tratando de sentar unas bases teóricas aplicables en los casos de daños generados en el marco de la culpa médica.

La característica más importante del régimen jurídico autónomo de la responsabilidad médica que aquí se propone, es que permite superar el modelo ideal de conducta en los casos de culpa del actual sistema general de responsabilidad civil. Para ello, se estructurará un sistema a partir de la imputación normativa que permita un estudio, no solo fáctico, sino también jurídico de la relación causal.

Para desarrollar el propósito que aquí se persigue, se hace necesario abordar las razones por las cuales el sistema de responsabilidad civil dual, que es el que se maneja en la actualidad, no se justifica, dada las características especiales que gobiernan la responsabilidad civil en este tipo de casos, los cuales hacen innecesaria una distinción que ha marcado más de un siglo de evolución generando dificultades sobre todo en la identificación del sistema de la carga de la prueba, de los sujetos responsables, del contenido de la obligación, de la delimitación del problema (contractual o extracontractual), entre otros. Por tanto, se requieren reglas uniformes que brinden garantías a los profesionales de la salud, pacientes y a la comunidad jurídica en su conjunto.

El interés por el régimen autónomo de la responsabilidad médica surge ante la necesidad de proponer una alternativa al estudio de la responsabilidad civil médica que responda a los criterios de la actualidad, donde los derechos de las víctimas del daño sean el centro de la responsabilidad civil, así como la justificación de la obligación de reparar, y no centrado tan solo en la conducta del demandado.

Dicho esto, la presente investigación responde a un enfoque cualitativo, consistente en la revisión bibliográfica y análisis de fuentes secundarias. El tipo de investigación es dogmático-jurídica, debido a que el tema propuesto es de derecho civil (responsabilidad de particulares) en relación con el marco constitucional del derecho a la salud y a la seguridad social.

El alcance de la investigación es un estudio exploratorio, debido a que se propone analizar las bases para un régimen autónomo de la responsabilidad civil médica como un sistema alternativo al clásico previsto en el Código Civil colombiano. En el estudio no se abordará la prestación del servicio de salud por parte del Estado, por lo que se deja a un lado las relaciones Estado-ESE-Paciente.

Objetivos:

General: Establecer los presupuestos para un modelo autónomo de la responsabilidad civil aplicable a la relación médico-paciente.

Específicos:

- Estudiar la clasificación dual de la responsabilidad civil en los casos de daños surgidos en el marco de la relación médico-paciente.

- Evidenciar la necesidad de adoptar un régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica.
- Desarrollar las bases teóricas necesarias para la implementación de un modelo jurídico autónomo de la responsabilidad médica.

Con el fin de alcanzar los objetivos propuestos, este trabajo se ha dividido en tres capítulos en los que se hace un análisis de las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia colombiana en relación con el estudio de la responsabilidad médica que permiten concluir las bases para un régimen autónomo. Es pertinente advertir que el régimen jurídico autónomo de responsabilidad civil médica es una propuesta que no ha sido tratada por el Alto Tribunal; sin embargo, algunas sentencias aportan valiosas consideraciones que dejan entrever la necesidad de un régimen autónomo o de una unificación en materia de responsabilidad médica para garantizar la seguridad jurídica, como ocurre, por ejemplo, con la imputación normativa en los casos de culpa médica para ir más allá de un análisis naturalístico o físico.

En el primer capítulo se aborda ***la concepción dualista de la responsabilidad civil médica*** desde una mirada general. Se analiza, en primer lugar, la tradicional clasificación dual de la responsabilidad civil en los casos de daños en la relación médica, los elementos comunes y diferenciales en la responsabilidad contractual y extracontractual. Seguidamente, se pone de presente la importancia de la clasificación en la relación médica de las obligaciones de medio y de resultado; para lo cual, se hace énfasis en las obligaciones del médico y las entidades del

sistema general de seguridad social en salud con responsabilidades en la prestación de los servicios. También se analizarán los derechos de los pacientes para armonizar el régimen de responsabilidad médica con el desarrollo actual de atención en salud y con la realidad constitucional, donde el derecho a la salud juega un papel preponderante para la realización del Estado Social de Derecho.

En el segundo capítulo se desarrollan las ***razones para justificar un régimen jurídico autónomo de la responsabilidad civil médica***, para lo cual se expondrá el tema desde la perspectiva del derecho comparado al analizar cómo las legislaciones francesa, chilena y argentina abordan el tratamiento de la responsabilidad médica, lo que permitirá tener una referencia de tres naciones con las que la legislación colombiana tiene aspectos coincidentes. Posteriormente, se aterriza la temática al plano nacional, donde se evidenciarán algunas debilidades que ha tenido la jurisprudencia colombiana en el tratamiento igualitario de la responsabilidad médica en casos similares, en aras de no crear inseguridad jurídica, y cómo el régimen de seguridad social en salud ha supuesto cambios en la relación médico-paciente.

Finalmente, en el último capítulo denominado "***El régimen autónomo de responsabilidad civil médica***", se presenta una propuesta que supera la clásica distinción de la responsabilidad en contractual y extracontractual en casos de la relación médico-paciente, la cual logra superar el estándar comparativo de la culpa desde el modelo ideal de conducta y concibe una valoración de los derechos de los pacientes como parte integral del sistema de salud. Para tal efecto, se acude a un

criterio de imputación normativo, en el que la antijuridicidad del daño juega un papel determinante para atribuir su reparación a quien ha incumplido los deberes expresados en la ley, la jurisprudencia y en el estado actual de la ciencia médica; haciendo un especial énfasis en la posibilidad de que esta imputación normativa sea atribuida a los nuevos actores en la relación médica.

Con el contenido descrito, esta investigación pretende dar cuenta del panorama actual de la responsabilidad civil médica en Colombia, a fin de evidenciar que la clasificación dual se justifica desde sus aspectos diferenciales; sin embargo, en los casos de daños surgidos en el curso de la relación médico-paciente las obligaciones del médico tienen un contenido diferente a las generales, por tal razón no se justifica una distinción entre ellas. Esta circunstancia abre paso a una propuesta que invita a repensar la responsabilidad civil médica con un régimen jurídico propio y diferente al general, brindando a la comunidad académica una herramienta que se centra en la raíz del régimen actual.

I. LA CONCEPCIÓN DUALISTA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En este capítulo se presentará de manera general la responsabilidad civil, su clasificación y su relación con la responsabilidad médica, desde la perspectiva de la evolución en el ordenamiento jurídico patrio, a fin de que el lector identifique las coincidencias, diferencias, ventajas y desventajas de una clasificación dual de la responsabilidad o de una visión unitaria de la misma en materia de responsabilidad médica. Resulta relevante advertir que ante los casos de negligencia en la prestación de los servicios de salud se aplica el régimen general de responsabilidad, con todas sus bondades y desventajas.

1. La responsabilidad civil médica contractual y extracontractual

El ordenamiento jurídico colombiano no consagra un régimen especial de responsabilidad médica que se aplique a los casos de daños surgidos en la relación médico-paciente, por lo que las reglas legales aplicables a este tipo de situaciones son las de carácter privado, es decir las tradicionales de responsabilidad civil contractual y extracontractual que dispone el Código Civil colombiano en los artículos 1604 y 2341, respectivamente.

En efecto, Colombia se ha caracterizado por seguir la tesis dualista que es la concepción clásica de la responsabilidad, la cual aboga por la existencia de dos regímenes de responsabilidad: contractual y extracontractual, a partir del estudio de sus diferencias, concluyendo que las mismas son significativas y existen entre ellas

elementos estructurales independientes que no permiten lograr la unicidad de la materia. Esta tesis es defendida por importantes autores tradicionales, como los Hermanos Mazeud, Trezegnies, Diez-Picazo¹.

Sin embargo, con el paso de los años se ha venido estructurando una línea doctrinal enfocada en una concepción monista de la responsabilidad civil, también conocida como tesis unitaria. Esta tesis plantea que, entre los dos regímenes de responsabilidad civil no existen diferencias sustanciales y en el fondo tienen un mismo objetivo que consiste en el resarcimiento del daño y, así mismo, comparten los requisitos básicos para la existencia de la responsabilidad: hecho dañoso, daño y nexo causal.

Los seguidores de la postura monista exponen que la distinción entre las dos responsabilidades es innecesaria e inconveniente, debido a las diferencias en principios del derecho de la responsabilidad civil como el de indemnización integral o no causar daños a otros; sino a asuntos conceptuales que bien podrían matizarse sin que traumatice el ordenamiento jurídico². En este sentido, Santos³ asegura que quienes defienden esta tesis cimientan en el *neminem laedere* el sustento de ambas esferas de la responsabilidad civil.

¹ ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad civil: la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 154.

² *Ibíd.* p. 156

³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad civil. Parte general. Bogotá: Temis, 2012. p. 199.

De acuerdo con Fernández⁴, en Colombia, al igual que en Francia, existe una dualidad de jurisdicciones que conocen de procesos de responsabilidad médica: por un lado, la ordinaria en su especialidad civil en cabeza de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que conoce de los procesos en los que son parte los particulares, sean médicos, EPS o IPS privadas, casos en los que la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. Por el otro lado, se encuentra la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza del Consejo de Estado, que conoce de los casos en los que el Estado es parte, bien sea que se trate de Empresas Sociales del Estado o EPS públicas que sean demandadas, dado que la relación del Estado y el paciente tiene un carácter estatutario por derivarse la prestación de un servicio público, en este caso de salud, que impide la existencia de una relación contractual; por lo que la responsabilidad es siempre extracontractual.

Desde el año 1940 la Corte Suprema de Justicia⁵ ha establecido la recepción del sistema dualista de responsabilidad, que en materia médica se caracteriza por ser predominantemente contractual, debido a que, entre el médico y el paciente, por regla general, media un contrato de prestación de servicios profesionales y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro. No obstante, existen casos que escapan de esta regla general y en los cuales se debe aplicar la responsabilidad civil extracontractual, tesis ratificada en sentencias más recientes como la 2001-00778-01 del 08 de agosto de 2011, con ponencia del

⁴ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica. Responsabilidad médica: problemas actuales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 463.

⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia sin número. (05 de marzo de 1940). M.P.: Liborio Escallón.

magistrado Pedro Octavio Munar Cadena⁶, y la SC10261-2014 del 04 de agosto de 2014, con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco⁷.

En la referida sentencia de 1940, la Corte Suprema indica que existen excepciones a la responsabilidad contractual en materia médica, un ejemplo de ello es el caso de una intervención quirúrgica urgente a fin de preservar la vida de una persona en estado de inconsciencia. La relación a tratar será extracontractual ante la inexistencia de voluntad del paciente. También será extracontractual en el caso de que el heredero de un paciente fallecido exija reparación de sus propios perjuicios, debe entenderse que no media un contrato entre el demandante y el demandado y que dicha reclamación se hace *iure proprio*⁸.

La Corte Constitucional de Colombia⁹ ha tenido oportunidad de tomar partido en el asunto, considerando que la tesis dualista clasifica la responsabilidad en contractual y extracontractual, consistiendo la primera en la obligación de indemnizar que adquiere aquel que ocasiona perjuicio a otro debido al incumplimiento, cumplimiento defectuoso o imperfecto de un contrato o convenio; y la segunda, en el deber de asumir las consecuencias económicas de una conducta nociva, sin que medie entre los sujetos una relación jurídica previa. No obstante, afirma la Corte Constitucional en el mismo proveído que no existen en el fondo

⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número 2001-00778-01. (08 de agosto de 2011). M.P.: Pedro Munar Cadena.

⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número SC10261-2014. (04 de agosto de 2014). M.P.: Margarita Cabello Blanco.

⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número 11001-3103-035-1999-02191-01. (09 de julio de 2010) M.P. William Namén Vargas. P. 20.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1008. Expediente D-8146. (09 de diciembre de 2008). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

diferencias importantes en cuanto a los elementos, pues en ambos casos la culpa sigue siendo el elemento estructural para generar la responsabilidad, pese a que se acepte que en materia extracontractual la culpa no es objeto de graduación, cosa que si ocurre en materia contractual.

A nivel legislativo, la Ley 23 de 1981, "*por la cual se dicta normas en materias de éticas médicas*", dispone en el artículo 5º que la relación médica puede originarse: "1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes. 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia. 3. Por solicitud de terceras personas. 4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública". Ello deja entrever que no siempre se necesita de un acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente para el surgimiento de la relación médico-asistencial.

Es importante resaltar que, a pesar de que durante décadas se discutió sobre el origen de la relación médica, en especial sobre la verdadera naturaleza del contrato si era mandato, contrato de arrendamiento de servicios, contrato de obra, contrato de trabajo, contrato mixto o un contrato de prestación de servicios, hoy por hoy, la discusión ha sido superada en el sentido de que "la relación jurídica hunde sus raíces, de ordinario, en un negocio jurídico de estirpe contractual"¹⁰, de ahí que la responsabilidad médica sea mayoritariamente contractual.

¹⁰ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica – la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

De esta manera, García¹¹, en materia de responsabilidad contractual, concluye que la obligación de reparar el daño nace del incumplimiento de un deber jurídico determinado y establecido previamente en virtud de una relación jurídica obligatoria; mientras que la responsabilidad extracontractual es fruto de la inobservancia del deber genérico consagrado en el artículo 2341 del Código Civil de no causar daño a otro y, en caso de que se desconozca, entonces se está obligado a reparar el daño causado, por ello no requiere de la existencia de un vínculo previo entre los sujetos.

En este orden de ideas y de acuerdo con García¹², la responsabilidad civil médica constituye un supuesto particular de la responsabilidad profesional. Es así que, independientemente del nacimiento de la relación médico-paciente (contractual o extracontractual), el galeno debe responder ante la existencia de un daño fruto del ejercicio médico asistencial, siempre y cuando se logren demostrar todos los elementos de la responsabilidad.

A continuación, se analizarán las diferencias y semejanzas de los dos regímenes, desde una mirada de la responsabilidad civil general para luego observar lo que ocurre en el campo de la medicina.

¹¹GARCÍA HAUYAMA, Juan. Responsabilidad civil de los médicos. En: *Derecho y cambio social*, 2010. Año 7, nro. 21. p. 1-12 [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5501003>. ISSN-e 2224-4131.

¹² *Ibíd.* p. 2

1.1. Elementos diferenciales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual

Las diferencias básicas aludidas por la doctrina para sostener el argumento de dos regímenes de responsabilidad, están basadas en los conceptos de culpa, prescripción, capacidad para ser responsable, solidaridad en la reparación, extensión del monto indemnizable, jurisdicción y competencia¹³.

Santos aporta a la discusión incluyendo elementos que diferencian ambos regímenes de responsabilidad como lo son: "la función de la obligación preparatoria de cada responsabilidad, la constitución en mora, la carga de la prueba, grados de culpa, extensión de los perjuicios, imputación de la responsabilidad y competencia"¹⁴.

En primera medida, y como previamente se mencionó, la diferencia más marcada tiene que ver con el origen de la responsabilidad, ya que la contractual tiene como presupuesto la existencia de un acuerdo de voluntades previo (contrato), mientras que en la extracontractual no existen vínculos previos entre las partes. Consecuencia de ello, es que las causas de una y de otra devienen de instituciones jurídicas diferentes, ya que en la contractual la causa es el acuerdo de voluntades o, mejor dicho, su incumplimiento, mientras que en la extracontractual el origen de la responsabilidad deviene de la ley¹⁵.

¹³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá: Legis, 2017. p. 64.

¹⁴ SANTOS BALLESTEROS. Op. Cit., p. 205

¹⁵ *Ibíd.*

En esta investigación se desarrollará la graduación de la culpa, la extensión de la reparación y la solidaridad, debido a que son los elementos que más marcan las discusiones para mantener los dos regímenes. Sin embargo, en el desarrollo de ello se podrá evidenciar que en materia de responsabilidad médica estas discusiones no tienen cabida, pues la tendencia está orientada a moderar la distinción en los casos de daños en la relación médica, ya sea con una propuesta de unificación de los dos sistemas o de un régimen autónomo de responsabilidad médica. Todo lo cual, aporta para el objetivo general de esta investigación.

a. La graduación de la culpa y la extensión de la reparación

Uno de los elementos de la responsabilidad civil es la imputación del hecho, ya sea subjetiva u objetiva, cuya base en sí misma es el elemento culpa orientado a si esta debe probarse, se presume o si no es necesario ese criterio subjetivo y se pasa a un ámbito de presunción de responsabilidad por la misma actividad que se realiza, como ocurre en el campo de las actividades peligrosas.

Ha sido tan importante el elemento culpa que en desde sus inicios la responsabilidad civil en Colombia estuvo estructurada sobre este elemento como una válvula de cierre del sistema de responsabilidad bajo el dogma de “no hay responsabilidad sin culpa”. Posteriormente, y en virtud del avance de la sociedad y la aparición de nuevos daños que no eran fruto de una intervención dolosa o negligente, emergieron algunos supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa¹⁶.

¹⁶ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. En: *Opinión Jurídica*, 2017. Vol. 6, nro. 11. p. 134-2007. [Consultado: 11 de octubre de 2021].

La culpa en sede extracontractual es definida de forma general como “un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”¹⁷. De ahí que se afirme que el examen de la culpa extracontractual se debe realizar desde una valoración en concreto y no en abstracto, comportando así un juicio de reproche determinado de acuerdo con la situación fáctica que se presenta, las costumbres y las vivencias y forma de vida de una sociedad determinada. Por ello, no es viable hablar de una culpa desde un concepto absoluto y aplicable como un principio general para todos los casos, ya que cada situación deberá estudiarse en concreto para que realmente se puede analizar ese elemento subjetivo y la situación fáctica que la gobierna¹⁸.

La culpa en materia extracontractual es general, no hay diferenciación y se encuentra al mismo nivel que el dolo, sin que tampoco exista una diferencia en el monto de la indemnización del daño ocurrido con base en una valoración subjetiva de la situación en concreto. De acuerdo con Diez- Picazo¹⁹, en los sistemas francés e italiano en materia extracontractual no existe distinción entre la culpa grave, leve y levísima, debido a que los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés y el 1152 del italiano no hacen distinción alguna.

Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302007000100008&lng=en&tlng=es.

¹⁷ MAZEAUD, Henry; MAZEUD, León y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad civil y delictual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. p. 85.

¹⁸ MANTILLA ESPINOSA. Op. Cit., p. 134

¹⁹ DIEZ PICAZO, Luis. La responsabilidad civil hoy. En: *Anuario de derecho civil*, 1979. Vol. 32, nro. 4. p. 727-738. [Consultado: 18 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/133158>

Por su parte, en Colombia, el artículo 2341 del Código Civil no realiza la graduación de la culpa en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Por otra parte, en materia extracontractual no existe diferencia para efectos de la determinación y cuantificación del daño en los casos de dolo o culpa del demandado, debido a que la indemnización es siempre la misma sin importar el título de imputación.

En desarrollo de la temática, Koteich²⁰ señala que, en materia de responsabilidad civil contractual, existen tres tipos abstractos de comparación, mientras que en materia extracontractual existe solo uno, que es el modelo de conducta del hombre diligente y prudente situado en las mismas circunstancias externas que el autor del daño. Estas son las razones por las cuales se dice que en materia de responsabilidad civil extracontractual no se aplica la graduación de la culpa prevista en el artículo 63 del Código Civil, las cuales alcanzan importancia al armonizarlas con el artículo 1604 *ibídem* que contempla el grado de diligencia exigible de acuerdo con la utilidad que el contrato presta para las partes y con el artículo 1616 de la misma obra que establece que en caso de dolo el deudor debe responder hasta por los perjuicios no previsibles al momento de la suscripción del contrato.

²⁰ KOTEICH, Milagros. Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación. En: *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 175-192. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/309319042_Responsabilidad_contractual_y_aquiliana_Revisi%u00f3n_de_una_distinci%u00f3n_tradicional_con_base_en_la_culpa_y_su_graduaci%u00f3n?enrichId=rgreq-d3864d6de9b0abbcb381e3a14e7cc18d-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwOTMxOTA0MjtBUzo0MTk0Nzk4MTgzOTE1NTJAMTQ3NzAyMzE5MDI5Mg%3D%3D&el=1_x_2&esc=publicationCoverPdf

Por su parte, la responsabilidad civil contractual parte de un incumplimiento de la prestación, ya sea total o parcial, desviando el acuerdo de las partes, dando paso a una serie de daños derivados de la no realización de lo acordado. Por eso, es viable afirmar que la culpa es un elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones donde se exige la diligencia del deudor²¹.

La responsabilidad civil contractual no se basa en una sola noción de culpa o en una culpa general, sino que el legislador ha previsto una clasificación tripartita de la culpa o también conocida como graduación de la culpa que genera diferencias en la extensión de la reparación, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 63 del Código Civil, a saber:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

²¹ PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. En: *Revista de derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008. Nro. XXXI. p. 257. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n31/a05.pdf>

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a otra persona o a la propiedad de otro

De esa clasificación tripartita se puede concluir que la conducta del deudor de una prestación se examina para establecer responsabilidad atendiendo al beneficio que el contrato reporte a las partes, es decir, en algunas ocasiones responderá por culpa leve, en otras por culpa grave y otras veces por culpa levísima²².

Lo anterior se armoniza con el artículo 1604 del mismo Código que predica la graduación de la culpa de acuerdo con el beneficio que preste el contrato para las partes en los siguientes términos:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

En materia contractual, resalta el artículo 1616 del Código Civil, que establece que cuando el daño se ha cometido con dolo, se responde hasta por los perjuicios imprevisibles en los siguientes términos: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo

²² MANTILLA ESPINOSA. Op. Cit., p. 133

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”²³.

Así entonces, en la responsabilidad civil contractual el deudor incumplido debe responder aún por los perjuicios imprevisibles al momento de la suscripción del contrato cuando actúa con dolo; caso diferente a cuando actúa con culpa, pues en estos casos solo se pueden reclamar los perjuicios previsibles.

En contraste, en sede extracontractual son objeto de reconocimiento los perjuicios directos, previsibles o imprevisibles, sea que el autor haya actuado dolosa o culposamente. Aquí se evidencia una importante diferencia en torno al tratamiento de la actuación culposa con respecto a los dos tipos de responsabilidad civil.

La clasificación tripartita de la culpa ha sido cuestionada por algunos estudiosos del derecho bajo el entendido de la complejidad que genera establecer ese juicio de valor para distinguir personas diligentes y ultra diligentes. En ese sentido, Montoya²⁴ se refiere al asunto indicando que ella se aplica en casos de responsabilidad civil contractual, con lo cual se genera una falsa claridad que muchas veces resulta más ingeniosa que práctica, debido a que es incompatible con la equidad, lo que eventualmente puede generar soluciones distintas a circunstancias similares en razón a que corresponde al juez la valoración de la culpa en cada caso.

²³ Ibid.

²⁴ MONTOYA PÉREZ, Guillermo. De la culpa en el campo del acto jurídico. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1994. Nro. 94. p. 60. [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5620591>. ISSN 0120-3886.

Otra crítica que se hace a la graduación de la culpa la justifica Montoya²⁵, indicando que la obligación del deudor en la conservación de la cosa debe valorarse según el objeto del contrato, debido a que los medios de conservación dependen de él. Por esa razón, no se le puede exigir al deudor el empleo de cuidados más allá de los que son razonables. Por estas razones el Código de Napoleón consagró una sola culpa en materia de responsabilidad civil contractual y la redujo a una simple comparación entre la conducta del deudor incumplido y una conducta tipo de una persona en las mismas circunstancias.

b. La solidaridad

De acuerdo con Jordano²⁶, las obligaciones solidarias tienen como característica la existencia de varias personas en alguno de los extremos de la relación obligacional que, en el caso de solidaridad pasiva, esto es la existencia de varios sujetos en el extremo deudor, bien podría repetir el deudor que paga en contra de quien ha dado lugar al surgimiento de la obligación. Siendo así, la obligación es única, pero existe una pluralidad de sujetos y una unidad de objeto, de manera que con el pago de uno solo de los obligados se libera a la totalidad de los deudores de la obligación.

La doctrina asegura que la solidaridad en materia de responsabilidad civil contractual tiene un tratamiento distinto con respecto al de la responsabilidad civil

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ JORDANO BAREA, Juan. Las obligaciones solidarias. En: *Anuario de derecho civil*, 1992. Vol. 45, nro. 3. p. 847-874. [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46780>. ISSN 0210-301X.

extracontractual. De acuerdo con Tamayo²⁷, en materia contractual no existe el principio general de solidaridad entre deudores de obligaciones divisibles, solo de manera excepcional en los casos previstos en el artículo 1568²⁸ del Código Civil, por tanto, solo en caso de pacto en contrario esta se aplica. Mientras que el artículo 2344 del Código Civil sí consagra el principio de solidaridad para obligaciones surgidas en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Santos²⁹ diferencia la solidaridad negocial, la cual se genera precisamente por el acuerdo de voluntades, de la solidaridad en la responsabilidad civil que surge por mandato de la ley, la cual se presenta en los casos de concurrencia de culpas de varios sujetos sobre un mismo objeto, sin importar la naturaleza contractual o extracontractual de la culpa.

La solidaridad pasiva en materia de responsabilidad civil extracontractual se encuentra fundada en el artículo 2344 del Código Civil, la cual, en términos de Fernández³⁰, se ha ampliado a los casos de responsabilidad civil contractual, debido a que la unidad de objeto prestacional y la relación existente entre los codeudores y de estos con el acreedor resultan determinantes en la estructura y vínculo obligacional, lo cual no duda esta autora en calificar de positivo, en razón de que

²⁷ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 23- 45

²⁸ El artículo 1568 del Código Civil establece: “en general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”.

²⁹ SANTOS BALLESTEROS. Op. Cit., p 217

³⁰ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica. La responsabilidad médica en la especialidad civil. Bogotá. P. 71. Disponible en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>

permite superar la desigualdad existente en los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual.

En reciente jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia³¹ ha ratificado que el espectro de la solidaridad se ha ampliado. Ya no solo se trata de obligación *in solidum* prevista originalmente en el artículo 2344 del Código Civil, sino que se ha ampliado a los denominados casos de solidaridad “en mano común” o “*consorcial*”, en la que varios sujetos actúan con acuerdo previo en un solo hecho dañoso y a los casos en los que varios sujetos actúan sin acuerdo en varios hechos dañosos.

De otro lado, en el caso de la responsabilidad solidaria existente entre las EPS y sus prestadores de servicios de salud, la Corte Suprema de Justicia³² ha considerado que ella se fundamenta en el artículo 48 Constitucional que consagra la seguridad social como un servicio público, que se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que su prestación debe ser adecuada, oportuna y eficiente, que conforme a la Ley 100 de 1993 fue confiado a las EPS quienes deben garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a sus afiliados. Por tanto, cuando no se cumplen las condiciones descritas, surge la solidaridad entre los demandados por la prestación deficiente de los servicios de salud.

³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4204-2021. (22 de septiembre de 2021) M.P.: Álvaro García Restrepo.

³² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5199-2020. (12 de enero de 2021). M.P.: Álvaro García Restrepo.

En otra decisión, la Corte Suprema de Justicia³³ ratifica que existe responsabilidad solidaria de las EPS por los daños causados a sus afiliados por parte las IPS u otros profesionales cuando media una relación contractual entre estas, de manera que todos son solidarios frente al paciente o sus familiares cuando exista una prestación deficiente, irregular, inoportuna o lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*.

Son todas estas las razones por las cuales en materia de responsabilidad médica no interesa el origen contractual o extracontractual de la responsabilidad civil para que en caso de que se cumplan los requisitos surja solidaridad entre las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, frente a los daños sufridos por sus pacientes. De esta manera, con fundamento a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia³⁴, se enfatiza que el propósito de la solidaridad es garantizar la reparación integral de los perjuicios al afectado.

1.2. Elementos comunes en la responsabilidad civil contractual y extracontractual

Tamayo³⁵ señala que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual suponen que exista un comportamiento del demandado, que el

³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3919-2021. (08 de septiembre de 2021) M.P.: Aroldo Quiroz Monsalvo.

³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4204-2021. (22 de septiembre de 2021) M.P.: Álvaro García Restrepo.

³⁵ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 39.

demandante haya sufrido un perjuicio, que exista un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño y que haya, en algunos casos de responsabilidad, el elemento culpa. Es decir, los dos tipos de responsabilidad civil comparten los elementos axiológicos para predicar su configuración.

La *conducta del demandado* se refiere a la actuación positiva o negativa del causante del daño. Es decir, puede provenir de una acción o de una omisión, por eso será activa en los casos de cumplimiento defectuoso o imperfecto, u omisiva en los casos de incumplimiento tratándose de responsabilidad civil contractual o el comportamiento del causante del daño de no realizar una conducta exigida como un deber general de actuar y a partir de la cual se hubiese evitado el daño, ello tratándose de la responsabilidad extracontractual directa³⁶.

De acuerdo con Peirano³⁷, el elemento *culpa* comprende tres dimensiones diferentes a saber, dolo, culpa y negligencia. Juntas constituyen el elemento psicológico o subjetivo de la responsabilidad de manera general.

La culpa puede ser descrita como un error de conducta en el que, bien sea por negligencia, imprudencia, impericia o la violación de un deber de cuidado, incurre una persona de acuerdo con la comparación del modelo ideal de conducta previsto en el artículo 63 de Código Civil, aplicable a la responsabilidad civil contractual.

³⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Madrid: Editorial Dykinson. 2001. p. 238- 242.

³⁷ PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis. 2004. p. 317.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia³⁸, la culpa ha llegado a ser considerada como el elemento estructural de la responsabilidad civil en Colombia en el régimen general, aspecto tocado recientemente por la Corte Suprema de Justicia³⁹ cuando expresó que la regla que impera en el ordenamiento jurídico patrio es que el fundamento de la responsabilidad civil es la culpa.

Vale la pena indicar que existen unos factores objetivos o sin culpa de atribución, como los denomina Yzquierdo⁴⁰, como el riesgo, la equidad, garantía, entre otros. Por ende, sería preferible referirse al comportamiento activo u omisivo o como bien lo desarrolla el régimen autónomo de responsabilidad médica que se presenta en esta investigación como un criterio de imputación normativo, para el caso de carácter subjetivo, debido a que se trata de la valoración del comportamiento del médico o las entidades del sistema general de seguridad social en salud a la luz de sus deberes impuestos principalmente en la Constitución, la ley y la *lex artis*, para lograr superar la simple causalidad natural hasta alcanzar la imputación jurídica de la conducta.

Otro elemento común es el *daño*, que como lo entiende Peirano Facio⁴¹ se trata del menoscabo de un derecho que sufre una persona. Este es de carácter patrimonial, y aun en los casos de daño moral se cuantifica en dinero su reparación⁴².

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sentencia C-1008. Op. Cit.

³⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3604-2021. (25 de agosto de 2021) M.P.: Luis Rico Puerta.

⁴⁰ YZQUIERDO TOLSADA. Op Cit., p. 109- 141

⁴¹ PEIRANO FACIO. Op. Cit., p. 360

⁴² Ibidem.

Actualmente han surgido desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) medidas de reparación diferentes a las pecuniarias, tales como el acto de pedir perdón, levantar un símbolo del reconocimiento, entre otras, las cuales son denominadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³ como medidas de satisfacción. Un ejemplo de ello se dio en el caso *Mapiripán Vs Colombia*, donde se condenó al Estado a realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional. La disculpa del Estado, la publicidad de los hechos y la conmemoración estaban destinados a la recuperación de la memoria histórica como mecanismo para el esclarecimiento de los hechos y de dignificación de las víctimas.

Una característica que comparten las dos clases de responsabilidades civiles es la exigencia del requisito del *nexo de causalidad* entre la conducta y el daño para la configuración de la obligación de reparar, lo que supone un ligamen de causa y efecto entre daño y la conducta del ofensor⁴⁴.

En cuanto a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, a ella se refiere Jalil⁴⁵, indicando que tanto la contractual como extracontractual tiene un mismo objetivo que consiste en la reparación del daño que busca garantizar que la víctima o sus familiares no queden desamparados y dejarlos en la medida de lo posible en

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. (15 de septiembre de 2005).

⁴⁴ *Ibíd.* p. 408.

⁴⁵ JALIL, Julián Emil. Principios del derecho civil en el plano del ejercicio de la medicina. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2020. p. 74.

un estado igual o semejante al anterior al que se encontraban antes de la producción del hecho dañoso.

Todas esas razones son tomadas por quienes defienden la teoría de la unicidad para concluir que en el fondo la responsabilidad civil es una sola y que la clasificación dual de la responsabilidad no tiene utilidad práctica. Como bien lo reconoce González⁴⁶, la distinción entre ellas es relativizada por la aplicación del principio *pro actione*⁴⁷, debido a que frente a quien causa el daño ambas son compatibles, de manera que la víctima del daño puede optar por reclamar entre una o la otra con fundamento en el principio *iura novit curia*⁴⁸, dado que el juez no puede desestimar las pretensiones bajo la excusa de que era aplicable una en particular y no la otra, pues es darle prevalencia al derecho procesal sobre el derecho sustancial, viéndose afectadas por ende las garantías subjetivas de las personas y desconocidos intereses dignos de reparación.

Al respecto, la Corte Suprema Justicia⁴⁹ ha expuesto que “en materia de interpretación de la demanda, dijo más recientemente, ‘la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el

⁴⁶ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut. Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas. En: *Anuario Jurídico y económico Escurialense*, 2013. Nro. 46. p. 203- 214. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182108>. ISSN 1133-3677.

⁴⁷ De acuerdo con PEMAN GAVI, Juan María. Algunas manifestaciones del principio “*pro actione*” en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de administración pública*. Núm. 104, 1984. p. 245- 282. el principio *pro actione* implica que en los procesos se preferirá la interpretación más favorable a las posibilidades del demandante.

⁴⁸ El principio *iura novit curia* consiste en que el juez de forma autónoma puede decidir la calificación jurídica y la norma aplicable al caso, solo limitado por las oportunidades de las partes a ejercer su defensa.

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC7020-2014. (5 de junio de 2014). M.P.: Ruth Marina Díaz.

tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte”.

Si bien la Corte Suprema de Justicia⁵⁰ había advertido que el juez no goza de absoluta libertad para decidir el asunto puesto a su consideración, debido a que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones debidamente probadas, pues de lo contrario estaría actuando bajo una causal de casación prevista para corregir este yerro. En este caso no puede el fallador decidir con reglas de la responsabilidad contractual un asunto en el que se demandó responsabilidad civil extracontractual. Posición que ha sido reconsiderada por el alto tribunal.

Es así como de manera más reciente la Corte Suprema de Justicia⁵¹ ha reiterado que el Juez conoce el derecho y por tanto le corresponde interpretar sistemáticamente la demanda para adecuar el proceso al régimen de responsabilidad civil aplicable al caso concreto.

1.3. Los regímenes contractual y extracontractual en la responsabilidad civil médica

El tratamiento de los casos de responsabilidad civil médica en Colombia comenzó con una notoria e importante evolución hacia el año 1940 desde la órbita

⁵⁰ COLOMBIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA. Expediente 77185. (19 de abril de 1993) M.P. Pedro Lafont Pianeta.

⁵¹ COLOMBIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA. Sentencia SC780-2020. (10 de marzo de 2020) M.P. Ariel Salazar Ramírez.

jurisprudencial con la sentencia del 05 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia⁵², donde se acogió la clasificación francesa de las obligaciones de medio y de resultado para aplicarlas directamente a la relación entre los profesionales de la medicina y los pacientes con el propósito de eludir la compleja presunción de culpa que se deriva de la aplicación directa del artículo 1604 para el caso de la responsabilidad civil contractual donde “la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Es así como la Corte Suprema de Justicia acogió en esta sentencia la tesis según la cual los profesionales no solo están obligados conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil previstas en el artículo 2341 y siguientes del Código Civil, sino también conforme a aquellas que dominan la materia del incumplimiento, es decir aquellas reglas que gobiernan su profesión.

Hay que destacar que en Francia para evitar la presunción de culpa contenida en el Código Civil se introdujo la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en la jurisprudencia a través del llamado fallo *Mercier* de 1936⁵³. Esto permitió que la obligación del médico sea considerada como del primer tipo y que desde esa época el alto tribunal francés concibiera la responsabilidad médica como de naturaleza contractual, sin que la presunción de culpa recaiga sobre el demandado ante la falta de curación del paciente, lo que en el caso colombiano

⁵² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Sentencia sin número. (05 de marzo de 1940). M.P.: Liborio Escallón.

⁵³ El fallo *Mercier* de la Corte de Casación de Francia de fecha 20 de mayo de 1936, célebre por considerar que la responsabilidad del médico es de naturaleza contractual, en el que la obligación del galeno era de medio y por tanto corresponde al demandante demostrar la culpa.

supuso la inaplicación de la regla que en ese sentido contiene el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil. Cabe resaltar que en Colombia solo desde la expedición de la Ley 1438 de 2011 se introduce la regla expresa que contempla como regla general las obligaciones médicas como de medios.

El profesor Pérez⁵⁴ enseña que las obligaciones de medio tienen por objetivo que el obligado ponga a disposición de su acreedor las condiciones adecuadas para conseguir el fin perseguido, por lo que no se obliga a un resultado específico, sino a prestar su esfuerzo, diligencia y cuidado al servicio del deudor. En efecto, los profesionales de la salud, por el tipo de profesión que ejercen, tienen este tipo de obligación, razón por la cual no se aplica la regla general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1604 del Código Civil.

Ahora bien, más allá de los problemas relacionados con la distribución de la carga de la prueba, el real aporte de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es clarificar cuándo existe incumplimiento contractual y la función que debemos asignar a la culpa. Tanto en las obligaciones de medio como aquellas de resultado el hecho generador de responsabilidad es el incumplimiento. Al respecto Peñailillo⁵⁵ señala que “para precisar qué se entiende por incumplimiento, o cuándo se incumple, es para lo que surge la utilidad de la distinción. La de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al que se

⁵⁴ PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Tomo III. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, 2011. p. 174.

⁵⁵ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 40.

comprometió. En la obligación de medio la situación es más compleja. Como principio, la obligación está incumplida cuando el deudor no se ha comportado con la diligencia debida”.

Como bien apunta Martínez⁵⁶, la obligación surgida para el galeno en virtud del contrato de prestación de servicios médicos es una obligación de hacer consistente en la aplicación de actos terapéuticos, los cuales debe prestar de manera ética y con el cuidado y diligencia que su arte le exige, sin que pueda de manera alguna garantizar la curación del paciente, debido a que el alea terapéutico implica que pese a la prestación eficiente de los servicios médicos pueden sobrevenir para el paciente circunstancias negativas que no se pueden prever.

En razón de lo anterior, Delgado⁵⁷ concluye que el criterio de imputación en materia de responsabilidad profesional sigue siendo la culpa, como un sistema de carga de la prueba para el demandante, con la *lex artis* como criterio valorativo de la conducta del demandado. Esto en abierta contradicción con lo expuesto en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil que otorga la carga de la prueba de la culpa al demandado o, en términos de Pizarro⁵⁸, en la responsabilidad contractual se presume la culpa del deudor. Ello implica que el sistema tiende hacia la responsabilidad objetiva, por lo que le corresponde al demandante demostrar la

⁵⁶ MARTÍNEZ CARDENAS, Betty Mercedes. Análisis de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos. En: *Revista Estudios Socio- Jurídicos* 11, 2009. p. 181- 202.

⁵⁷ DELGADO LONDOÑO, Catalina. Hacia la construcción de la noción de culpa de los administradores en el ámbito de la responsabilidad civil. Monografía para optar por el título de Magister en derecho. Universidad Eafit. p. 32.

⁵⁸ PIZARRO WILSON. Op. Cit., p. 255- 265

existencia de la obligación para trasladar al demandado la tarea de demostrar su propia diligencia, regla que corresponde a los casos de las obligaciones de resultado. Se refiere Pizarro⁵⁹ al artículo 1547 del Código Civil chileno, que es el equivalente al 1604 del Código Civil colombiano.

En este sentido y debido a que a las obligaciones de medio se les aplica un sistema de culpa probada por parte del acreedor, que es quien alega el incumplimiento, lo que supondría que la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado tendrían como propósito solucionar el problema en determinar en cuando existe incumplimiento contractual y que función cumple la culpa en ello, pues dejaría entrever realmente el alcance del contenido de las obligaciones y determinar el comportamiento que deben asumir las partes en una determinada relación al especificar el alcance del contrato y las reglas particulares que hayan establecido las partes.

El argumento anteriormente expuesto fue valorado por la Corte Suprema de Justicia⁶⁰ al considerar que le correspondía al demandado demostrar su propia diligencia en el caso en el que voluntariamente se había obligado a alcanzar un resultado específico en una cirugía estética, es decir que en estas circunstancias se aplica la regla del artículo 1604 del Código Civil.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia 2005-00025. Expediente 20001-3103-005-2005-00025-01. (05 de noviembre de 2013) M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

1.4. Obligaciones del médico

La Corte Suprema de Justicia desde 1940 ha considerado que la responsabilidad médica es preponderantemente contractual, debido a que la obligación del profesional es de hacer, en la que además de las reglas contenidas en el acuerdo de voluntades, también se aplican los principios técnicos y científicos de su profesión, es decir la *lex artis*. Hoy en día la regla que indica que la obligación del médico es de medio se ha extendido a la responsabilidad civil extracontractual, de allí la importancia de la sentencia de 1959 del mismo Tribunal para esta investigación, debido a que en ella la Corte Suprema plantea la doctrina según la cual la obligación del médico es de medio también en los casos de responsabilidad extracontractual, posición por demás ratificada recientemente por la Corte Suprema de Justicia⁶¹.

Pérez Vives⁶² enseña que aun cuando el servicio prestado es gratuito, la obligación del médico es del mismo tipo. Estas son razones para que en esta investigación se concluya que en materia de responsabilidad médica no aplica la graduación de la culpa prevista en el artículo 63 del Código Civil.

Así entonces, desde 1940 la Corte Suprema de Justicia⁶³ ha considerado que en la prestación de los servicios médicos surgen obligaciones de medios, es decir,

⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4786-2020. (07 de diciembre de 2020). M.P.: Aroldo Quiroz Monsalvo.

⁶² PÉREZ VIVES. Op. Cit., p. 174.

⁶³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4786-2020. (07 de diciembre de 2020). M.P.: Aroldo Quiroz Monsalvo.

no se juzga por el resultado, sino por su actuar diligente y conforme a la *lex artis*. Esto quiere decir que el médico debe poner a disposición de sus pacientes todos sus conocimientos para tratar de curarlo y no se compromete efectivamente a ello, como regla general. Caso contrario ocurre cuando el profesional, mediante una convención expresa, se obliga a alcanzar un resultado específico o cuando el alea terapéutico se reduce por el control que tiene el profesional sobre las variables que influyen en la recuperación del paciente.

En todo caso, como bien refiere Fernández⁶⁴, quien desarrolla el tema del alea terapéutico como un límite a las obligaciones del profesional de la salud, el concepto de alea terapéutico es genérico a los conocidos como accidentes médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales, los cuales tienen en común que son accidentes no culposos generados en el curso de un acto médico, que generan al paciente un resultado adverso a la intervención galénica. Por lo tanto, se puede definir como el daño grave y anormal no atribuible subjetivamente al médico que se encuentra en los límites de los riesgos excepcionales previsibles o no y que deben ser soportados por el paciente.

En caso de presentarse la consumación de un alea terapéutico, dicho evento se encuentra por fuera del ámbito de su responsabilidad, debido a la incertidumbre, azar e incerteza inherente a la labor médica. Ello justifica la falta de garantía de un resultado específico de todo acto médico, lo que, en últimas, es la justificación para

⁶⁴ FERNÁNDEZ MUÑOZ. Op. Cit., p. 27.

que las obligaciones del médico, como regla general, sean consideradas como de medio y no de resultado.

Para la Corte Suprema de Justicia⁶⁵ tampoco resulta relevante determinar el tipo de responsabilidad civil, es decir contractual o extracontractual, debido a que la obligación del médico es por regla general de medio y no de resultado, sin importar su origen. Existen supuestos en los que la responsabilidad del médico puede ser de índole extracontractual, por ejemplo, cuando el médico ha sido impuesto al paciente o cuando un médico se niega a tratar al paciente, pese a que en principio las llamadas obligaciones de medio solo se aplicaban a los casos de responsabilidad civil contractual, su espectro se ha ampliado hasta llegar a los casos de responsabilidad civil extracontractual. Como bien lo concluye Jalil⁶⁶, esta clasificación se aplica a la responsabilidad profesional, sin atender al origen.

Por otro lado, tampoco puede imponerse al profesional de la salud la obligación de demostrar su propia diligencia o cuidado como lo prevé para el régimen general el artículo 1604 del Código Civil, ya que eso llevaría consigo la inversión de la carga de la prueba de la culpa y, como se ha insistido en esta investigación, en principio la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil corresponde al demandante en los casos de obligaciones de medio, debido a que en los casos de

⁶⁵ SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC4786-2020. Op. Cit.

⁶⁶ JALIL. Op. Cit., p. 93-106.

las obligaciones de resultado se aplica lo contenido en el artículo 1604 del Código Civil, como bien lo concluye la Corte Suprema de Justicia⁶⁷.

Es posible señalar que en la responsabilidad médica no son exigibles los milagros, ya que nadie está obligado a lo imposible. Dicho de otra manera, el médico no está obligado a lograr la recuperación del paciente sino a conocer concienzudamente su arte, de acuerdo con los progresos científicos, así como los recursos y apoyos diagnósticos con los que cuente, y ponerlo a disposición de la recuperación del paciente⁶⁸. En el régimen argentino se detalla lo que se conoce como el alea terapéutico, que no es otra cosa que aquella contingencia que puede generar un tratamiento en el cuerpo de una persona, debido a que el organismo de todos no reacciona igual ante intervenciones idénticas.

De lo anterior se deduce que no solo la obligación del médico es de medio por regla general, sino que también la prueba de la culpa en estos procesos corresponde a quien la alega, es decir, se aplica un régimen de culpa probada, en este caso por parte del demandante, que es quien reclama la consecuencia ante el supuesto de hecho previsto en la norma jurídica; por otro lado, en los casos ya citados en los que la obligación del médico es de resultado se aplica un sistema de culpa presunta, como bien lo desarrolla la Corte Suprema de Justicia⁶⁹.

⁶⁷ SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC4786-2020. Op. Cit.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

Fernández Costales⁷⁰ sostiene la tesis del acto médico dañoso en función del incumplimiento de los deberes del profesional impuestos a este en el ejercicio de su actividad, a los que se refiere así:

a. La falta de la debida diligencia: la impericia y negligencia médica, el cual resume indicando que esta se presenta en los eventos de violación de la *lex artis*, el cual contiene los eventos de violación de las normas deontología profesional.

b. Error de diagnóstico.

c. Error de tratamiento.

d. Falta de medios técnicos.

e. El incumplimiento del deber de información y ausencia del consentimiento del paciente.

f. Violación del secreto profesional.

g. Supuestos especiales: entre los cuales destaca la responsabilidad derivada de las especialidades médicas, la surgida de los ensayos terapéuticos, las derivadas de trasplantes y extracción de órganos y otros.

Además de lo anterior, para pretender una declaración de responsabilidad patrimonial, se deben probar el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre este y la conducta del demandado. Solo en la medida en que se logre probar que el

⁷⁰ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid: EDILEX, 1987. p 87- 146.

perjuicio que se reclama es resultado de la conducta culposa del médico podrá accederse a la correspondiente reparación.

De acuerdo con Llamas⁷¹, el cumplimiento de los deberes médicos son parte de las obligaciones que se deben observar en la responsabilidad contractual médica, pero también el actuar conforme a la *lex artis* en los supuestos de responsabilidad extracontractual médica, que, el referenciado autor los considera como "tipificaciones jurisprudenciales de la culpa médica"⁷².

Ahora bien, de acuerdo con Tamayo⁷³, la culpa puede ser a título de trasgresión de una norma jurídica o por violación del deber general de cuidado que incluye impericia, imprudencia, negligencia. En el caso de los profesionales de la salud, en principio, las violaciones a las reglas éticas no generan responsabilidad civil, mas si disciplinaria. Teniendo en cuenta que al médico no se le puede exigir la recuperación de un paciente, sino que se le exige actuar conforme a la *lex artis*, es decir, poner todos sus conocimientos, experiencia e instrumentos al servicio del enfermo, como bien lo concluye Llamas⁷⁴.

En estos casos, los hechos constitutivos de sanción disciplinaria equivalen a la culpa en materia civil, pues constituyen una violación a los reglamentos, lo cual es un supuesto de culpa. Pero como se ha analizado, esta conducta se puede imputar normativamente a quien la causa; y, por tanto, si generan un daño patrimonial,

⁷¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar. Madrid: Editorial La Ley, 2014. p. 266- 269.

⁷² *Ibíd.* p. 266.

⁷³ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 225- 229.

⁷⁴ LLAMAS POMBO. Op. Cit., p. 222.

cuantificable económicamente, al paciente o a sus familiares, mediando entre el actuar del profesional y el daño una relación de causalidad, entonces existirá responsabilidad civil de acuerdo con el régimen autónomo de responsabilidad médica.

Teniendo en cuenta que a los profesionales en medicina se les exige adecuar de su comportamiento conforme a la *lex artis*, es preciso entrar a definir lo que se entiende por tal. La *lex artis* es el deber de los profesionales de la medicina de actuar conforme al estado de su ciencia. De acuerdo con Fernández Sessarego y Woolcot⁷⁵, lo constituyen el conjunto de reglas y principios de estricto cumplimiento del profesional de la salud, que le permiten elegir el método o técnica más adecuada para para tratar al enfermos en la actualidad en cada caso. Por lo anterior, es posible señalar que es una forma o baremo para valorar la conducta del profesional de la medicina, de acuerdo con las reglas técnicas de la profesión, comúnmente aceptadas por la comunidad científica.

La *lex artis*, como regla valorativa de la conducta, debe atender a la especialidad de cada profesional, lo que implica que su actuar debe ajustarse a su nivel de estudio. Dicho de otra forma, a un médico general se le valorará la conducta de acuerdo con los protocolos de su nivel de estudio. En cambio, a un especialista se le exige un comportamiento conforme a la complejidad de su especialidad. No se le exigirá un comportamiento conforme a los procedimientos experimentales debido

⁷⁵ FERNÁNDEZ y WOOLCOT. Op. Cit., p. 99.

a que estos no son aceptados por la comunidad científica, según lo dispone el artículo 12 de la Ley 23 de 1981.

De acuerdo con Serrano⁷⁶, al médico le es exigible mantener actualizado su conocimiento, ya que su conducta se evalúa según el estado de la ciencia al momento de la ocurrencia del hecho o la prestación del servicio, que debe ajustarse a las particularidades de cada caso. En la actualidad, se usa de manera común la expresión de *lex artis ad hoc*, para referirse al estado actual de la ciencia médica, conforme a la especialidad de cada caso.

En igual sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó que la *lex artis* "es entendida como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica"⁷⁷. Esto confirma que esta debe ser valorada de acuerdo con cada especialidad y las circunstancias del caso.

De acuerdo con Papayannis y Pereira⁷⁸, la *lex artis* se encuentra constituida por el estándar de comportamiento y se refiere a los saberes que se definen de manera usual y comprobada de desarrollar las actividades médicas, lo cual implica el actuar conforme a los criterios aceptados, entre otros, por los denominados documentos de consenso.

⁷⁶ SERRANO ESCOBAR, Luis. Tratado de responsabilidad médica. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2020. p. 140.

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 33.920. (07 de marzo de 2012). M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

⁷⁸ PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA FREDES, Esteban. Filosofía del derecho privado. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. p. 431.

Así, como se indicó arriba, el profesional de la medicina debe actuar conforme a la *lex artis*, pues en los eventos en los que se presenten violaciones a ella y como consecuencia se genere un daño, se comprometerá la responsabilidad civil del profesional. Valga indicar que, por reglamentos médicos, se hace referencia al código de ética médica, los protocolos de atención expedidos por las entidades encargadas de ejercer la vigilancia del SGSSS en salud, protocolos de atención expedidos por las EPS e IPS y la literatura especializada comúnmente aceptada por la comunidad médico-científica.

Es preciso indicar que este comportamiento se les exige a todos los profesionales de la salud como enfermeras, odontólogos, fisioterapeutas, etc., a quienes se les evalúa conforme a cada profesión y su respectiva especialidad, tema que será desarrollado en el capítulo tercero de esta investigación, en el que se retomará desde el contexto del uso en el régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica.

1.5. Obligaciones de las entidades del sistema de seguridad social en salud

Líneas atrás se planteó, siguiendo a Serrano⁷⁹, que el contrato de prestación de servicios médicos ese caracteriza por ser *intuitio persona*, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 23 de 1981, debido a que existe una libertad de elección del

⁷⁹ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., p. 171.

médico por parte del paciente. Sin embargo, esa regla debe entenderse en el contexto del modelo de prestación de servicios de salud que en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 desarrolla los principios del SGSS en Salud.

El numeral 3.12 de dicha ley expresa la libertad de escogencia de la EPS, así como de prestadores dentro de la red de la EPS. Esto armoniza con lo que dispone el artículo 178, numeral 4, de la misma ley y el artículo 4.2 de la Resolución 4343 de 2012.

Aunque Navarro⁸⁰ señala que anteriormente existía mayor libertad de elección del profesional con el proceso de industrialización, el avance de la medicina y las nuevas tecnologías, estas se han reducido a las condiciones impuestas por la red de prestadores de las respectivas EPS y la disponibilidad de los mismos. Esto debido al nacimiento de empresas dedicadas a explotar la salud como un negocio, lo que en el fondo es el mismo problema que se ha identificado en esta investigación que es la despersonalización de los servicios de salud, que en el caso colombiano se ha evidenciado desde la entrada en vigor del régimen actual de seguridad social en salud.

En razón de lo anterior, a la hora de definir las características del contrato de prestación de servicios médicos, no podemos considerar la clasificación en *intuito persona* basada en una relación de confianza, debido a que el esquema de atención

⁸⁰ NAVARRO REYES, Daniela. La tensión de la globalización de la salud y el papel del Estado social de derecho colombiano en torno al consentimiento informado en la relación médico paciente. En: *Revista Vía Iuris*, 2018. Nro. 14. p. 11-29. [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/834>

en salud implementado por la Ley 100 de 1993 supuso el cambio de una atención personal a una atención organizacional prestada por las EPS e IPS.

De otro lado, como bien lo estudia Fernández Costales⁸¹, el acto se ha convertido en colectivo, dada la prestación de servicios de manera frecuente por parte de hospitales y de un equipo médico; que si bien es cierto el modelo de aseguramiento al que se refiere el autor es el español, en el que los servicios se encuentran prestados directamente por las entidades sanitarias, que es diferente al implementado por la Ley 100 de 1993, la reflexiones realizadas respecto a la responsabilidad hospitalaria aplican al caso colombiano para las IPS, pues son las entidades equivalentes.

Así entonces, la masificación de la atención en salud se encuentra bajo el manejo de una red organizativa que genera relaciones conflictivas entre los pacientes-usuarios y las entidades sanitarias del régimen de seguridad social, en la medida en la que la libertad de elección del paciente se ha limitado. La sujeción a condiciones específicas de atención y trámites administrativos generan inconformidad que riñe con la actividad empresarial mediada por eficiencia de los recursos, lo que, a nuestro juicio, implica que el sistema de responsabilidad civil médica se debe replantear para ajustarse a estas circunstancias⁸².

Bajo estas condiciones, el concepto de culpa individual del agente, propio de la relación médico-paciente tradicional, ha sido superado por la responsabilidad

⁸¹ FERNÁNDEZ COSTALES. Op. Cit., p. 183- 184.

⁸² NAVARRO REYES, Op. Cit. p. 11-29

anónima, orgánica, institucional y abstracta de las EPS e IPS, característico del sistema general de seguridad social en salud.

Debido a esto, en muchos casos no se puede individualizar a una persona como causante del daño, pues han sido varios los profesionales de la salud que han mediado en la atención, varios los equipos utilizados en el diagnóstico e incluso varias las instituciones que han realizado exámenes o han prestado alguna actividad en pro de la prestación del servicio médico. Así, cada una de ellas puede comprometer su responsabilidad como consecuencia de un daño causado al paciente⁸³.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia⁸⁴ ha señalado que estas entidades, que se encuentran unidas entre ellas en una relación jurídica en la que una tiene el deber legal de garantizar la prestación de los servicios y la otra se encarga de la efectiva prestación del servicio por medio de sus profesionales, tienen ante el usuario una responsabilidad solidaria cuando existe un daño imputable a alguna de ellas.

Para desarrollar la vinculación de estas entidades a la relación obligacional surgida como consecuencia de la responsabilidad médica es necesario comenzar por mencionar sus deberes.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC8219-2016. (20 de junio de 2016). M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Las EPS son las entidades encargadas de la afiliación, registro de los afiliados, recaudo de las cotizaciones, promoción de la afiliación, organización y garantía de la prestación de los servicios de salud previstos en el plan de beneficios de cada persona. Estos servicios son prestados con cargo a las unidades de pago por capitación, que es el precio promedio anual que la nación le paga a estas entidades, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 177 y subsiguientes de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con esto, estas entidades son encargadas de garantizar la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados, ya sea de manera directa o indirecta. El artículo 177 de la Ley 100 de 1993 lo predica así:

Las EPS son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

El artículo 178 de esta norma se refiere a las funciones de las EPS. Los numerales 3, 4 y 6 desarrollan esa obligación al asignarles la organización de las formas y mecanismos por medio de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios en todo el territorio.

Además, se les obliga a definir los procedimientos para garantizar el acceso a las IPS con las que ellas suscriban contratos o convenios y, por último, deben

ejercer control de la atención prestada por las IPS de Salud para garantizar que esta sea integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios.

Con lo expuesto quedan desarrollados los deberes y funciones de dichas entidades en el esquema de seguridad social en salud y, con esto, es posible indicar que este nuevo actor del sistema puede comprometer su patrimonio al momento de incurrir en responsabilidad civil médica de manera individual, como en la sentencia CS778 de 2021⁸⁵, pues, además, escogen a su red de prestadores en ejercicio de su actividad empresarial.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, las IPS son escogidas por las EPS, en el marco de las reglas anteriormente mencionadas, para prestar los servicios de salud a los afiliados dentro de su nivel de atención. Frente a ellas puede predicarse la denominada por Fernández Costales⁸⁶ como responsabilidad hospitalaria.

Estas instituciones deben responder a los principios básicos de calidad y eficiencia, entregando información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios. Se hace pertinente indicar que, normalmente, son escogidas por las EPS debido a que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1751 de 2015, estas instituciones tienen prohibido la prestación de los servicios a los usuarios cuando se trate de urgencias.

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia CS778-2021. (15 de marzo de 2021). M.P.: Francisco Ternera Barrios.

⁸⁶ FERNANDEZ COSTALES. Op. Cit. p. 181-208.

En estos casos es el usuario quien escoge a la entidad y esta no puede negarse a la prestación del servicio por prohibición expresa de la Ley Estatutaria de Salud.

Estas instituciones tienen a su cargo la prestación directa de los servicios, razón suficiente para concluir que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, la Ley 1741 de 2015 y demás normas reglamentarias son parte del SGSS en salud del país, por lo que le son aplicables las reglas de la responsabilidad de las EPS, dentro de su competencia. Así, estas son responsabilidad directa de las EPS y la atribución del daño se realiza conforme a las reglas previstas en las normas que generan para ellas deberes de acción específicos.

Los servicios de salud son prestados por las IPS, las cuales son escogidas por las EPS para conformar su red integrada de prestadores para sus afiliados de acuerdo con la oferta de servicios en cada territorio. Entre las dos tienen la responsabilidad de garantizar la carta de derechos y deberes del paciente y la carta de desempeño de las EPS e IPS, de acuerdo con la sentencia T-760 de 2008⁸⁷ de la Corte Constitucional.

Así, entonces, con la implementación del SGSS en salud se han integrado nuevos actores al contrato de prestación de servicios médicos, generando un cambio en la forma de entender las obligaciones de esta relación. Así, se pasa de una relación simple, entre el médico y su paciente, a una relación compleja del afiliado

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C760- 2008. (31 de julio de 2008). M.P.: Manuel Cepeda Espinosa.

con su médico tratante, escogido por una IPS, que a su vez es parte de una red de la EPS, que normalmente tienen unos deberes a favor de sus afiliados.

Dichos deberes surgen de la Ley 100 de 1993, la Resolución 4343 de 2012, la sentencia T-760 de 2008, la Ley 1715 de 2015, entre otras normas que hacen que las entidades deban asumir la obligación de indemnizar cuando, con su actuar, generen un daño a las personas en el marco de la responsabilidad médica.

Con esto es necesario indicar que estas entidades funcionan como un sistema integrado de organizaciones empresariales, en muchos casos con fines lucrativos, que sincronizan la prestación de los servicios de salud⁸⁸, razón suficiente para que sean consideradas sujetas a las reglas de la responsabilidad médica.

Frente a la responsabilidad civil de las IPS denominada por Fernández⁸⁹ como responsabilidad hospitalaria, existe en la Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia⁹⁰ la posición de que surge para ellas obligaciones capaces de generar responsabilidad civil en caso de su incumplimiento, siempre que se demuestren todos sus presupuestos, esta posición se ratifica en la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, mediante sentencia sustitutiva de fecha del 17 de noviembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia⁹¹ estableció que existe una responsabilidad solidaria por los daños causados a sus afiliados amparada en los principios del

⁸⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC18594-2016. (19 de diciembre de 2016). M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

⁸⁹ FERNÁNDEZ COSTALES. Op. Cit., p. 181- 208.

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5143. (08 de septiembre de 1998). M.P.: Pedro Lafont Pianetta.

⁹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Referencia 11001-3103-018-1999-00533-01. (17 de noviembre de 2011. M.P.: William Namén Vargas.

Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cual se ratificó recientemente mediante sentencia SC2769 de 2020⁹².

Es pertinente recordar que estas entidades son organizaciones empresariales que actúan como intermediarios del sistema de seguridad social en salud, que por esas actividades lucrativas que desarrollan se encuentran en mejor situación que sus usuarios, por lo que deben aplicar, en términos de Keren-Paz⁹³, un estándar de diligencia mayor al aplicable a sus usuarios e incluso a los profesionales de salud, a fin de que por medio del régimen de responsabilidad civil se alcancen los fines de la justicia distributiva y correctiva al amparo de una postura normativa, en la que la ley al atribuir los deberes de estas con sus usuarios les está exigiendo la realización de determinados comportamientos, como lo prevé el régimen autónomo de responsabilidad civil médica.

Frente a estas entidades es pertinente recordar que por su pertenencia al SGSS en salud tienen entre sus deberes la prestación de los servicios de salud. Por tanto, pueden comprometer su responsabilidad de manera solidaria frente al paciente, por actos propios o de sus prestadores, sean médicos, enfermeros, laboratorios, apoyos diagnósticos; en razón a su funcionamiento sistémico y a la relación contractual que los une.

⁹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC2769-2020. (31 de agosto de 2020). M.P.: Octavio Tejeiro Duque.

⁹³ KEREN- PAZ, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. p. 123- 183.

Ahora bien, Fernández⁹⁴ resume los supuestos de responsabilidad hospitalaria en dos grupos, el primero, la falta de cobertura y equipamiento; y, otros supuestos de responsabilidad hospitalaria, el cual incluye la falta de recepción del paciente, eso sí, debemos anotar que en el caso colombiano las instituciones hospitalarias son parte de una red de prestadoras contratadas o pertenecen directamente a las EPS.

1.6. Los derechos de los pacientes como fuente de la responsabilidad médica

El derecho a la salud se encuentra contemplado en el Capítulo 2 "*de los derechos sociales, económicos y culturales*", artículo 49 de la Constitución Nacional, aspecto suficiente para señalar que fue contemplado inicialmente como un derecho de contenido prestacional y hoy se admite la doble faceta del derecho a la salud, prestacional y fundamental, como lo ha considerado la Corte Constitucional de Colombia⁹⁵.

En un principio, frente al derecho a la salud, la Corte Constitucional de Colombia⁹⁶ desarrolló la tesis de la "*conexidad*", según la cual un derecho constitucional es exigible por vía de tutela cuando su desconocimiento afecta otros derechos de aplicación inmediata, en este caso la vida o la igualdad.

⁹⁴ FERNÁNDEZ COSTALES. Op. Cit., p. 196.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. T-760 de 2008. Op. Cit.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-328 de 1993. (12 de agosto de 1993). M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En una segunda oportunidad, la Corte⁹⁷ sostuvo que el derecho a la salud es protegido por vía de tutela cuando el sujeto que lo reclama es de especial protección constitucional, este es el caso de los niños, niñas y adolescentes o una persona en condición de discapacidad, por ejemplo. Por último, en el año 2007⁹⁸, el Alto Tribunal sostuvo que el derecho a la salud es protegido por vía de tutela como un derecho fundamental autónomo.

Desde la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, "*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*", el derecho a la salud adquirió el carácter fundamental, pero para llegar a este punto la sentencia T-760 de 2008 fue de vital importancia, entre otras razones debido a la orden que impartió a fin de que se expidiera por parte del Ministerio de Salud la carta de derechos y deberes del afiliado y del paciente en el SGSS en salud, materializada mediante Resolución 4343 de 2012.

Ahora bien, resulta importante para esta investigación desarrollar el contexto de los derechos de los pacientes y los afiliados al SGSS en Salud, debido a que, como se expondrá en su momento, las entidades que conforman el sistema que tienen la obligación de prestar o garantizar la prestación de los servicios de salud son nuevos actores en la responsabilidad médica, ya que pueden incurrir en daño directamente conforme a los parámetros normativos y entendiendo a que los derechos de los

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-396 de 1996. (22 de agosto de 1996). M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-016 de 2007. (22 de enero de 2007). M.P.: Humberto Sierra Porto.

pacientes y de los afiliados se pueden considerar como parte de la responsabilidad, pero ignoran por parte del régimen existente y ninguna valoración tienen para él.

En este sentido, es necesario referirse a los derechos más relevantes por su relación con la responsabilidad civil médica, aclarando que por el contexto de la Ley 1751 de 2015 y la Resolución 4343 de 2012 existen diferencias en la manera de concebir los derechos, pero en términos generales existen coincidencias en ambos catálogos:

- Acceder en condiciones de calidad y oportunidad a los servicios incluidos en el plan de beneficios y a los no incluidos que sean requeridos con necesidad, sin que se le trasladen las cargas administrativas.
- Acceder a los servicios que le garanticen atención integral, oportuna y de alta calidad.
- Recibir atención de urgencias cuando sea requerida, sin ninguna exigencia.
- Recibir información clara, apropiada y suficiente sobre los procedimientos a recibir y sus riesgos.
- Acceder a la historia clínica y que esta sea tratada de manera confidencial y reservada.
- Agotar las posibilidades razonables del tratamiento efectivo para la superación de su enfermedad.
- A que se respete su voluntad en todo momento.

2. Responsabilidad médica contractual

La responsabilidad civil contractual genera a una persona la obligación de indemnizar los daños causados a otra por el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o tardío de un contrato válidamente celebrado. Por esto, el deudor se obliga a indemnizar por su dolo o culpa en el incumplimiento, no por el contrato en sí mismo⁹⁹ o dicho en otros términos el origen de la responsabilidad es el daño que proviene ya sea de la culpa o del dolo del deudor en el no cumplimiento del contrato y no el contrato en sí mismo.

Es importante anotar que se debe separar la obligación que surge del contrato, que da origen a su ejecución forzosa directa, es decir, la ejecución del contenido de la prestación y la obligación que surge como consecuencia de su incumplimiento, el cual da origen a la responsabilidad civil contractual. Esta requiere ser declarada, exceptuando el caso en el que se hayan pactado previamente perjuicios y sean estos los que se reclaman¹⁰⁰. Así, el origen de la responsabilidad civil contractual no está en el contrato mismo sino en incumplimiento contractual que genera el daño, lo que aplica para el régimen general de responsabilidad civil, debido a que en la responsabilidad médica al tratarse de obligaciones de medio se sustraen de la clasificación tripartita de la culpa, tal como se expuso anteriormente. En todo caso la carga de probar la culpa corresponde al demandante.

⁹⁹ PÉREZ VIVES. Op. Cit., p. 159.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

Como se vio anteriormente, en materia contractual existe una distinción entre culpa y dolo. El artículo 1616 del Código civil establece que, contrario a la culpa, en caso de dolo se pueden reclamar perjuicios no previstos, lo cual aplica para el régimen general de la responsabilidad civil, tratándose de obligaciones de medio que implican un régimen de carga probada de la culpa para el demandante. Esta norma regula una limitación de la responsabilidad civil que resulta inconveniente en materia médica, debido a la estructura de esta relación en la actualidad y de lo complejo que puede ser escoger entre someterse o no a un tratamiento aceptando la cláusula de limitación de la responsabilidad. Esto sólo sería admisible en los casos de tratamientos experimentales, previa información y consentimiento del paciente.

Por último, para establecer una relación entre la carga de la prueba de la culpa de la responsabilidad contractual y la responsabilidad médica vale indicar que la regla general aplicable a estos casos de responsabilidad civil contractual es bajo el régimen de culpa probada, que significa que esta debe ser demostrada por el demandante.

2.1. Naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos

El contrato de prestación de servicios médicos es por regla general consensual, ya que no requiere de ninguna formalidad especial para su perfeccionamiento y nacimiento a la vida jurídica. El acuerdo de voluntad empieza

en la búsqueda que hace el enfermo del médico, en virtud de principios de la libre elección, con las limitaciones impuestas por el SGSS en salud, como se *persona* analizará.

Serrano¹⁰¹ considera que este contrato se entiende como *intuito* por la confianza depositada por el enfermo en el facultativo. Sin embargo, es fundamental insistir en que en la actualidad la elección no es libre, debido a las reglas sobre las redes prestadoras de salud creadas por la Ley 100 de 1993, pues si el paciente es afiliado bajo cualquier modalidad al sistema de seguridad social en salud debe sujetarse a la red de prestadores escogidos por su EPS.

Al no exigir ninguna formalidad para su perfeccionamiento, este contrato no requiere de una prueba específica u obligatoria y su existencia se puede demostrar por cualquiera de los medios de prueba existentes en la ley. Sin embargo, el artículo 4 de la Resolución 1995 de 1999 exige al médico registrar en historia clínica sus acciones, con el fin de dar cuenta del diagnóstico, procedimiento y tratamientos recibidos por el paciente, sin necesidad de que esta haga parte de la relación contractual debido a que se trata de requisitos de la naturaleza del contrato médico y se entiende que le pertenecen aun sin cláusula expresa que la contemple, tal como lo sostiene Llamas¹⁰².

¹⁰¹ SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., p. 171.

¹⁰² LLAMAS POMBO, Eugenio. La responsabilidad civil del Médico: aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Trivium, 1988. p. 197.

Este documento permite observar el actuar del médico frente al cumplimiento de las obligaciones profesionales. Así, los aspectos mencionados sobre el contrato de servicios médicos servirán de base para establecer si la conducta de un facultativo concuerda con los deberes y obligaciones que asume al prestar sus servicios profesionales. Es importante recordar que el médico debe observar en todo momento dichos principios y obligaciones para realizar correctamente la función humanitaria con la que se ha comprometido o se le han impuesto por la ley y los reglamentos.

Por otra parte, la doctrina ha considerado que este es un contrato de mandato, como un arrendamiento del servicio y, en algunas ocasiones, como un contrato de trabajo. La Corte Suprema de Justicia, en la ya citada sentencia de 1940, expresa que se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales que tiene como característica las de los denominados *Verbis* o contratos consensuales, que se rige por las costumbres en cada localidad.

La complejidad y variedad de la actividad médica, no obstante, hace imposible encuadrar el contrato de prestación de servicios médicos dentro de una de las tipologías contractuales actuales, porque en ocasiones reúne las características de uno o varios de ellos, y en otras se distancia radicalmente de ella.

Además, por la complejidad de la relación médica en la actualidad y su relación con el derecho fundamental a la salud, en esta investigación se concluye

que este contrato es multiforme¹⁰³ e innominado, coincidente con Fernández y Woolcott¹⁰⁴ en que el contrato de prestación de servicios médicos se distingue de los demás de su mismo género, tesis que por demás ha encontrado eco en la Corte Suprema de la Nación Argentina¹⁰⁵, que considera al contrato de prestación de servicios como un contrato atípico y multiforme, tal como será objeto de análisis en su oportunidad.

3. Responsabilidad médica extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana es aquella obligación que surge para quien ha causado daño a otro, mediando culpa o dolo, y sin que medie entre las partes un contrato o acuerdo previo¹⁰⁶. Es el azar lo que determina la relación entre el demandante y el demandado.

El origen de este tipo de responsabilidad está en la ley y su fundamento legal son los artículos que aparecen desde el 2341 hasta el 2358 del Código Civil. Además, sus elementos son el hecho del demandado, la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. La carga de la prueba de la culpa en los casos de

¹⁰³ De acuerdo con Fernández y Woolcott, se denomina al contrato de prestación de servicios médicos como multiforme debido a que es variable o múltiple de acuerdo con su contenido, el cual toma características de locación de servicios, locación de obra, mandato o atípico de manera separada o combinada entre ellas.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. Derecho médico. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 721

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. A. 2648. XXVIII. Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios. (13 de marzo de 2007).

¹⁰⁶ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 40.

responsabilidad civil médica está fundamentada en el régimen de culpa probada por el demandante, es decir, es a él a quien le corresponde demostrar su existencia.

Conforme al propósito de esta investigación, la responsabilidad civil médica surge para el médico o alguna de las entidades que conforman el SGSS en salud con responsabilidades en la prestación de los servicios de salud por la violación del deber objetivo de cuidado establecido en la ley o la *lex artis*, en términos generales por desconocimiento de los deberes impuestos a los prestadores por la ley, la jurisprudencia o la literatura médica comúnmente aceptada, siempre que entre las partes en la responsabilidad no exista relación contractual previa o cuando aun existiendo se reclaman los daños a *motu proprio*.

El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra en el principio *neminem ledere* o *alterum non ledere*, que significa no causar daño a nadie. Su creador, el jurista romano Ulpiano, quien señala dicho principio como una de las tres bases o fundamentos del derecho, junto a vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo.

Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual de los particulares, denominada como responsabilidad delictual o aquiliana, se origina a partir de hechos jurídicos, es decir, actos dolosos o culposos que generan un daño a otra persona. El desarrollo legal de este tipo de responsabilidad se encuentra entre los artículos 2341 y 2360 del Código Civil. Ahí, se entiende esta responsabilidad desde el derecho privado y no penal, pues la consecuencia prevista para el supuesto de hecho es la

indemnización de los perjuicios y no una pena, ni la privación de la libertad, sin perjuicio de lo establecido en la legislación penal correspondiente.

El artículo 2341 señala 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”. Es así como en el ordenamiento jurídico colombiano se acepta que el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual es la culpa, para ponerlo en términos de la Corte Constitucional de Colombia, no solo por tratarse del elemento estructural de ella¹⁰⁷, sino porque en ella se encuentra su mayor justificación moral.

No se pretende con esto negar la existencia de la responsabilidad civil extracontractual sin culpa, pues sería completamente inaceptable, ya que como bien lo señala Tamayo¹⁰⁸, existen algunos sistemas de responsabilidad civil sin culpa u objetivos, en los cuales la culpa no reposa como criterio de imputación, sino el riesgo o en el seguro, el cual es común en el derecho anglosajón¹⁰⁹. En ese sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en una sentencia del año 2009 consideró:

la responsabilidad “objetiva” (Responsabilità Oggetiva, Responsabilité objective, Strict liability, Objektive Haftung, Gefährdungshaftung), por oposición a la “subjetiva”, describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, en que la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008. Op. Cit.

¹⁰⁸ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 229.

¹⁰⁹ BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. La filosofía de la responsabilidad civil: estudios sobre los fundamentos filosófico- jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 253.

posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, verbi gratia, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo¹¹⁰.

Así, la responsabilidad civil objetiva o sin culpa reposa sobre un fundamento distinto al de la responsabilidad subjetiva, pero como quiera que en los casos de responsabilidad médica se aplica criterios de la subjetiva, no es necesario desarrollar más allá este asunto.

Bernal y Fabra¹¹¹ apuntan una importante crítica a la denominación de la responsabilidad civil subjetiva, la cual es considerada pertinente en este punto del análisis, pues señala básicamente que la culpa no es elemento subjetivo de la responsabilidad, debido a que ella más que un elemento psicológico se refiere a un estándar de comportamiento comúnmente aceptado, legalmente definido, el cual nada tiene que ver con las condiciones particulares del causante del daño.

Siguiendo un criterio de justicia correctiva, es necesaria la culpa en los casos de responsabilidad civil, pues solo con ella se justifica que en el curso de las relaciones entre particulares se traslade a otro el deber de indemnizar los perjuicios que se le causaron a la víctima, debido a que "el núcleo de todas las concepciones de justicia correctiva encuentra la idea de restablecer un estado de cosas anterior a la comisión del ilícito"¹¹².

¹¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 2001-01054. Op. Cit.

¹¹¹ BERNAL PULIDO y FABRA ZAMORA. Op. Cit., p. 255- 280.

¹¹² PAPA YANNIS y PEREIRA FREDES, Op. Cit., p. 364.

De otro lado, es pertinente indicar que en los casos de responsabilidad civil médica la culpa es un elemento necesario y, salvo algunas excepciones, el criterio de carga de la prueba aplicable es que corresponde al demandante demostrarla, por lo que resulta necesario indicar que en los casos de responsabilidad médica la culpa es su fundamento. Resulta importante indicar también que en estos casos la culpa se refiere al error de conducta que por violación a los reglamentos o a la *lex artis* incurre un profesional de la salud o una entidad prestadora de servicios médicos, llámese EPS o IPS, que genera un daño a su paciente o a otras personas.

Ahora bien, a las EPS asistenciales se les aplica como regla general la responsabilidad extracontractual por el hecho propio prevista en el artículo 2341 del Código Civil, al amparo de la teoría organicista, lo cual implica que cualquier miembro de la entidad compromete la responsabilidad civil de ellas o cuando el daño es difícilmente imputable a una persona determinada de la entidad.

En la práctica, se aplican las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en aquellos casos en los que el demandante no es parte de la relación contractual, ni siquiera legitimado por la acción hereditaria, así como en los eventos en los que el acto médico se generó como consecuencia de los servicios de urgencias, pues no hay consentimiento del paciente. En términos generales, la responsabilidad civil la puede reclamar el demandante a nombre propio, heredero o no del perjudicado, para obtener la satisfacción de su propio daño.

Conforme a las reglas del artículo 5° de la Ley 23 de 1981, la relación médica de carácter extracontractual se cumple por acción unilateral del médico, en los casos

de emergencia, solicitud de terceras personas y por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad pública o privada, pero además en los eventos en los que el demandante no reclama los perjuicios generados al paciente, sino sus propios perjuicios. A continuación se desarrollará cada caso.

Evocando lo manifestado en líneas anteriores correspondiente a la sentencia del año 1959 emanada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, un caso de responsabilidad civil extracontractual médica se presenta en el evento en el que el paciente inconsciente es llevado a una IPS por otra persona que solicita para él la atención, siendo víctima en ese lugar de una mala praxis médica. Posteriormente el paciente demanda la indemnización de perjuicios correspondiente.

Un evento de responsabilidad civil médica extracontractual hace referencia, por ejemplo, a la explosión de un artefacto médico en el pasillo de una clínica, donde se encuentra un paciente a la espera de atención médica, que como consecuencia de ello fallece o se le generan daños en su salud. En este caso, el paciente que siendo contratante de los servicios médicos fallece, los herederos no reclaman los perjuicios ocasionados a la víctima, sino sus propios perjuicios en razón a la disminución de sus ingresos y el sufrimiento padecido con ocasión del hecho.

Otro evento de este tipo se presenta en el caso del paciente que, siendo usuario de los servicios del régimen subsidiado de salud, al cual como consecuencia de una autorización tardía de unos exámenes clínicos se le genera un daño irreversible en su salud.

II. RAZONES PARA UN RÉGIMEN JURÍDICO AUTÓNOMO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Este capítulo tiene como propósito desarrollar las razones por las cuales se requiere un régimen jurídico autónomo de responsabilidad, con el cual unificar las reglas de este sistema en los casos de daños en la relación del médico, EPS o IPS con su paciente, para brindar mayor seguridad jurídica, entendida ésta como la posibilidad de aplicar una normatividad única a situaciones similares. Para lograr lo anterior, es necesario que se superen las dificultades en el tratamiento de la culpa, para lo cual en esta investigación se propone superar la atribución fáctica.

Este capítulo se encuentra dividido cuatro títulos que tienen como propósito evidenciar que a la relación médica se le han sumado nuevos actores, debido a la necesidad de masificar los servicios en salud, los cuales son responsables civiles de sus acciones; que a todos se les aplica un sistema de carga de prueba de la culpa sin importar el origen contractual o extracontractual de la responsabilidad, pero que la tendencia internacional es a realizar un juicio de reproche de la conducta o del daño, por lo que el criterio de atribución sigue siendo subjetivo.

El primer título presenta *la responsabilidad médica en el derecho internacional*, con el propósito de evidenciar que en materia de responsabilidad médica se acepta, en las tres naciones estudiadas, que su naturaleza es de origen contractual, con un régimen de carga de la prueba de la culpa por parte del demandante, con pequeñas diferencias en tratamiento del daño generado por infecciones nosocomiales.

El segundo título denominado *la carga de la prueba de la culpa: un dilema sin resolver*, demuestra cómo la falta de una doctrina probable en el tratamiento de la carga de la prueba de la culpa en los casos de responsabilidad médica genera más incertidumbre que beneficios para las partes en este tipo de procesos.

El tercero, *la responsabilidad médica contractual y extracontractual: una distinción innecesaria*, pone de presente que en efectos prácticos la responsabilidad médica es una sola, debido a que en el fondo no existen diferencias estructurales en los dos regímenes, pero las existentes no se aplican a los casos de responsabilidad médica.

Finalmente, el cuarto título, denominado *las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicio: nuevos actores*, plantea que las EPS y las IPS de salud se encuentran en el régimen de responsabilidad civil médica, debido a que entraron a hacer parte de la relación médico-paciente, por haberles impuesto en la ley y los reglamentos, unos deberes de conducta que con su omisión o desconocimiento puede generar daños a los pacientes o sus familiares, evidenciando un cambio en el paso de una relación simple médico-paciente, a una compleja con la vinculación de nuevos actores.

1. La responsabilidad médica en el derecho internacional

Como se ha visto hasta aquí, la responsabilidad médica surge como consecuencia del daño generado al paciente o a sus familiares en el ejercicio de la medicina, en la que se pueden comprometer diversos bienes protegidos, así lo señala

Fernández y Woolcott¹¹³; de ahí que la tutela de ellos sea una disciplina de posiciones dispares y copiosas teorías que en ocasiones varían de acuerdo a la legislación de cada país.

Dicho esto, a continuación se analizarán los sistemas de responsabilidad civil de Francia y Chile, por su evidente influencia en el colombiano, a los cuales se les adicionará el sistema argentino, debido a los cambios introducidos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina promulgado el 01 de octubre de 2014 mediante la Ley 26.994, en un país que se mantiene a la vanguardia del derecho civil, y por tratarse de la misma región.

1.1. La responsabilidad médica en Francia

La jurisprudencia francesa desde el año 1936, con el denominado fallo *Mercier*, ha aceptado que la responsabilidad civil médica es de naturaleza contractual, doctrina posteriormente ratificada por el fallo de la Corte de Casación Francesa de fecha 27 de octubre de 1938¹¹⁴, que fue el fundamento de la sentencia del 05 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia colombiana.

Por otro lado, resulta importante destacar que el sistema francés de responsabilidad, al igual que el colombiano¹¹⁵, cuenta con un régimen de responsabilidad administrativa, el cual se aplica a los casos en los que el demandado

¹¹³ FERNÁNDEZ y WOOLCOTT. Op Cit., p. 41.

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 1940. Op. Cit.

¹¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Sentencia nro. 03682. (03 de diciembre de 2018). C.P.: María Adriana Marín.

es una entidad del Estado; que como se ha evidenciado, cuando el demandado sea una institución hospitalaria pública, la responsabilidad médica es de naturaleza extracontractual, circunstancia ratificada por el conocido como caso *Peruche* de fecha 17 de noviembre del año 2000, emitido por la Sala de Casación de Francia.

Ahora bien, el régimen de carga de la prueba de la culpa aceptado en estas sentencias es un sistema de carga probada por el demandante, que no significa otra cosa que una carga estática de prueba, en que el demandante debe demostrar el error del médico.

Según Pérez¹¹⁶, otro importante aporte del sistema francés ha sido la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Como se ha dicho en páginas precedentes, la obligación del médico es de medio y, por tanto, este profesional cumple con su obligación sin que pueda atribuírsele culpa cuando pone al servicio de su paciente el esfuerzo, diligencia y cuidado concienzudo que estaba obligado, aun cuando no consiga la recuperación del paciente, encontrando justificación en que la medicina no es una ciencia exacta y por el contrario en ella interviene lo que han denominado el *alea terapéutico*, entendido este según Woolcott Oyage¹¹⁷, como la situación adversa sufrida por el paciente por efectos anormales no atribuibles al médico.

¹¹⁶ PÉREZ VIVES. Op. Cit., p. 175.

¹¹⁷ WOLLCOT OYAGE, Olenka. La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. En: *Revista Criminalidad*, 2015. Vol. 57, nro. 1. p. 61-74. [Consultado: 19 de noviembre de 2021]. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005

Todas estas consideraciones han encontrado asidero en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, por lo que resulta innegable la influencia del derecho francés en el colombiano, como por ejemplo las mencionadas sentencias de 1940 y 1959.

Sin embargo, los cambios iniciaron el 4 de marzo de 2002 cuando fue promulgada en Francia la Ley 2002-303, la cual se refiere a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema de salud. Esta ley fue parcialmente modificada por la Ley 2002-1577, promulgada el 30 de diciembre de 2002, que supone la creación de un sistema de aseguramiento obligatorio para los profesionales de la salud y las entidades que prestan servicios hospitalarios.

Esta ley prevé para los médicos y las instituciones hospitalarias la obligación de suscribir un seguro que ampara a los pacientes por los daños que con ocasión a la relación médico-paciente puedan surgir, *so pena*, para la institución o el profesional que no cumpla con la obligación impuesta por la ley, de verse abocado a una fuerte sanción económica, además de las sanciones disciplinarias previstas para estos casos. La única excepción es para aquellos hospitales que por condiciones presupuestales se les permita hacerse cargo directamente de los daños que puedan atribuírseles.

De acuerdo con Tamayo¹¹⁸, este sistema de seguro obligatorio para los casos de responsabilidad médica continúa siendo soportado sobre el régimen de culpa

¹¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad médica en Francia: el sistema ideal. En: *Ámbito jurídico*. Febrero, 2017. [Consultado: 12 de octubre de 2021]. Disponible en:

probada por la víctima, lo que supone que el reclamante tiene la carga de la prueba de este elemento, que en los casos en que no se cuente con el seguro obligatorio, este solo hecho hace surgir la culpa generadora de responsabilidad civil, lo que se aplica de manera accesoria a las sanciones ya analizadas.

Ahora bien, en los casos de infecciones nosocomiales producidas sin culpa del médico o de la institución hospitalaria se aplica por mandato de la Ley 2002-1577 un sistema de responsabilidad sin culpa asumido por la Nación, el cual se tramita ante una entidad pública creada para tal fin denominada ONIAM (Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales), es decir, un sistema de trámite extrajudicial.

El trámite previsto para reclamar la responsabilidad médica cuenta con una primera fase obligatoria para la aseguradora, que tiene un carácter extrajudicial ante las comisiones creadas para tal fin, que en caso de no conciliar y posteriormente sea condenado al pago de una indemnización o que indemnización corresponda a una suma superior a la ofrecida en la conciliación fallida, deberá pagar como sanción al paciente los intereses doblados y una multa a favor del Estado. En todo caso, en los procesos ante la jurisdicción, sea administrativa o civil, se aplica el sistema culpa probada por el demandante, lo que implica que le corresponde a esta parte demostrar el error médico.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/responsabilidad-medica-en-francia-el-sistema-ideal>

Son todas estas razones por la que Tamayo¹¹⁹ denomina al sistema francés de responsabilidad médica como “el modelo ideal” y que en esta investigación aportan un ejemplo de que es posible y necesario un régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica, que, si bien en este caso no suponen el mismo contenido, si tienen en común su especialidad o distinción con el régimen general de responsabilidad civil previstos en los Códigos Civiles de cada nación.

1.2. La responsabilidad médica en Argentina

En Argentina la responsabilidad médica es parte de la responsabilidad civil general, lo que implica que no existen unas reglas especiales, por lo que este análisis iniciará con una descripción general de las leyes que sobre la materia rigen en ese país. De acuerdo con Trigo¹²⁰, con el cambio de orientación introducido por el Código Civil y Comercial de 2014, se pasó de una visión de patrimonialidad del Código Civil de Vélez Sarsfield a centralizar la legislación civil en la persona humana. Es así, como el daño a la persona se expresa como una garantía de la adecuación de la conducta a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el sistema de este país no existe la doble jurisdicción en materia de responsabilidad médica¹²¹, lo que implica que Argentina no cuenta con un tribunal de lo contencioso administrativo, pese a que los procesos se surtan ante

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ TRIGO REPRESAS, Félix. Reparación de daños a la persona. Tomo III. Buenos Aires. 2014. p. 607.

¹²¹ CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sentencia A. 2648. XXVIII. (13 de marzo de 2007). Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios.

jueces de diferentes especialidades, el órgano de cierre es un mismo tribunal, circunstancia sobre la que no existen cambios con respecto al anterior Código Civil de 1961 y al de 2014.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad médica en Argentina, existe consenso en que su origen es contractual y que la obligación del médico es de medio, aun antes de la reforma introducida por la Ley 26.694 de 2014 que corresponde al Código Civil y Comercial de la Nación. Así se puede evidenciar en el fallo emitido por la Sala L de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expediente N°10- 117/97-53764 caso *Fernández, Enrique Manuel s/daños y perjuicios* de fecha 08 de julio de 2010¹²².

En este caso una afiliada a una obra social¹²³ reclama que en el consultorio del Dr. Fernández le aplicaron a su hijo anestesia general sin contar con un equipo de reanimación indispensable y como consecuencia de ello su hijo falleció por la mala praxis médica. Respecto a este punto, la vinculación de las denominadas obras sociales, las instituciones que prestan los servicios médicos, sus auxiliares, miembros del equipo médico y los que contratan los servicios de un sanatorio para la atención de sus afiliados se trata como una estipulación a favor de terceros, como una garantía para los contratistas de los servicios médicos, así lo consideró la misma Corte:

¹²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sala L. Expediente N° 10- 117/97-53764. (8 de julio de 2010). Caso Fernández, Enrique Manuel s/daños y perjuicios.

¹²³ Las obras sociales en la Nación Argentina son organizaciones que tienen a su cargo la prestación de los servicios de salud de las personas sujetas a una relación de dependencia.

Respecto de las obras sociales se ha entendido que el vínculo generado para la atención médica es de origen contractual, ya sea que se sustente en la estipulación a favor de terceros o en la obligación de garantía en beneficio de los afiliados, consistente en que las prestaciones médico-asistenciales se brinden con eficacia (CNCiv. Sala F, diciembre 5-1978,"E. D" T. 82, p.489, fallo N°31.841; id. Sala G, junio 25-1981,"E. D" T. 95, p. 568, fallo N°34.909). En tal sentido se ha dicho que la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente cubre no sólo al médico que interviene en la asistencia del paciente, sino, además, a sus auxiliares y también a las instituciones en las que se presta el servicio y a aquellos que contratan los servicios de un sanatorio para la atención de sus afiliados, ya sea encuadrando la responsabilidad de los organismos intermedios como una estipulación a favor de terceros o bien como obligación de garantía propia del contrato de asistencia médica¹²⁴.

De acuerdo con Wierzba¹²⁵, a la responsabilidad médica en Argentina se le aplican las reglas generales contenidas en el libro tercero titulado "*Derechos Personales*", en el que el título V corresponde a "*otras fuentes de las obligaciones*" del Código Civil y Comercial de la Nación, que para el interés de esta investigación se puede resumir en los términos que se siguen a continuación:

Primero: el artículo 773 se refiere a las obligaciones de hacer, las cuales se le aplican al profesional de la medicina, pero en los términos del artículo 774 Literal a., que se refiere a las obligaciones de medios como aquellas en las cuales el deudor se obliga a prestar "la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso".

Segundo: a partir del capítulo 1 se desarrolla la *responsabilidad civil* en su sección 3ª denominada *función resarcitoria*, en la que el artículo 1716 se refiere al

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ WIERZBA, Sandra. La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley*, año XVII, nro. 9. p. 5-25.

deber de reparar emergiendo al sistema el principio del *neminem leadere* y al incumplimiento de las obligaciones contractuales como fundamento del régimen.

Tercero: el artículo 1721 establece el criterio de imputación subjetivo de culpa como regla general, pese a que, de manera excepcional, en aquellas circunstancias en las que el médico se compromete a alcanzar un resultado específico, su obligación es de resultado y el factor atribución es objetivo según las reglas previstas en los artículos 1723 y 773, circunstancia que se aplica a la responsabilidad médica, por lo que la carga de la prueba de la culpa corresponde al demandante y se prohíbe la aplicación de la inversión de la carga de la prueba de manera expresa para las profesiones liberales, dentro de las que aplica la medicina en el artículo 1768. Fernández y Woolcott identifican en esta obligación la denominada como "obligaciones de medio reforzadas"¹²⁶.

Teniendo en cuenta que el artículo 1717 de la misma legislación consagra la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, en el caso de los médicos los deberes de estos están consagrados positivamente en la Ley 17.132, mediante la que se establece *las reglas del arte de curar para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de estas*. Lo que implica que la violación de esos deberes es uno de los requisitos para que se configure responsabilidad civil.

A manera de resumen, en Argentina, en materia de responsabilidad médica, se aplica un criterio de culpa probada por el demandante, como regla general, su

¹²⁶ FERNÁNDEZ y WOOLCOTT. Op. Cit., p. 224.

naturaleza jurídica es de origen contractual y sus elementos tienen en el Código Civil y Comercial del año 2014 estipulación expresa a partir del artículo 1708, punto sobre el que retornaremos más adelante para desarrollar un poco más la imputación normativa en este sistema, pues se trata de un importante aporte al régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica.

La doble atribución del daño resulta el más importante aporte que este modelo hace al régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica, debido a que como pudo observarse en Argentina se sigue considerando que el criterio de atribución subjetivo es parte del sistema, se considera que la antijuridicidad del daño es parte estructural de la responsabilidad médica, por lo que se hace un juicio de atribución de carácter normativo como el que se propone en esta investigación. En este sentido, se impone un juicio de atribución del daño a su causante que pasa por una valoración antijurídica del comportamiento, del cual Trigo Represas¹²⁷ hace un destacado análisis, en el que concluye que los elementos de la responsabilidad son cuatro, ellos son: i) el daño causado, ii) la antijuridicidad, iii) relación de causalidad y los iv) factores de atribución, lo cual se resume en:

La tendencia doctrinaria dominante en la materia considera que son sólo cuatro los presupuestos de la responsabilidad civil: un hecho que infringe un deber jurídico de conducta -antijuridicidad o ilicitud-; que además provoca un daño a otro; el nexo de causalidad entre aquel hecho y el referido daño; y factor de atribución de la responsabilidad, que el ordenamiento considere suficiente para sindicar o señalar, con fundamento, a quien o quienes considere como responsables¹²⁸.

¹²⁷ TRIGO REPRESAS. Op. Cit., p. 155-195.

¹²⁸ *Ibíd.* p. 155.

Por último, resulta importante resaltar que la antijuridicidad en el modelo argentino es utilizada en el mismo sentido que lo hace Llamas Pombo, esto es, entendida como comportamiento "contrario a derecho"¹²⁹. Es decir, además de la antijuridicidad se requiere el factor de atribución o culpa médica, circunstancia por la que en esta investigación pese a reconocer los aportes del modelo de esta nación y los de este autor, no se acoge para el régimen autónomo de responsabilidad civil médica en su integridad, pero toma criterios como el doble juicio de atribución que es parte del fundamento del modelo propuesto en el régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica.

1.3. La responsabilidad médica en Chile

En el ordenamiento jurídico chileno, la Ley 19.966 del año 2004, por medio de la cual se "*establece un régimen de garantías en salud*", conocida también como "*ley del Auge*"¹³⁰, se introdujeron algunas modificaciones al sistema de responsabilidad civil en los casos de daños en la relación médica. Es así que el título III trata "*de la responsabilidad civil en materia sanitaria*", el cual en su artículo 38 establece una cláusula de responsabilidad aplicable a las entidades públicas que prestan servicios de salud, contemplando de manera expresa la falta del servicio

¹²⁹ LLAMAS POMBO. Op. Cit., p. 212.

¹³⁰ Ley del Acceso Universal de Garantías explícitas (auge) es el nombre con el que se conoce la Ley 19.966 de 2004 de Chile.

como criterio de imputación aplicable en estos casos, constituyéndose este en un régimen especial de responsabilidad médica.

Esta posición lleva a la conclusión de que, en materia de responsabilidad de las entidades del Estado, las reglas aplicables son diferentes a las generales. En este sentido, la Tercera Sala de la Corte Suprema¹³¹ de Chile, en sentencia del 19 de diciembre de 2020, identificada como Rol N°104.602-2020, conocido como caso *"Alvarado con Hospital Clínico de Magallanes"*, ratifica la regla según la cual se inaplican las disposiciones del Código Civil en los casos de demandas dirigidas en contra de la Nación debido a lo dispuesto en la Ley 18.575, conocida como *"Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado"*.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 19.966 en su artículo 38, los elementos de la responsabilidad médica en los casos de procesos en contra del Estado son el daño, la acción u omisión del Estado constitutiva de la falta del servicio y la relación de causalidad entre ellas, posición que además ha sido ratificada por la Tercera Sala de la Corte Suprema¹³² en sentencia del 17 de noviembre de 2020, identificada como Rol 29.181.2019, dejando claro que la mencionada falta del servicio se presenta como una deficiencia o mala prestación del servicio médico en relación con la conducta esperada. Se presenta también en los casos de mal o tardío funcionamiento de los servicios de salud.

¹³¹ TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia Identificada como Rol N°104.602-2020. (19 de diciembre de 2020). Conocido como caso "Alvarado con Hospital Clínico de Magallanes".

¹³² TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia identificada como Rol 29.181.2019. (17 de noviembre de 2020).

De otro lado, la carga de la prueba de la culpa corresponde a quien la alega, apoyado en la referida sentencia de que corresponde al demandado demostrar la falta del servicio; en otros términos, el criterio de imputación es subjetivo y corresponde demostrarlo al demandante.

Otro aporte que la denominada Ley del Auge hace a la responsabilidad médica es que introduce un sistema de mediación obligatorio, que se aplica a los casos de daños de la administración, pero también en caso en los que el demandado se trate de un particular. Así lo contempla el artículo 43, procedimiento respecto al cual no se tiene como requisito de procedibilidad de la acción, pues no se encuentra contemplado en la ley como tal, pero su ausencia sí genera consecuencias que pueden llegar hasta la nulidad de lo actuado desde el momento mismo de la admisión de la demanda.

Por otro lado, se encuentra el régimen privado de responsabilidad médica, al cual se le aplican las reglas del derecho común consagradas en el Código Civil de 1855, en el libro Cuarto denominado "*de las obligaciones en general y de los contratos*" que en su título XXXV desarrolla el denominado "*de los delitos y los cuasidelitos*".

En este sistema se considera que la responsabilidad civil en caso de daños surgidos en la relación médica es por regla general de naturaleza contractual, queriendo significar que existen circunstancias en las que se aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual, en casos como cuando el demandante no es parte en el contrato de prestación de servicios médicos; en el que las obligaciones del

profesional son de medios, lo que sugiere que el galeno está obligado a actuar conforme a las reglas de *lex artis*, por lo que deben cumplir los parámetros de asistencia, cuidado y diligencia del profesional o especialista promedio. Así lo consideró la Primera Sala de la Corte Suprema¹³³ de ese país en sentencia de fecha 19 de junio de 2020, Rol N°12.500-2019. En esta sentencia existe un aspecto relevante y es que se considera que a los médicos les es exigible como parte de sus obligaciones contractuales el cumplimiento de los reglamentos exigibles, es decir, contempla una especie de imputación o atribución normativa de la conducta, aspecto transversal sobre el que se volverá más adelante.

La Corte Suprema de Chile, en el fallo enunciado, condena a la entidad demandada a pagar los perjuicios por la pérdida de la oportunidad de recuperarse al paciente menor de edad por la prestación deficiente y contraria a la *lex artis* del profesional de la medicina, al no remitir al paciente a una institución que pudiera practicar un examen de urgencias para diagnosticar un padecimiento que era de mayor gravedad por los daños que genera y su rápida evolución. Por esta razón, el Tribunal consideró que hubo un incumplimiento de las obligaciones contractuales y que por ese incumplimiento se generó un daño material y la pérdida de la oportunidad de recuperarse para el paciente.

Se puede deducir que el incumplimiento de las obligaciones contractuales es una carga que corresponde al demandante, pues igual que en el régimen público en

¹³³ PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia identificada como Rol N°12.500-2019. (19 de junio de 2020).

éste la obligación del médico es de medio o de diligencia y por tanto, corresponde al demandado demostrar el incumplimiento contractual, en este caso equivalente a la culpa contractual.

Resulta pertinente recordar que el Código Civil de Andrés Bello fue el aprobado en Chile en 1855, que posteriormente fue aprobado en el Estado Federado de Santander y posteriormente adoptado como el Código Civil de la Unión en Colombia con algunas variaciones, circunstancia que motivan la identidad en los dos sistemas, pero con una evolución diferente. Por estos orígenes en común se justifica su estudio en esta investigación. También por la vinculación que se hace de las denominadas obras sociales al sistema de responsabilidad civil médica, lo cual constituye un importante referente para esta investigación.

2. La responsabilidad civil médica contractual y extracontractual: una distinción innecesaria

Aceptando las bondades de las posiciones unificadoras, Fernández & Woolcott¹³⁴, que en sus términos expresan “consideramos que la posición unificadora de las reglas de la responsabilidad civil es realmente loable desde que demuestra una clara perspectiva de la institución pensada en la víctima de los daños” que como se ha abordado, la responsabilidad que se genera con ocasión a los servicios de salud no tiene un régimen jurídico propio y se le aplican las reglas generales, entre ellas la clasificación dual de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual.

¹³⁴ WOOLCOTT y FERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 389.

En buen momento, por medio de la sentencia 14491 de octubre de 2005, fue superada la imposibilidad de acumular las dos acciones¹³⁵. En esa oportunidad, la Corte ratificó la doctrina según la cual el juez conoce el derecho, al amparo del principio *iura novit curia*, y por tanto es a él a quien le corresponde interpretar integralmente la demanda para brindar una solución a las pretensiones del accionante pues es el juez quien clasifica la acción y no el demandante.

No obstante, debido a la carencia de una normativa independiente de responsabilidad médica, su tratamiento bajo los regímenes de contractual y extracontractual sigue generando confusiones. Un ejemplo resulta ser la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de marzo de 2020. En ella, tanto el juez de primera instancia como el *ad quem* se negaron a aplicar las dos responsabilidades, bajo el argumento que no se podían acumular la acción responsabilidad civil contractual con la extracontractual, y como no era clara la demanda frente a cuál de ellas se fundamentaba la reclamación, fueron negadas las pretensiones¹³⁶. Afortunadamente para la demandante, la Corte Suprema de Justicia frente al recurso de casación concedió las pretensiones materializando el derecho a la reparación integral de la víctima.

Esta distinción también se torna confusa a la hora de definir la carga de la prueba de la culpa. Como se observó líneas atrás, existe una distinción sobre esta carga en cada una de las responsabilidades, pues mientras en sede extracontractual

¹³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número 14491. (18 de octubre de 2005). M.P.: Pedro Munar Cadena.

¹³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC780-2020. Op. Cit.

el demandado debe demostrar el momento en el que se generó el acto de impericia, negligencia, imprudencia o se violó el reglamento, en sede contractual, además, se debe demostrar la existencia de un contrato y su incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío. Esto genera inseguridad jurídica, y en casos de responsabilidad médica, pierde importancia en razón a que, sin importar que el origen de la culpa sea contractual o extracontractual, siempre se exigirá carga probada de ella a cargo del demandante, pues se trata de obligaciones de medio y no de resultado.

Por último, la Corte Suprema de Justicia¹³⁷ se ha pronunciado junto a la doctrina sobre la aplicación de la concepción de culpa virtual independientemente si el régimen de responsabilidad es contractual o extracontractual, que según Tamayo¹³⁸ permite que ante la existencia de un daño sin causa para justificarlo, se puede considerar que hubo culpa galénica como una forma de facilitar la existencia de la culpa en los casos de daños médicos.

Por esto, es posible concluir que esta clasificación dual de la responsabilidad civil, en los casos de responsabilidad civil médica merece ser reevaluada o por lo menos, modificada. En ese sentido lo que se propone esta investigación es que en la valoración normativa del comportamiento se debería aplicar a todos casos de responsabilidad médica, lo que supondría un sistema que brinda seguridad y confianza a las partes para conocer el régimen aplicable a su controversia.

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC7110-2017. (24 de mayo de 2017). M.P.: Luis Tolosa Villabona.

¹³⁸ La culpa virtual, de acuerdo con Tamayo Jaramillo, se refiere a un tipo de prueba de la culpa por indicios, en el que al Juez le está permitido inferir un hecho a partir de terminados indicios, sin que implique una presunción de culpa en contra del demandado.

En el primer capítulo de esta investigación se abordó con detalle como la Corte Suprema de Justicia ha cambiado de doctrina frente a la posibilidad de que los asuntos demandados como responsabilidad civil contractual sean resuelto con reglas de la responsabilidad extracontractual o viceversa, lo que implica que no existe una sola postura frente a ello. También en el primer capítulo se analizó como en algunas oportunidades la responsabilidad médica es considerada de índole contractual y otras como de índole extracontractual, que atendiendo a que entre ellas existen diferencias en el tratamiento de la culpa y en el monto de la indemnización de acuerdo con el título de imputación, se hace necesario unificar el sistema, debido a que ante circunstancias similares, daño en el curso de la relación médica, se aplican distinciones que pueden generar confusiones e inseguridad jurídica para las partes en conflicto.

Por otro lado, para las partes en conflicto en los procesos de responsabilidad médica resultaría más garantista que desde antes de la presentación de la demanda o de su contestación conocieran las reglas con las cuales el juez va a resolver su controversia, para lo cual un solo régimen resultaría apropiado, debido a la existencia de dos genera una expectativa que solo en la sentencia puede ser resuelta.

3. Las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios: nuevos actores

En sentencia del 30 de septiembre de 2016 la Corte Suprema de Justicia¹³⁹ dio un paso para atribuir responsabilidad civil a las entidades que conforman el sistema general de seguridad social en salud, al considerar que es suficiente para endilgarles responsabilidad que el perjuicio se genere en los procesos empresariales bajo una modalidad de culpa *in operando*. Lo anterior permite vincular por pasiva a las todas las entidades que participan en la prestación del servicio público esencial de la salud.

En este sentido, el hecho de que todos los participantes del sistema de seguridad social en salud tengan dentro de sus obligaciones legales garantizar la prestación de los servicios de salud con calidad y eficiencia, es una razón suficiente para concluir que en los casos de daños surgidos en la relación de salud vinculada al sistema de seguridad social en salud, hace surgir entre los participantes una solidaridad pasiva en el caso que cualquiera de ellos actúe con negligencia.

Así pues, no interesa determinar quién es la persona o personas que fallaron en la prestación del servicio, sino que basta con que el comportamiento objeto del juicio de reproche le sea atribuible a alguno de los miembros para que se presente

¹³⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC13925-2016. (30 de septiembre de 2016). M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

el fenómeno de la solidaridad entre las entidades que lo conforman, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia en la sentencia anteriormente citada¹⁴⁰.

El reconocer el derecho a la salud como fundamental junto al equiparar el sistema contributivo al subsidiado, ha generado la masificación de los servicios de salud como si este fuera un producto de consumo como lo retrata Navarro¹⁴¹. Es por esto que, las EPS, IPS y los profesionales de la salud, al actuar como agentes del sistema con la capacidad de diagnosticar y predecir el comportamiento de las enfermedades y controlar las consecuencias de los procedimientos, deben apoyarse en la alta especialidad para su actuar. Esto genera un incremento en la exigencia ética y jurídica de quienes conforman el régimen.

Para Serrano¹⁴², a las EPS se les deben aplicar las reglas relativas a la responsabilidad directa, pues “su estructuración corresponde a esquemas colectivos u organizativos y, como tal, son parte de todo el SGSS en salud del país”. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a la materia indicando que se les puede atribuir responsabilidad directa a las EPS por los daños que generen a sus pacientes, como lo concluyó en la sentencia CS778 de 2021¹⁴³, caso en el que

¹⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4204-2021. (22 de septiembre de 2021) M.P.: Álvaro García Restrepo.

¹⁴¹ NAVARRO REYES, Daniela. La tensión de la globalización de la salud y el papel del Estado social de derecho colombiano en torno al consentimiento informado en la relación médico paciente. En: Revista *Via Iuris*, 2018. Nro. 14. Disponible en: <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/834>.

¹⁴² SERRANO ESCOBAR. Op Cit., p. 360.

¹⁴³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia CS778-2021. (15 de marzo de 2021). M.P.: Francisco Ternera Barrios.

concluyó que la EPS era responsable por la autorización tardía de un procedimiento médico.

Además, Serrano¹⁴⁴ considera que los servicios de salud en la actualidad son principalmente objeto de una actividad empresarial o corporativa, en el que el paciente es un usuario de los servicios y, por tanto, tiene derecho a que estos sean de calidad. Con esto, es posible afirmar que se ha superado el paradigma contractual de la responsabilidad en la relación médico-paciente.

Por otro lado, la progresión de la ciencia jurídica, que se ha generado casi al compás de la galénica, ha llevado al desarrollo de los derechos en esta materia. Así, la cláusula constitucional de no regresión implica un progreso constante en la protección de los derechos en salud, generando que cada día haya, en términos de Navarro Reyes¹⁴⁵, exista menos tolerancia con los comportamientos culposos en el sector salud. Si bien es cierto, de acuerdo con Keren- Paz¹⁴⁶, el sistema de responsabilidad civil no tiene una función preventiva, no obstante, con fundamento en la naturaleza compensatoria se llega a la equidad como manera de corregir el comportamiento objeto de juicio de reproche.

Frente a la noción justicia correctiva del derecho de daños, Papayannis¹⁴⁷ asegura que no es suficiente para vincular a los agentes relevantes que tienen la función de prevenir, asegurar en contra de las pérdidas, regular los riesgos o disuadir

¹⁴⁴ SERRANO ESCOBAR. Op Cit., p. 358.

¹⁴⁵ NAVARRO REYES. Op. Cit., p. 11- 29

¹⁴⁶ KEREN- PAZ, Tsachi. Op. Cit., p. 129.

¹⁴⁷ PAPAYANNIS, Diego. Derecho de daños, principios morales y justicia social. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 80-100.

ciertos comportamientos por lo que principios de justicia distributiva y retributiva permitirían solucionar esta deficiencia. Lo que se traduciría en términos de esta investigación en una justificación para la vinculación de Entidades Promotoras de Salud a la responsabilidad médica, pues se con ella se satisface la pretensión de la justicia correctiva de imponer el deber de compensar las pérdidas a los responsables de ella¹⁴⁸.

Son todas estas razones necesarias para concluir que en el régimen autónomo de responsabilidad médica las entidades que conforman el sistema general de seguridad social en salud y que tienen dentro de su objeto la prestación de los servicios de salud, son responsables de manera solidaria frente a sus usuarios por los daños que se puedan generar con ocasión a la violación de los deberes que han aceptado y devienen del mandamiento de la ley.

Sin embargo, si bien es cierto que la sentencia del 30 de septiembre de 2016 se refiere a los casos de responsabilidad civil extracontractual, esta circunstancia no es límite para que se pueda considerar un sistema aplicable a la responsabilidad médica, integrando a ella las empresas que la conforman.

Además, con la expedición de la Ley 1751 de 2015, Ley estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud, se ha ampliado esta consideración. Así, en el artículo 4º, la ley define lo que es el sistema de salud, señalando que lo componen, entre otras, las instituciones que el Estado disponga para la prestación de los

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 101- 126.

servicios de salud, y que deben garantizar los derechos que componen la protección fundamental del servicio a la salud.

Estos derechos se manifiestan frente a quienes deben garantizarlos como deberes, lo que genera como consecuencia que su incumplimiento, siempre que se configure los otros elementos de la responsabilidad médica, generará la obligación de indemnización.

Como regla general, estas entidades actúan sobre el paciente por medio de las IPS escogidas por ellas para garantizar el cumplimiento de sus deberes legales, conformando una red de prestadores. Por tanto, sus actuaciones generan solidaridad frente al paciente en los términos descritos en el artículo 2344 del Código Civil, y reconocidos por la Corte en sentencia del 30 de marzo de 2016.

Sin embargo, en el curso de esta investigación se ha evidenciado que las EPS no intervienen en el servicio de salud prestado al paciente, como ocurre en los eventos en los que este acude a un médico particular o incluso en los casos de urgencias prestadas por IPS que no son parte de su red de prestadores, y en consecuencia no habría lugar a la aplicación de la solidaridad en la responsabilidad, situación excepcional en la actualidad y en la que no se justifica atribuir responsabilidad a quien ni directa, ni indirectamente ha intervenido en la materialización del daño.

Otro evento podría ser cuando durante un procedimiento de urgencia el paciente es llevado a una IPS que no es parte de la red de prestadores de su EPS.

Esto es posible debido a que, de acuerdo con la Ley 1751 de 2015 Estatutaria de Salud, todas las entidades públicas o privadas están obligadas a prestar los servicios de urgencias sin importar que no tengan convenio con el prestador del paciente.

De esta forma la responsabilidad médica no se circunscribe al médico tratante pues como se vio, en el ordenamiento jurídico aplica la solidaridad de las organizaciones sanitarias del SGSSS¹⁴⁹ por la actuación individual, colectiva o de cualquier modo atribuible a sus elementos humanos o tecnológicos, y solo se pueden exonerar demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima o la debida diligencia o cuidado.

III. RÉGIMEN JURÍDICO AUTÓNOMO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Como se observó en el capítulo primero de esta investigación la teoría monista de la responsabilidad civil defiende que no existe una diferencia esencial en los dos tipos de responsabilidad civil y como ya se expuso, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que en el ordenamiento colombiano, si bien existen elementos diferenciales no estructurales en los sistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, estas no son insalvables y, por el contrario, existen entre ellas elementos comunes, lo que constituye una razón que justifica un solo régimen de responsabilidad civil aplicable a los casos de daños surgidos en la relación médica.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

Atendiendo también que, ante el desarrollo de la sociedad moderna, la industrialización y alto grado de especialidad en los diferentes campos, la responsabilidad civil ha evolucionado. Así se han planteado en la doctrina, la jurisprudencia y la ley nuevas teorías de responsabilidad diferentes a los tradicionales, tales como la responsabilidad objetiva aplicada en la responsabilidad por producto defectuoso de la Ley 1480 de 2011¹⁵⁰, o el referido a las víctimas del conflicto armado creado por la Ley 1448 de 2011 que es un régimen de responsabilidad objetiva que omite la culpa y el nexo de causalidad como elementos para determinar que hubo responsabilidad patrimonial del Estado.

Así pues resulta coherente con este desarrollo de la responsabilidad civil, implementar un régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica que a su vez replantee la forma en que se aplican y se relacionan los elementos de la responsabilidad (conducta, culpabilidad, nexo causal, daño). Para lo cual en este capítulo se plantea la constitución de un régimen de responsabilidad médica, con elementos que funcionan en su propia complejidad, que si bien, debe garantizar la reparación del daño injusto, este debe ser imputable a su autor.

¹⁵⁰ El artículo 22 de la Ley 1480 de 2011 consagra “Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito; 2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado; 3. Por hecho de un tercero; 4. Cuando no haya puesto el producto en circulación; 5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma; 6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley. PARÁGRAFO. Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse.”

A continuación, se desarrollarán los elementos de un *régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica*, la imputación normativa como fundamento, la evolución de la jurisprudencia frente a la imputación normativa y, por último, los criterios de vinculación de los médicos y las entidades del sistema general de seguridad social en salud al régimen.

1. Estructura del régimen autónomo de responsabilidad

Debido a las características propias de la responsabilidad generada en la prestación de salud ya vistas, tales como, los actores del SGSSS, la valoración y la carga de la prueba, la solidaridad por pasiva; se hace necesario replantear un subrégimen normativo autónomo del régimen general de la responsabilidad civil.

El tradicional sistema de responsabilidad civil se centra en el demandado, es decir, quién sería el victimario en la relación, pues se fundamentaba exclusivamente en la culpa en la conducta del demandado como elemento estructural y así proceder a imponer la sanción. Sin embargo, la tendencia que se viene gestando desde varios años atrás es que el enfoque de la responsabilidad sea la reparación a la víctima, es decir, “la mirada puesta primordialmente en el autor del daño ha sido sustituida por aquella otra que enfoca preferentemente al ser humano víctima del daño” con el propósito de cobijar bajo la reparación los daños que se han venido gestando gracias al avance de la ciencia y la tecnología¹⁵¹.

¹⁵¹ WOOLCOTT y FERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 387.

La responsabilidad médica no ha sido ajena a estos nuevos parámetros enfocándose en los daños causados al paciente y en donde los derechos del paciente juegan un papel preponderante en la valoración del juez en la responsabilidad médica, como bien lo concluyen Woolcott y Fernández¹⁵².

La implementación del principio de derecho denominado *pro damnato* o *favor victimae* como fundamento del régimen autónomo de responsabilidad médica permitiría invertir la fórmula clásica de la responsabilidad civil centrada en la conducta del autor del daño y no en la víctima. De esta forma pasar a una responsabilidad como la afirma Llamas Pombo¹⁵³ en el que la antijuridicidad se concreta a partir del daño y no de la conducta.

De acuerdo con Solarte¹⁵⁴, según el principio *pro damnato* o *favor victimae*, las instituciones de la responsabilidad civil se deben estructurar o interpretar a favor de las víctimas del daño como criterio hermenéutico que brinda una orientación al sistema normativo. Es así, como para efectos de esta investigación la antijuridicidad del daño es más coherente que la antijuridicidad de la conducta, pues el daño lo padece la víctima, mientras que la conducta la ejecuta el victimario; resultando con ello que la víctima sea el eje de la responsabilidad médica.

Otro elemento que debería reformularse en el régimen autónomo de responsabilidad medica es el denominado nexo de causalidad. Así, en términos de

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ LLAMAS POMBO. *Op. Cit.*, p. 1-24.

¹⁵⁴ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio *favor victimae* y su aplicación en el derecho colombiano. En: *Anuario de derecho privado 01*, 2019. Universidad de los Andes. p. 257- 304. Disponible en: <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/08-Solarte.pdf>. ISSN-e 2665-2714.

Papayannis¹⁵⁵, superar la causalidad como relación natural para pasar a la relación de explicación causal como explicación de hechos o verdades.

En este sentido se requiere pasar de la simple imputación fáctica a la imputación jurídica del daño, situación que identifica Bernal¹⁵⁶ como una de las razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual, que describe parámetros de conducta previos a la causación del daño. Si bien puede generar dificultades para regular todos los eventos en materia de responsabilidad civil extracontractual, se presentan menos inconvenientes en los casos de daños surgidos en la relación médica, ya que los médicos cuentan con un régimen jurídico de ética, y existe el régimen de seguridad social que impone una serie de pautas de comportamiento a las entidades que conforman el sistema, o que la *lex artis* genera claridades frente al comportamiento exigible al profesional de la salud.

El doble juicio de atribución, esto es fáctica y jurídica en el sistema colombiano, podría conseguirse a través de los mecanismos:

1. Adicionando el factor de atribución a la responsabilidad civil médica como elemento estructural de la responsabilidad, fórmula usualmente utilizada por el Consejo de Estado para atribuir responsabilidad patrimonial del Estado; también considerado por Diego

¹⁵⁵ PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 19-43.

¹⁵⁶ BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA Zamora, Jorge. Op. Cit., p. 253- 279.

Papayannis¹⁵⁷, quien diferencia en los elementos de la responsabilidad civil al factor de atribución, bien subjetivo u objetivo.

2. Acudiendo a la solución argentina, en la que la valoración de la antijuridicidad implica realizar un juicio normativo del comportamiento del profesional de la salud, a fin de determinar si le es atribuible o en su defecto este se debe al alea terapéutico y no se le puede imputar, lo cual se ha realizado en el régimen colombiano en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁸.

3. Acudiendo la propuesta del régimen autónomo de la responsabilidad médica que incluye como elementos los siguientes:

a. La acción u omisión del agente.

b. El daño jurídicamente relevante.

- Que el daño sea normativamente atribuible al agente.
- Que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en caso de responsabilidad con culpa).

La imputación subjetiva se refiere a los factores de atribución de la conducta, sean de tipo objetivo, como el riesgo, la equidad o el seguro, o de tipo subjetivo

¹⁵⁷ PAPAYANNIS, Diego. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 91.

¹⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (30 de septiembre de 2016). Op. Cit.

como el dolo o la culpa¹⁵⁹. Mientras que la imputación objetiva se refiere a la atribución de la conducta como propia de su autor en términos fácticos y jurídicos¹⁶⁰.

Se ha decidido utilizar esta fórmula debido a que permite superar el criterio de la culpa, usualmente utilizado en la materia, desde la perspectiva de comparar el comportamiento del demandado -posible autor del daño- con otro profesional de la misma materia puesto en las mismas condiciones. Pero al mismo tiempo, permite diferenciar la imputación fáctica de la jurídica, lo que genera una conexión entre el sujeto causante y el daño mismo. A su vez, se prefiere este sistema debido a que el reproche se centra en el daño, que es un elemento unido a la víctima, por encima de un reproche a la conducta, elemento unido al causante del daño.

De esta manera el juicio de reproche, de acuerdo con la *lex artis ad hoc* y las obligaciones impuestas por la ley y los reglamentos, no sólo aplica al profesional de la salud, sino también a las entidades que componen el SGSS en salud.

Esta fórmula de los elementos de la responsabilidad civil, para el caso de daños en la relación médica conformada por la acción u omisión, el daño antijurídico compuesto a su vez por la atribución subjetiva del daño y el juicio de reproche, permitirían cumplir en su conjunto con la atribución del daño a su causante. La conjugación de ellos, para ponerlo en términos de Papayannis¹⁶¹, nos permitiría

¹⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA. Op. Cit., p. 225-242.

¹⁶⁰ PAPAYANNIS. Op. Cit., p. 215- 230.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 45-76.

concluir que "A causó B" o explicar causalmente la subsunción del comportamiento en el supuesto de responsabilidad civil médica.

Este silogismo que consiste en atribuir el supuesto de hecho descrito en la norma al comportamiento de una persona, los penalistas lo denominan *imputación objetiva*, pero no porque se trate de una responsabilidad sin culpa, sino por el momento en el que se hace, debido a que aún no se han valorado las circunstancias subjetivas que rodean la conducta. Es entonces esta una concepción viable en el régimen autónomo de responsabilidad médica.

De acuerdo con Meza¹⁶², la deficiencia en el régimen de responsabilidad civil médica se habría superado aplicando los dos niveles de imputación, que en su conjunto son denominados como imputación plena, el primero al que el autor denomina imputación fáctica fundada sobre la relación de causalidad adecuada y la imputación jurídica que puede ser subjetiva u objetiva según las circunstancias, la que constituiría en términos del autor el "fundamento o razón de la obligación de reparar"¹⁶³. Esta investigación concluye que el criterio de imputación fáctico aplicable en el régimen autónomo de responsabilidad médica es subjetivo.

La razón por la que se ubican los problemas de imputación objetiva en el elemento daño y no en la causalidad, se debe a la creciente importancia de los sistemas de responsabilidad objetiva o sin culpa, que han llevado a que el daño sea

¹⁶² MEZA MERCADO, Cesar. Entre la causalidad y la imputación objetiva, Responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por actos terroristas cometidos por terceros y el control de convencionalidad. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2016. p. 110- 120.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 46.

considerado el núcleo de la responsabilidad civil, al amparo de las teorías de la justicia correctiva¹⁶⁴. Por otro lado, la imputación no es parte de la relación de causalidad, debido a que ella se refiere al doble juicio, factico y jurídico, que permitirían atribuir el daño a una persona como suya sin que en ella medie su comportamiento, lo que implica una consideración mucho más amplia que el nexo de causalidad, debido a que no se agota en él.

1.1. Elementos de la responsabilidad médica

La sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁵, de fecha 30 de septiembre de 2016, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, presenta elementos para entender la responsabilidad civil extracontractual. En esta investigación, y para efectos del régimen autónomo de responsabilidad médica, se acogerán los elementos indicados, a saber: “la presencia necesaria de una acción u omisión del agente y de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas)”.

La mencionada sentencia, al estudiar los elementos de la responsabilidad civil, indica que es necesario vincular a la responsabilidad médica la causalidad jurídica o

¹⁶⁴ PAPAYANNIS y PEREIRA. Op. Cit., p. 271- 295.

¹⁶⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia ID513470. (30 de septiembre de 2016). M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

imputación, lo cual implica valorar la conducta desde la satisfacción de las exigencias previamente definidas en la ley, reglamentos o el estado actual de la ciencia médica.

A continuación, se analizarán los elementos de la responsabilidad desde una visión del régimen autónomo de responsabilidad civil médica, de forma tal que sustente su viabilidad:

- La acción u omisión.

Este elemento en la responsabilidad médica no puede tener la misma concepción que en la responsabilidad civil general, ya vista en apartados anteriores de esta investigación, ya sea extracontractual o contractual.

En el ámbito de responsabilidad médica Jalil¹⁶⁶ se refiere a que la conducta está orientada hacia una mala praxis médica como sería el desconocimiento a una obligación de hacer que adquiere un profesional de la salud, bien en el ámbito contractual con las obligaciones pactadas o bien en el ámbito extracontractual con el incumplimiento del deber de no dañar a otro. Pero en todo caso, las normas relativas a la profesión son parte de obligaciones exigibles independientemente de la naturaleza de la relación.

Llamas¹⁶⁷ por su parte se refiere a la acción u omisión de manera específica en el ámbito de la responsabilidad médica como la presencia necesaria de un acto circunscrito al ámbito de las actividades relacionadas con la profesión médica

¹⁶⁶ JALIL. Op. Cit., p. 71.

¹⁶⁷ LLAMAS POMBO. Op. Cit., p. 201.

sanitaria, la cual abarca la actividad de las instituciones sanitarias y al equipo sanitario¹⁶⁸, que valga decir es uno de los fundamentos de esta investigación al analizar la responsabilidad de estas instituciones bajo la consideración del merecimiento de un régimen especial y autónomo para la responsabilidad médica.

Así entonces, las acciones se enmarcan como actos positivos, en términos generales la actuación del médico o la entidad prestadora de servicios de salud (EPS e IPS) y las omisiones como actos negativos, que se refieren a dejar de hacer, cuando se tiene el deber profesional de actuar de una determinada manera, por parte de los médicos o entidades de salud son las formas en las que se cumple este requisito.

- El daño jurídicamente relevante

En este tópico, se estudiará el daño jurídicamente relevante en dos partes. En la primera se expondrán los aspectos generales para la conceptualización del daño y el daño antijurídico o jurídicamente relevante. En la segunda, se clasificará el daño, teniendo en consideración que el daño resarcible no es sinónimo de dinero.

El profesor Peirano en su texto responsabilidad civil evoca el aforismo “donde no hay interés no hay acción”¹⁶⁹, para explicar que el daño al que se refiere la responsabilidad civil como uno de sus elementos no es todo daño, pues en algunos momentos este puede ser irrelevante para la responsabilidad civil. Por ejemplo, el

¹⁶⁸ En igual sentido FERNÁNDEZ COSTALES. Op. Cit.

¹⁶⁹ PEIRANO FACIO. Op. Cit., p. 355.

dolor sufrido por un pequeño golpe en el brazo o la partida de un ser querido a otra ciudad.

Como lo expresa Trigo¹⁷⁰, en sentido amplio se utiliza el daño como sinónimo de detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que en los casos de la relación médica resulta imperativo valorar, que debido al denominado alea terapéutico puede incidir causalmente en el resultado del procedimiento aplicado al paciente.

El profesor Peirano¹⁷¹, en la definición del daño identifica dos elementos, uno de hecho, que implica un juicio a un comportamiento desarrollado sin derecho, que equivaldría al perjuicio, y un segundo elemento de carácter jurídico que implica la existencia de una lesión en un derecho de la víctima. Este derecho puede ser la integridad física, la libertad, el honor, la salud, los alimentos, de créditos, etc.

Esta noción tiene consigo dos características que se ajustan al objetivo planteado en este apartado. En primer lugar, distingue entre daño y perjuicio y, en segundo lugar, más importante aún, incluye un componente de antijuridicidad del daño, al referirse al carácter jurídico del mismo. Esto quiere decir que el daño tiene un componente que es la protección del ordenamiento al interés o derecho protegido.

Esta idea aparece reforzada en Trigo¹⁷², en el que los autores distinguen el daño en sentido naturalístico, del daño en sentido jurídico, que es el que interesa a

¹⁷⁰ TRIGO REPRESAS. Op Cit., p. 197-244.

¹⁷¹ *Ibíd.* p. 360.

¹⁷² TRIGO REPRESAS, Félix. Reparación de daños a la persona. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2014. p. 197.

la responsabilidad civil, pues provoca una perturbación al equilibrio social y una alteración a un interés jurídicamente tutelado, ya sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial. A esto, los autores denominan daño resarcible.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC 2769-2020 del 31 de agosto de 2020 recoge esta denominación en las siguientes palabras:

El sufrimiento de un mal, menoscabo o detrimento en sentido 'natural' no es motivo suficiente para considerar la presencia de un daño resarcible, pues debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir, que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. El criterio para establecer la existencia del daño es, entonces, normativo; lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico dictan las pautas para determinar lo que debe considerarse como daño.¹⁷³

Esto supone que no todo daño es objeto de ser reparado, solo será objeto de reparación el daño resarcible, lo que se traduce que debe tener una connotación para el derecho que no es otra cosa que gozar de protección legal o constitucional, y constituye una autorización para acudir a las vías judiciales en su reclamo.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, los perjuicios se clasifican en daño emergente y lucro cesante. Vale la pena recordar en este punto que los daños extrapatrimoniales son de creación jurisprudencial por la Corte Suprema a partir del año 1922 con la destacada sentencia del caso León F.

¹⁷³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC 2769-2020. (31 de agosto de 2020). M.P.: Octavio Augusto Tejeiro.

Villaveces de 21 de julio de 1922¹⁷⁴. Valga resaltar, que la Ley 446 de 1998 al referirse al daño acude a su condición de integralidad para aludir tanto al patrimonial como al extrapatrimonial, dado que no hay discusión alguna sobre la existencia de daños que no afectan el patrimonio sino a la persona misma.

El daño emergente en términos del Código Civil colombiano en el artículo 1614, el daño emergente proviene del incumplimiento, cumplimiento imperfecto o del cumplimiento moratorio de la obligación. Por su parte, el lucro cesante es la ganancia dejada de percibir o dejada de reportarse como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento imperfecto o cumplimiento retardado.

En lo que concierne al daño extrapatrimonial se tiene establecido que tiene un carácter eminentemente espiritual y se refiere al sufrimiento o las penas padecidas con ocasión del daño¹⁷⁵. Esta categoría está en constante evolución, pues hoy la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado a partir de ella otras categorías, como el daño a la vida de relación y daño a los intereses o derechos constitucionalmente protegidos¹⁷⁶.

La Corte Suprema de Justicia clasifica actualmente los daños extrapatrimoniales en: morales (comprende los dolores y padecimientos del fuero

¹⁷⁴ En la referida sentencia la Corte expuso como justificación del reconocimiento de un daño moral: “[t]anto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como *infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia* por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil” (cursiva fuera de texto).

¹⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA. Op. Cit., p. 256.

¹⁷⁶ BARRIENTOS ZOMORANO, Marcelo. Del daño moral al extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. En: *Revista chilena del derecho*, 2008. Vol. 35, nro. 1. p. 85- 106.

interno del individuo y asimismo los daños a los derechos humanos) y a la vida de relación.¹⁷⁷

La reparación simbólica en el marco de la Ley 1448 de 2011 artículo 142 se define como “toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, la solicitud de perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas”. Pero entendiendo que esta se aplica principalmente al estado y que su naturaleza se justifica como medida restaurativa para víctimas del conflicto armado, lo que la haría incompatible con el sistema de responsabilidad civil que tiene otra naturaleza, se prefiere que se entienda como una reparación *in natura* y no de este tipo.

Si bien en el derecho privado la forma usualmente utilizada para la reparación de daños es la pecuniaria en aras de restablecer la situación del dañado, se plantea en esta investigación la posibilidad de agregar reparaciones simbólicas en el marco de la responsabilidad médica, dado que permitiría un reconocimiento de la dignidad de la víctima que en muchos casos no querrán un lucro económico, sino que puedan preferir como reparación extrapatrimonial un acto simbólico de ofrecimiento de disculpa públicas, un llamado de atención al centro médico o un seguimiento para que en el futuro no se repitan los eventos que condujeron a su daño.

- Atribución normativa del daño a un agente

¹⁷⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5686-2018. (19 de diciembre de 2018). M.P.: Margarita Cabello Blanco.

La atribución del daño se refiere la Corte Suprema de Justicia básicamente a la relación de causalidad que es la manera de vincular a un agente con un daño, cumpliendo con juicio de *imputación*, lo cual no se agota en la simple atribución desde la causalidad física o natural, sino que incorpora un elemento valorativo de la conducta de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Es decir, el sistema jurídico impone determinados deberes a un profesional de la salud o a las entidades que conforman el sistema, por ello deben actuar conforme a los reglamentos técnicos-científicos (*lex artis*) y la ley. Así, en caso de no cumplirse con los deberes impuestos y cumpliéndose los otros elementos, le es atribuible el deber de indemnizar a quien o quienes han faltado a esos deberes¹⁷⁸.

De acuerdo con el doctrinante Yzquierdo¹⁷⁹, la atribución se refiere a la vinculación del daño con el sujeto a manera de causa natural, pero no se agota en ella. Por esto, y descendiendo a la responsabilidad médica, también debe existir causalidad jurídica, también denominada imputación en la que previamente una norma impone un determinado deber de acción a quienes conforman el SGSS en Salud y tienen a su cargo la prestación de los servicios de salud.

Esta relación causa-efecto, además de estar mediada por el comportamiento activo u omisivo del profesional de la salud, la EPS o la IPS, debe generarse en el marco de unos deberes impuestos por las leyes, reglamentos o la *lex artis ad hoc*, a fin de que pueda declararse responsabilidad civil médica. Es así como, la causalidad

¹⁷⁸ TRIGO REPRESAS. Op. Cit., p. 180.

¹⁷⁹ YZQUIERDO TOLSADA. Op. Cit., p. 217.

no se agota en una sola fase, sino que requiere de dos etapas, la primera denominada causalidad de hecho y la segunda causalidad jurídica. Por esto, la teoría de la causalidad adecuada puede servir para solucionar las dificultades que se puedan presentar con la causalidad física o natural, pues en ocasiones es muy difícil determinar quién efectivamente actuó de manera culpable, a fin de atribuirle el daño¹⁸⁰.

Krause¹⁸¹ se refiere a la relación de causalidad como una dualidad de cuestiones (de hecho y de derecho). También en se le ha dado validez a tesis en el ordenamiento colombiano, es así como la Corte Suprema de Justicia¹⁸² se ha referido en recientes pronunciamientos al doble juicio causal en el que se distingue la causalidad de hecho de la causalidad jurídica.

De acuerdo con Papayannis¹⁸³, la causalidad de hecho o natural se refiere a una selección de las condiciones potencialmente idóneas para para producir el daño, acompañada del juicio contrafáctico para establecer la incidencia del hecho en el daño, para realizar este juicio de relación natural se hace uso de la teoría de la *conditio sine qua non*. En caso que el daño efectivamente sea consecuencia del hecho, posteriormente se hará uso de la denominada causalidad de derecho, que

¹⁸⁰ ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. En: *Vniversitas*, 2014. Nro.129. p 217. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/adminpujojs,+06+causalidad.pdf>

¹⁸¹ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. La relación de causalidad *¿Questio Facti o Questio Iuris?* En: *Revista de Derecho Valdivia*, 2014. Vol. 27, nro. 2. p. 81- 103. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000200004&script=sci_abstract. ISSN 0718-0950.

¹⁸² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia ID3604-2021. (25 de agosto de 2021). M.P.: Luis Rico Puerta.

¹⁸³ PAPAYANNIS. Op. Cit., p. 215- 230.

consiste en seleccionar el antecedente causal más relevante del daño de manera que sea posible atribuirlo al causante como un hecho suyo conforme a las reglas previstas en el ordenamiento, haciendo uso de las reglas impuestas por la teoría de la causalidad adecuada.

Si bien la atribución normativa del daño puede confundirse con la relación de causalidad, es pertinente aclarar que se encuentra más cerca de la denominada por Rojas y Mojica¹⁸⁴ como causalidad de derecho que se trata básicamente de la atribución del daño que interesa al derecho a un agente, es decir *atribuible en términos jurídicos*, por lo que se debe valorar bajo un estándar previsto en la norma el comportamiento de quién o quiénes tenían el deber de enfrentar el hecho.

En materia de responsabilidad médica, el profesional de la salud debe actuar bajo el cumplimiento de los deberes impuestos por la Ley 23 de 1981, los protocolos y la literatura médica comúnmente aceptada por la comunidad médico científica y, las EPS y/o las IPS deben hacerlo bajo el cumplimiento de los deberes impuestos por la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, las resoluciones de las entidades que vigilan el SGSS en salud que imponen determinados comportamientos, la Ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia que les impone deberes de acción en el curso de la prestación de los servicios de salud.

A manera de ejemplo, basta memorar la sentencia del 30 de septiembre de 2016 para observar cómo la muerte de la paciente no se puede atribuir a un

¹⁸⁴ ROJAS y MOJICA. Op. Cit., p. 187- 235.

profesional de la salud determinado, debido a que la paciente llegó a IPS con un fuerte cólico, pero se atendió sin dejar registro en la historia clínica de la paciente, luego fue nuevamente atendida sin respectivo ingreso, en una tercera oportunidad se hacen las anotaciones del caso, pero fue dada de alta debido a la ausencia de camas, ya en una cuarta oportunidad, cuatro días después de la primera atención, fue diagnosticada con apendicitis e intervenida de urgencias.

Es así que debido a que hubo fallas desde la primera visita de la paciente al establecimiento de salud, no sólo en el diagnóstico y el desconocimiento de los protocolos aplicables, sino también en el diligenciamiento de la historia clínica, lo que afectó seriamente los canales de comunicación entre los profesionales que la atendieron. En los hechos probados se observa que fue hasta la cuarta visita a la IPS cuando se manejó de manera adecuada el caso, pero posteriormente se le da la de alta en condiciones completamente contrarias a la *lex artis ad hoc*. Así, una continuación de errores condujo al desenlace fatal de la paciente.

Como se evidencia la falla de la IPS estuvo en la carencia de canales efectivos de comunicación, por la falta de registro en la historia clínica por parte de varios médicos, lo que impidió un diagnóstico adecuado de la paciente desde la primera atención, la falta de notas de enfermería, sumado a la alta médica prematura constituyeron los factores para atribuir el daño a la conducta a la demandada como un hecho suyo.

Es así como la imputación de daño a un agente no se agota en la simple causalidad natural o primera etapa del juicio de imputación, que consistente en la

atribución natural del daño, donde basta con demostrar que dentro de las posibles causas naturales se encuentra el comportamiento del demandado; es así que también se debe realizar un juicio al comportamiento del demandado para determinar si actuó conforme al deber jurídico de acción, es decir, analizar si su comportamiento estuvo ajustado a los deberes de acción que le son exigibles por el ordenamiento jurídico.

- Juicio de reproche culpabilístico

Se refiere la Corte Suprema de Justicia como juicio de reproche culpabilístico al elemento subjetivo de la responsabilidad para los casos de la responsabilidad con un régimen subjetivo de atribución de la conducta ya sea a raíz de la culpa presunta o de la culpa probada, donde el demandado se libera demostrando una conducta diligente, en el caso de la responsabilidad médica en esta investigación se ha logrado evidenciar la necesidad de que el régimen jurídico autónomo prefiera un sistema subjetivo.

El criterio de atribución que en este juicio se realiza desde la atribución de una regla abstracta de conducta, que puede generarse con dolo o culpa, y de acuerdo con ello, se genera el daño. Pues bien, esto se traduce en la violación de los deberes de conducta atribuidos por el ordenamiento jurídico.

La culpa como criterio de atribución implica superar la valoración del comportamiento del causante de daño, a partir de estándares comparativos presentes en el régimen general de responsabilidad civil. Para concentrarse en un modelo que se atiene a la norma jurídica y a los deberes impuestos por ella como la

manera de atribuir el comportamiento a su autor. Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia¹⁸⁵ indica que “las pautas de atribución de un hecho a un agente, en suma, se infieren a partir de los deberes de acción que impone el ordenamiento jurídico”.

Si bien es cierto, que este elemento se puede confundir con la violación del reglamento como modalidad de la culpa. El criterio de atribución es una consideración más amplia que se refiere a la norma jurídica, con criterios igualmente amplios como el derecho a la salud, que solo se puede valorar su violación frente al caso específico o dicho de otra manera no cuenta con la estructura general de la norma jurídica, entendida como un artículo o ley específico, en el que un supuesto de hecho es acompañado de una consecuencia jurídica, debido a que el supuesto es genérico que no se encuentra en un solo artículo o ley y consiste en el médico, la EPS o la IPS que desconozca los derechos de su paciente y le generó un daño con su conducta deberá indemnizar.

En el entorno de la relación médica, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios imponen a las entidades la obligación de ofrecer servicios de salud de calidad, de manera eficiente, con prevalencia de los derechos de los usuarios, adoptados especialmente de la Ley 1751 de 2015. Estos derechos se convierten en deberes para las entidades que componen el sistema y su violación puede generar responsabilidad civil a quienes lo conforman, como un factor de imputación normativo. Como bien lo expone la Corte Suprema de Justicia:

¹⁸⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia N° 2001 0078 01. (08 de agosto de 2011) M.P.: Octavio Munar Cadena.

En la actividad empresarial contemporánea, un daño a un bien jurídico ajeno no sólo puede originarse como resultado de la ejecución de las decisiones administrativas o del despliegue de conductas adoptadas por la cadena jerárquica, sino que puede deberse a falencias de planeación, de control, de organización, de coordinación, de disposición de recursos, de utilización de la tecnología, de flujos en la comunicación, de falta de políticas de prevención, entre otras variables. Dichas variables deben quedar plenamente identificadas para efectos de asignación de responsabilidad, pero no siempre son atribuibles a uno o varios individuos determinados debido a que el funcionamiento de la organización no se mide según las nociones tradicionales extraídas del paradigma de la conciencia y la voluntariedad moral del ser humano, sino también desde la conciencia de las organizaciones, que si bien no razonan sí actúan en desarrollo de sus finalidades empresariales y por tanto también son sujetos de responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes empresariales¹⁸⁶.

A las entidades que componen el sistema, se les puede atribuir el daño como parte de un fenómeno jurídico y natural, pues probablemente no actúan directamente con el usuario, pero sus omisiones en la implementación de canales eficientes de comunicación entre las EPS y las IPS, la falta de planeación en la prestación de servicios, la carencia de políticas de prevención, la carencia de protocolos adecuados en la prestación de servicios, la atención oportuna y sin dilaciones, u otros elementos, son hechos u omisiones que se les pueden atribuir normativamente y que comprometen su responsabilidad, bien individual o solidariamente como se explicó en el capítulo segundo de esta investigación.

De hecho, en muchos casos es difícil establecer la responsabilidad de un médico determinado pues los errores no corresponden a algún miembro del equipo sanitario. Lo cual de acuerdo al régimen general de la responsabilidad civil, la víctima

¹⁸⁶ Ibid.

no podría materializar su derecho a la indemnización pues no puede alegar la imputación no solo fáctica sino normativa de las conductas, además de apelar a la solidaria responsabilidad de otros actores de la prestación médica.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico colombiano el artículo 2341 del Código Civil es el fundamento jurídico para una eventual teoría de la imputación. La norma estipula 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”.

Sin embargo, de acuerdo con García¹⁸⁷, la confusión entre la atribución del daño y relación de causalidad ha conducido a que se traten de manera impropia los conceptos, pues la culpa es diferente a la relación de causalidad, que por conducto de los sistemas de responsabilidad objetiva, se ha reconducido la culpa a la causa y la causa a la culpa, debido a se ha objetivado los casos de presunción de culpa, los cuales implican una inversión de la carga de la prueba y no un sistema de responsabilidad objetiva, por tanto en ellos el dañador se libera demostrando diligencia, pero se ha entendido que lo que se produce es una ruptura del nexo de causalidad.

Por el contrario, en la responsabilidad objetiva o sin culpa solo procede demostrar la causa extraña como factor para desvirtuar la causalidad, pero es importante enfatizar que tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva

¹⁸⁷ BERNAL PULIDO y FABRA ZAMORA. Op. Cit. Pág. 253- 280.

el nexo de causalidad debe demostrarse. No obstante, la Corte Suprema de justicia¹⁸⁸ ha confundido los conceptos al indicar que en algunos casos de presunción de culpa no se pueden exonerar de responsabilidad demostrando la propia diligencia sino la presencia de una causa extraña.

1.2. La imputación normativa en los procesos de responsabilidad médica

En términos de Cordini¹⁸⁹, la imputación en un sentido amplio es entendida como un juicio de valor a la conducta del artífice como causante del daño, atribuida al sujeto como culpable, en la medida en la que no ha actuado de la manera como se lo exige la norma. Citando a Jakobs, el autor describe la imputación como el acontecimiento contrario a la norma en el que incurre un sujeto competente, dejando eso sí la claridad de que Jakobs se refiere a la imputación del tipo en materia penal, donde existe un supuesto de hecho para cada comportamiento, lo que se denomina principio de legalidad, mientras que en la responsabilidad civil la regla de conducta es genérica, como ya se ha explicado.

La atribución de un hecho a una persona como su obra es anterior a la explicación del fenómeno en términos causales; de acuerdo con el autor, antes de

¹⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia 11001-3103-018-1999-00533-01. (24 de agosto de 2009). M.P.: William Namén Vargas.

¹⁸⁹ CORDINI, Nicolas. El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal: ¿hacia una etapa superadora o involución a concepciones pre-científicas? En: *Derecho Penal y Criminología*, 2015. Vol. 36, nro.100. 89–124. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4484>

ser descubierta la causalidad ya se hacía atribución de la conducta. Esta posición lleva a diferenciar entre la atribución natural y la normativa; normalmente se confunde la atribución de la conducta con causalidad del comportamiento al daño, pero es preciso indicar que no son una misma cosa.

En la búsqueda de una razón para atribuir a un patrimonio las consecuencias de un actuar dañoso se puede elegir entre un criterio de imputación subjetiva a título de dolo o culpa o un criterio de imputación subjetiva-objetiva, como el riesgo, la equidad, la garantía, el seguro, etc.¹⁹⁰ En esta investigación se acude a un factor de atribución normativo, es decir, el juicio a la conducta realizado por el sujeto con violación a un deber impuesto en la norma o en otros términos, la conducta solo se puede atribuir al sujeto cuando esta ha actuado con violación de sus deberes, lo que constituye un criterio de imputación de tipo subjetivo.

De lo anterior, surge la duda respecto a qué se considera como imputación objetiva. Para responderlo, vale la pena indicar que su análisis se centra en considerar la imputación natural como la forma de atribuir un hecho o fenómeno a un sujeto. Cordini¹⁹¹ la conceptualiza como una imputación total (de hecho y de derecho) en donde se puede atribuir el resultado a su causante como su comportamiento antes de valorar si el título de imputación es el dolo o la culpa.

¹⁹⁰ YZQUIERDO TOLSADA. Op. Cit., p. 225.

¹⁹¹ CORDINI. Op. Cit., p. 89- 124.

Jules Coleman y Gabriel Mendlow¹⁹² doctrinantes del *common law* precisan que la imputación objetiva no es más que la transgresión de los deberes de conducta objetivos generando un daño. Definen que cuando la conducta de una persona se rige por un deber de responsabilidad objetiva, se le exige no dañar a aquellos a quienes pone en peligro, con culpa o sin ella. Lesionar a quienes tienen un derecho a no ser dañados constituye frente a ellos un ilícito. Esto es así tanto si sus acciones son excusables como sí son loables.

Esta consideración resulta útil para la propuesta que se ha planteado debido a que contiene un criterio valorativo de la conducta y del resultado que son compatibles con el derecho de la responsabilidad civil. Para analizarlo se evoca un caso que se plantea por parte de Papayannis¹⁹³ con las variaciones que implica ajustarlo a regla de derecho existente en el ordenamiento patrio, que es el siguiente:

Un paciente padece una enfermedad, por lo que le suministran un medicamento en una cantidad exacta cada vez que presenta una determinada crisis, debido a que si se suministra un poco menos sería insuficiente para que el medicamento cumpla su finalidad, pero si se suministra más de la cantidad requerida el resultado sería el mismo, la muerte del paciente.

Para ventilar este asunto se aborda el supuesto en que el paciente cuenta con asistencia médica permanente, debido al grave riesgo de que una crisis le puede

¹⁹² COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabriel. Las teorías de la responsabilidad civil. En: BERNAL, C. y FABRA, J. La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosóficos jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual: Universidad Externando de Colombia, 2013. p. 670.

¹⁹³ PAPAYANNIS. Op. Cit., p. 19.

generar la muerte. Un día el paciente presenta una crisis, en la cual los síntomas son completamente compatibles con su enfermedad, por lo que los protocolos de atención enseñan que por su peso y edad requiere tal cantidad del medicamento, pero el profesional le proporciona un poco más de la cantidad requerida y el paciente muere.

En un segundo supuesto, el paciente no cuenta con asistencia médica permanente, lo acompaña un miembro de su familia, pero las otras circunstancias son similares, requiere una cantidad exacta del medicamento, por lo que el familiar le suministra un poco más de cantidad requerida y como consecuencia de ello, el paciente muere.

En ambos casos la causa de la muerte del paciente tiene exactamente la misma explicación, pero a diferencia del familiar al médico le era exigible un comportamiento diferente, debido al conocimiento científico que tiene, y al deber jurídico de poner a disposición de su paciente los medios necesarios para garantizar su derecho a la salud.

Bajo estas circunstancias es necesario aclarar que el factor diferencial entre el comportamiento del médico y el del familiar del paciente se encuentra en el deber de conducta impuesto por el ordenamiento a cada uno, pues el familiar actúa de acuerdo con lo que conoce del caso, bien porque se lo han enseñado o explicado o bien por un conocimiento popular no científico de la enfermedad del paciente, en cambio no aplica para el profesional la misma lógica, pues esta es una persona que se ha preparado para actuar en circunstancias como la descrita en la crisis de su

paciente, conoce además o por lo menos debe conocerlo, pues la ignorancia supina no exonera de responsabilidad a nadie; los protocolos de atención en este caso no se cumplieron por quien se asume los conoce, lo que se traduce en un reproche a su conducta.

Continuando con esta justificación se encuentra que el profesional de la salud recibió sus estudios, por lo que se supone tiene los conocimientos científicos de su arte, lo cual motiva a que el Estado le imponga una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra cumplir con sus deberes profesionales, conforme a lo previsto en la Ley 23 de 1981, respetar los derechos de sus pacientes, los cuales son impuestos por la ley estatutaria de salud y, por último, actuar conforme a los protocolos de atención expedidos por las autoridades sanitarias y el centro médico donde presta sus servicios.

En este sentido, el comportamiento del profesional incluso puede comprometer a la IPS, debido a que gracias al modelo sistémico de prestación de servicios de salud el paciente podría encontrarse a cargo de esta entidad, en este caso son solidariamente responsables o incluso se debe considerar que la prestadora omitió su deber legal de prestar un servicio de calidad y asumir un daño generado al paciente por ella directamente como prestador del servicio por medio de su profesional.

Como quiera que en estos casos el baremo del comportamiento del médico no se compara con el de otro médico puesto en las mismas circunstancias, es decir,

con el modelo ideal de conducta, sino con la observancia de cada uno de los deberes que su profesión le impone es que el factor de atribución es normativo.

Estas condiciones conducen a plantear que la valoración de la culpa con un criterio normativo es necesario en los casos de daños en la relación médica, pues la norma puede cumplir el fin de ubicar a la víctima en el centro de la argumentación en la responsabilidad, debido a que todo desconocimiento de los deberes impuestos por el estado a las EPS, IPS y médicos, se traducen en el desconocimiento del derecho del paciente a acceder a un servicio de salud eficiente y de calidad.

1.3. La imputación normativa en la responsabilidad civil médica en la jurisprudencia actual

La imputación normativa, también conocida como imputación objetiva es considerada por Rojas y Mojica¹⁹⁴ como una teoría que busca determinar cuándo un daño, además de ser fácticamente originado en una determinada actuación, le es imputable objetivamente a esa actuación, en términos jurídicos.

Bernal hace una defensa de la teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual, a la que considera "como un constructo, la cual solo puede entenderse y cobrar coherencia teórica y práctica desde las propias categorías

¹⁹⁴ ROJAS y MOJICA. Op. Cit., p. 187- 235.

forjadas por el sistema jurídico¹⁹⁵. Así, los elementos cobran un sentido de acuerdo con el régimen de normas.

Es así como, la crítica más importante que se le ha hecho al sistema adoptado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se hizo, precisamente, en la aclaración del voto del Magistrado Luis Tolosa Villabona dispuesto en citada sentencia SC13925-2016. En él se consideró que un sistema de imputación normativa no es adecuado para el medio debido a que ello implicaría que existiera una norma jurídica aplicable a cada caso de responsabilidad civil extracontractual y, como la dinámica social impide tal suceso, pues supondría que el ordenamiento jurídico se anticipe a la dinámica social, previendo los hechos originan la responsabilidad civil. Por tanto, no se puede utilizar ese modelo, debido a que requiere que previo al acto el ordenamiento jurídico valore el hecho como digno de protección jurídica y de indemnización, lo que a juicio del aclarante restringe el derecho resarcitorio solo a los casos previstos por el ordenamiento jurídico.

Esta crítica puede ser respondida por esta investigación con los siguientes argumentos:

1. La Ley de 23 de 1981 adopta el Código de Ética Médica, el cual prevé un sistema de responsabilidad disciplinaria aplicable a los médicos en cumplimiento de las actividades propias de su profesión. El artículo primero adopta una declaración de principios para el desarrollo de la ética médica, el segundo adopta el juramento

¹⁹⁵ BERNAL PULIDO y FABRA ZAMORA. Op. Cit., p. 267.

hipocrático y, a partir del tercero, se imponen obligaciones al profesional de la medicina y al paciente. Todo ello permite que pueda utilizar en la responsabilidad médica un criterio de imputación con unos matices de carácter normativo, diferente al criterio actual correspondiente a un modelo abstracto ideal de conducta, que en caso de la responsabilidad médica es el un profesional promedio puesto en las mismas condiciones del agente del daño.

Por su textura abierta las reglas de la deontología médica, funcionan como principios que inspiran la correcta prestación de los servicios médicos y que se cierran con las características del caso concreto sumado a los protocolos de atención y la literatura médica comúnmente aceptada.

2. La Ley 100 de 1993 adopta el Sistema de Seguridad Social en Colombia y en el artículo segundo se adoptan los principios que inspiran el régimen. Para el caso de la prestación de los servicios de salud, el artículo 156 establece las características del sistema y el 155 señala de manera genérica las competencias de las entidades que lo integran, entre ellas las IPS y EPS.

3. La Ley 1751 de 2015 regula el derecho fundamental a la salud y en el artículo 6to se refiere a los elementos y principios que integran este derecho. Por su parte, el artículo 10 prevé los derechos y los deberes de las personas relacionadas con la prestación del servicio de salud y desde el artículo 12 se desarrollan las garantías y mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud.

4. La Ley 35 de 1989 adopta el código de ética del odontólogo, la Ley 6 de 1991 reglamenta la especialidad médica de la anestesiología, la Ley 36 de 1993 reglamenta la profesión de la bacteriología, la Ley 266 de 1996 reglamenta el ejercicio de la profesión de la enfermería, la Ley 528 de 1999 reglamenta el ejercicio de la profesión de la fisioterapia y la Ley 657 de 2001 reglamenta la especialidad de la radiología. Todas declaran principios, deberes e imponen una serie de obligaciones en el desarrollo de la prestación de los servicios de salud.

5. Existen, a su vez, sentencias de la Corte Constitucional colombiana que imponen deberes a quienes se encuentren sujetos a la prestación de los servicios de salud. Estos deberes son reglas de imperioso cumplimiento para quienes conforman el sistema de seguridad social en salud o forman parte de la relación médica.

6. También existen protocolos para la prestación de servicios de salud adoptados por el Ministerio de Salud, las secretarías seccionales y locales de salud, las asociaciones de profesionales de la salud y suficiente literatura médica que, en su integridad, conforman la denominada *lex artis ad hoc*, que son verdaderos deberes de conducta en la prestación adecuada de los servicios de salud. Finalmente, el doctrinante Yzquierdo¹⁹⁶ reconoce que el profesional de la salud y las entidades que conforman el sistema de salud deben responder patrimonialmente cuando faltan a uno o varios deberes impuestos por la ley, los reglamentos o el

¹⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA. Op. Cit., p. 227.

desarrollo del estado actual de su ciencia. Eso sí, cuando no ha mediado una causal de ausencia de responsabilidad.

Por lo que existen suficientes argumentos para sostener que frente a los casos de responsabilidad médica se puede implementar un régimen de valoración de conducta del médico y las entidades prestadoras de servicios de salud, a partir de estos mandatos, en razón a que en materia médica existen normas de conducta exigibles al profesional, las cuales constituyen un baremo a su conducta en los casos de daños en la relación médico paciente, pues si bien no van existir normas que prevean el comportamiento de las personas en cada de responsabilidad civil extracontractual, no ocurre lo mismo en los casos de responsabilidad médica.

Otra crítica que recibe la imputación normativa en la responsabilidad civil médica es que los denominados Códigos Deontológicos son adoptados por las mismas asociaciones de profesionales en este caso de la medicina y no tendrían una existencia jurídica plena, pero como bien anota Papayannis¹⁹⁷, este no es el caso colombiano, pues en el sistema colombiano mediante Ley 23 de 1981 se adoptó el denominado Código de Ética Médica, por lo que utilizando sus mismas palabras este tiene plasmación jurídica neta.

Por otra parte, esta investigación demuestra que en los casos de responsabilidad médica existe la necesidad de distinguir entre la causalidad de hecho y la causalidad de derecho, integrando un factor de imputación normativo que

¹⁹⁷ PAPANANNIS, Diego y PEREIRA, Esteban. Filosofía del derecho privado. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 143.

permita realizar una selección adecuada de las causas que originen al daño. Ahora bien, aunque la sentencia se refiere a la responsabilidad civil extracontractual de manera genérica, esta investigación ratifica la necesidad de la búsqueda de una distinción entre los dos conceptos, por lo menos en los casos de daños surgidos con ocasión a la relación médica.

Por otro lado, los criterios para realizar una imputación normativa del comportamiento parten de los estándares o patrones de comportamiento aceptados de acuerdo con una jerarquización de las reglas, en las que las normas constitucionales que se refieren al derecho a la salud se encuentran con preeminencia frente a las otras normas, en el segundo escalón se encuentran las normas legales que imponen ciertos patrones de conductas a los profesionales de la medicina y a las entidades que participan de la atención, aquí la Ley 100 de 1993, la Ley 23 de 1981, la Ley 1751, la jurisprudencia que impone deberes de conducta en la relación médica, las resoluciones del Ministerio de Salud, los protocolos de atención y la literatura médica comúnmente aceptada se deben valorar a fin de establecer responsabilidad.

Esta investigación propone que la literatura médica comúnmente aceptada dentro de la comunidad científica es otro criterio útil para la valoración de la conducta del médico, debido a esos conocimientos enseñan al profesional el estado actual de su ciencia, los cuales permiten brindar a sus pacientes conocimientos actuales para un servicio de salud de calidad y eficiente.

En el caso de la literatura médica comúnmente aceptada hay que dejar sentada la anotación que no se trata de cualquier documento, debe existir un consenso en comunidad medico científica frente a su aceptación, debido a que es una manera de valorar objetivamente la *lex artis*, pues en todo caso el profesional está obligado no solo a tener un título que lo acredite como tal, también es necesario que conozca de manera meridiana su profesión y que actualice sus conocimientos, esto para mostrarnos de manera crítica frente a Papayannis y Pereira¹⁹⁸, quien asegura que es muy difícil valorar el grado de aceptación de la literatura médica para establecer responsabilidad civil.

Agudelo Molina¹⁹⁹ se refiere a la imputación objetiva en materia penal, indicando que constituye una categoría diferente a la causalidad, debido a que ella se refiere a cuestiones de atribución jurídica de un hecho como propio de una persona. Ello, es compartido por esta investigación, así como entender que pertenece a la esfera de la tipicidad objetiva en el ámbito del derecho penal.

De la tesis de Agudelo lo que no se comparte por parte de esta investigación es que según ese autor la imputación objetiva es tratada en la responsabilidad civil como si se pudiera trasplantar completamente su tratamiento en el ámbito penal, por tres razones se proceden a describir:

¹⁹⁸ PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES. Op. Cit. Pág. 431- 453

¹⁹⁹ AGUDELO MOLINA, Juan Diego. Causalidad e imputación. La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil. En: *Revista de derecho privado*, 2021. Nro. 41. p. 321-353. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7208>

Primero: en materia civil la imputación de la conducta se realiza desde normas que imponen pautas genéricas de comportamiento en términos de Papayannis²⁰⁰ denomina este fenómeno como causalidad jurídica. Que esa la relación de causalidad de la regla al comportamiento se hace en función del mandato general de no hacer a otro, de acuerdo con Bernal²⁰¹. En materia de responsabilidad médica de acuerdo con esta investigación se puede cumplir la causalidad jurídica con uno o máximo dos bienes jurídicos protegidos por el derecho, esto es la vida y la salud del paciente; mientras que en materia penal el principio de legalidad implica que la regla de comportamiento es específica, debido, entre otras razones, a la multiplicidad de bienes jurídicos protegidos, impuestos por el principio de legalidad que opera en materia penal.

Segundo: el fin perseguido por los dos ámbitos del derecho distan mucho, mientras que en la responsabilidad civil la consecuencia del desconocimiento de una regla genérica, aplicable a todos los casos, que es la declaración de la existencia de una obligación; en materia penal, la regla es específica, aplicable solo a la adecuación del comportamiento al tipo penal, lo que genera la consecuencia que es la imposición de una pena.

Tercero: en el ámbito civil el aspecto subjetivo es valorado en muchos casos en sede del factor de atribución, bien sea subjetivo u objetivo; mientras que en

²⁰⁰ PAPAYANNIS. Op. Cit., p. 214- 233.

²⁰¹ BERNAL PULIDO y FABRA ZAMORA. Op. Cit., p. 271.

materia penal esa valoración se hace en otro momento u oportunidad posterior a la imputación objetiva.

Son estas razones por las que el tercer nivel analítico²⁰² de la teoría de la imputación objetiva no aplica al ámbito de la responsabilidad civil, como quiera que la creación o concreción de un riesgo, principios que estructuran el sistema de imputación penal no tienen fundamento en el ámbito de la responsabilidad civil, pero el argumento en contrario lleva a la conclusión de la incoherencia interna de la imputación objetiva en materia civil, pues no se pueden igualar las dos materias.

Estas circunstancias permiten a esta investigación una coincidencia con Prevot²⁰³, en el entendido que existe un problema en materia de relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil, que no se ha podido superar con la teoría de la causalidad adecuada, pues la causalidad es fenómeno natural y no jurídico, por lo que la imputación objetiva representa un nuevo aire a la responsabilidad civil. En lo que interesa en esta investigación a la responsabilidad médica.

Por otro lado, Mazeaud, Henry, Mazeud, León y Tunc²⁰⁴ al estudiar la relación de causalidad señalan que ella consiste para los regímenes de responsabilidad subjetiva en el vínculo existente entre el perjuicio y la culpa del agente; mientras

²⁰² AGUDELO MOLINA. Op. Cit.

²⁰³ PREVOT, Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. En: *Revista de derecho chilena de derecho privado*, 2010. Nro. 15. p. 143-178. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-80722010000200005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-8072.

²⁰⁴ MAZEAUD, MAZEUD y TUNC. Op. Cit., p. 455- 460

que en los regímenes de responsabilidad objetiva el vínculo se cumple entre el perjuicio y el hecho o acto del agente, concluye esta investigación que en todo caso es simple fenómeno natural.

En ese mismo sentido Mazeaud, Henry, Mazeud, León y Tunc²⁰⁵ al analizar los casos de la responsabilidad civil por el hecho de un tercero se debe cumplir con el requisito exigido en la ley para atribuir responsabilidad al civilmente responsable, por lo que concluye esta investigación la relación de causalidad en estos casos se presenta una relación entre el hecho o la culpa del dañador con el daño para atribuir de acuerdo con la condición prevista en la norma el daño al civilmente responsable.

Como bien anota Bernal²⁰⁶ la imputación en materia de responsabilidad civil no se cumple necesariamente atribuyendo la obligación de reparar al dañador, debido a que existen casos en los que el obligado a reparar no fue en términos materiales el causante del daño como en el caso del civilmente responsable, por lo que la identidad entre dañador y responsable se presenta como un axioma de la responsabilidad civil extracontractual, que pretende con datos prejurídicos brindar soluciones a problemas jurídicos, por lo que concluye esta investigación que la simple causalidad natural no es suficiente para atribuir la obligación de reparar a un tercero civilmente responsable.

Se coincide entonces en esta investigación con Bernal en que la reedificación de la responsabilidad civil con plena coincidencia la construcción normativa con las

²⁰⁵ *Ibíd.* p. 532- 536.

²⁰⁶ BERNAL PULIDO y FABRA ZAMORA. *Op. Cit.*, p. 271.

relaciones naturales genera un mínimo de coherencia interna capaz de brindar soluciones congruentes con los problemas que pretende solucionar la responsabilidad civil, para esta investigación se toman estas reflexiones solo en lo que es su objeto de estudio la responsabilidad civil médica.

1.4. Las entidades del sistema de seguridad social en salud en el régimen autónomo de responsabilidad médica

De acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, los integrantes del SGSS se clasifican en organismos de dirección, vigilancia y control, organismos de administración y financiación, instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas, demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la ley, estén adscritas a los ministerios de Salud y Trabajo, los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan en el régimen contributivo y los pensionados, los beneficiarios del SGSS en salud, en todas sus modalidades, los comités de participación comunitaria 'COPACOS', las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud y, por último, los operadores logísticos de tecnologías en salud y gestores farmacéuticos.

En este andamiaje, no todos tienen a su cargo la prestación de servicios de salud, sólo lo hacen quienes pueden comprometer su responsabilidad frente a los usuarios del sistema, por lo que es necesario hacer referencia a las nuevas dimensiones de la responsabilidad sanitaria para analizar el grado intervención de

las instituciones y la atribución de responsabilidad a quienes intervienen en el acto médico, tal como lo analiza Llamas²⁰⁷.

De todas las entidades mencionadas, solo las EPS y las IPS tienen dentro de las funciones asignadas por la ley la de prestar los servicios de salud, lo que implica que solo hasta ellas es posible imputar el daño como comportamiento suyo.

Al abordar los otros participantes se generaría como consecuencia que se pierda un poco el objeto de esta investigación. Además, asignarle responsabilidad a quienes tienen la vigilancia, coordinación u otras funciones implicaría hacer interminable y poco práctico el tema en cuestión y al final terminaría en la responsabilidad del Estado y con ello no se resuelven los problemas planteados que como se advirtió recaen en el ámbito privado de la responsabilidad médica.

Keren- Paz²⁰⁸, realiza un interesante desarrollo del análisis económico del derecho en la responsabilidad civil extracontractual, en el que acepta que el sistema de responsabilidad civil tiene un componente político que es útil para distribuir la riqueza, la libertad y otros bienes primarios. Si bien este autor se refiere a una teoría normativa con unos matices de igualitarismo y justicia distributiva que no son desarrollados en esta investigación, su propuesta respecto a una teoría normativa promueve la sensibilidad igualitaria, por lo que el demandado debe soportar las consecuencias del traslado del riesgo al demandante que soporta el daño. Si bien es

²⁰⁷ LLAMAS POMBO. Op. Cit., p. 250.

²⁰⁸ KEREN- PAZ, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 84.

cierto, todas estas consideraciones se desarrollan en un contexto diferente al analizado en esta investigación, esta posición es una razón más por la cual las EPS e IPS deben ser vinculadas a la responsabilidad civil médica, pues existen razones de justicia distributiva y correctiva que le darían fundamento.

En este orden de ideas, se puede afirmar que las entidades que conforman el sistema de seguridad social en salud deberían soportar su vinculación a la responsabilidad civil médica en razón al estándar de diligencia normativo para alcanzar los fines de la justicia correctiva, pues al encontrarse en mejor situación que sus usuarios merecen un estándar de diligencia mayor, siempre que no logren demostrar que han actuado de manera diligente en la mitigación de los riesgos.

Efectivamente coincide esta investigación con Fernández y Woolcott²⁰⁹ en que la responsabilidad por mala praxis médica puede comprometer a las entidades sanitarias o en el caso colombiano de seguridad social en salud y que la naturaleza de ella es de índole contractual, que responden por el hecho propio, en muchos casos, pero vale recordar que ellas en sí mismas pueden actuar directamente en la generación del daño, para explicar el fenómeno de la responsabilidad que se genera entre la entidad asistencial, el médico y el paciente. Fernández y Woolcott²¹⁰ desde un estudio del derecho peruano se adhieren a la posición de que se trata de un contrato a favor de terceros.

²⁰⁹ FERNÁNDEZ y WOOLCOTT. Op. Cit., p. 499.

²¹⁰ *Ibíd.*

Se pasará entonces a abordar la responsabilidad de las entidades de naturaleza privada que tienen a su cargo la prestación de los servicios de salud. Para ello, se revisarán las funciones determinadas por la ley y cómo estas generan obligaciones por los daños causados a los usuarios.

Según Pérez²¹¹, La responsabilidad por el hecho ajeno se refiere a los casos en los que una persona debe responder por el hecho de otro, por mandato de la ley y de la equidad, debido a la dependencia, escogencia o vigilancia del causante del daño, a quien se le han encargado funciones.

El Código Civil desarrolla este tipo de responsabilidad en los artículos 2346, 2347 y 2348 y son conocidas como responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos, de los ascendientes y demás personas que hayan tenido a su cargo la educación de un niño, de los guardadores por los hechos de sus pupilos, de los directores y maestros por los hechos de sus alumnos y de los empresarios por los hechos de sus empleados. Sin embargo, como quiera que en la materia que ocupa esta investigación se ha aplicado el sistema de responsabilidad de los empresarios por el hecho de sus dependientes desde una consideración de responsabilidad directa, solo se hará referencia a ella.

Ahora bien, este tipo de responsabilidad se aplica a los empresarios, comerciantes o industriales por el hecho de las personas que se encuentran bajo su subordinación. En ella, el criterio de autoridad que se ejerce sobre otro es

²¹¹ PÉREZ VIVES. Op. Cit., 128.

determinante para imputarla. En este caso se aplica la responsabilidad por el hecho ajeno a las personas jurídicas de derecho privado, cuando el daño es causado por un órgano de ejecución debido a que se aceptó la responsabilidad directa de los órganos de dirección, como lo señala Tamayo²¹². Lo cual cambió en el ordenamiento patrio desde que en 1975 la Corte Suprema de Justicia²¹³ consideró que en estos casos la responsabilidad es directa.

En la sentencia C-1235 de 2005, la Corte Constitucional colombiana se refirió a este tipo de responsabilidad expresando que esta es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por el ordenamiento civil colombiano, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo*- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia.

Es pertinente indicar que, tal como lo afirma Santos²¹⁴, esta responsabilidad tiene un enfoque subjetivista, lo que implica que la imputación de la conducta al responsable por el incumplimiento de los deberes exigibles directamente a sus

²¹² TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 791.

²¹³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia sin número. (28 de octubre de 1975). M.P.: Humberto Murcia Ballen.

²¹⁴ SANTOS BALLESTEROS. Op. Cit., p. 255.

responsables y no por no haber escogido bien a sus dependientes o no vigilarlos de manera adecuada.

Razón por la cual el régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica se identifica con la postura desarrollada en la sentencia que el 30 de junio de 1962 emitió la Corte Suprema de Justicia, cuando comienza a desarrollar la teoría organicista.

Luego de la sentencia de 1962, la Corte Suprema aplica la responsabilidad directa de las personas jurídicas, prevista en el artículo 2341 del Código Civil, también denominada teoría organicista en que las personas jurídicas son responsables por los daños causados por los órganos o dependientes suyos, cuando ejercen una función específica de ella.

En otros términos, es posible afirmar que el régimen que se aplica bajo la teoría organicista es igual al que se aplica a las personas naturales, pero sólo cuando el daño era generado por los órganos de dirección, quienes representaban su voluntad. En los demás casos, se continuó aplicando la responsabilidad indirecta. Si bien esta solución no fue definitiva, constituyó un gran avance en la búsqueda de un criterio de imputación a los entes abstractos.

Pero solo hasta la sentencia del 17 de abril de 1975 la Corte Suprema justifica el cambio de la responsabilidad indirecta a la directa en estos términos: "Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una

persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño”²¹⁵.

Vale aclarar que se trata, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta. Lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los artículos 2347 y 2349 del mismo Código.

1.5. Defensa del régimen autónomo a la luz de los asuntos problemáticos

El sistema de responsabilidad civil, en los casos de la relación médica, requiere reglas especiales y diferentes debido a su relación con el derecho a la salud del paciente, el cual ha evolucionado hasta alcanzar la consideración de derecho fundamental.

La propuesta de implementar un modelo de responsabilidad bajo la teoría de la imputación normativa y, amparado en los deberes de quienes intervienen en la relación médica, trátase de profesional de la salud, IPS de Salud y EPS, quienes en el SGSS en salud tienen a su cargo la prestación de los servicios y la garantía del

²¹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia sin número. (28 de octubre de 1975). M.P.: Humberto Murcia Ballen.

plan obligatorio de salud y del régimen de beneficios, sugiere que el derecho a la salud del paciente sea parte de las consideraciones del régimen de responsabilidad médica.

Como se ha dicho en el desarrollo de este trabajo, la prestación de los servicios médicos no garantiza por sí sola la curación de los pacientes, pero sí genera la obligación de actuar conforme a la *lex artis ad hoc*. El desconocimiento de estos deberes que originen un daño al paciente o a sus familiares puede ser una causal directa de responsabilidad civil.

A lo largo de esta investigación, se ha mostrado cómo es de diferente la prestación de los servicios de salud en los inicios del Código Civil, a la actualidad, en la que no sólo interviene el médico, también lo hacen las entidades prestadoras de servicios, sin que se pueda asegurar que no existan casos en los que el demandado sea un profesional de la salud de manera individual, ya sea porque la prestación de los servicios se generó por fuera del sistema o porque el demandante consideró que la culpa correspondía al médico y no a las entidades que conforman el sistema. En todo caso, la carga de la prueba del criterio de imputación corresponde al demandante.

De esta manera se concluye que los elementos, los deberes de los médicos, EPS e IPS, los derechos de los pacientes son iguales tanto en el campo contractual y extracontractual; sin importar si el origen de la relación viene de un contrato o por fuera de él, siempre se exigen obligaciones de medio y de resultado lo que marcará

la existencia del régimen de imputación en este caso subjetivo, generando una solidaridad entre las IPS, EPS y galeno.

De otro lado, la implementación de un régimen jurídico autónomo de responsabilidad civil médica permitirá superar la clásica distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, haciendo el sistema sencillo y de fácil entendimiento. A su vez, esta clasificación debe tener un impacto en la labor del juez, al quitarle la responsabilidad de interpretar la demanda de manera armónica para determinar el régimen aplicable de responsabilidad a cada caso. Además, las partes tendrán la claridad de conocer desde el inicio del proceso el régimen aplicable, sin el menor riesgo de que sean cambiadas por el juez al momento de emitir un fallo, como se ha desarrollado anteriormente es parte del régimen de responsabilidad existente en la actualidad.

Como consecuencia de esa misma circunstancia, el sistema ganará en términos de seguridad jurídica, pues permitir la simplificación del régimen en los casos de culpa médica generará que a casos similares se le apliquen reglas similares y no, como ocurre en la actualidad, que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia no ha consolidado un sistema que le permita al juez de instancia contar un solo régimen aplicable a casos similares. Lo que podría generar que, en los casos de la relación médica, se pueden quedar sin la impartición de justicia o bajo la aplicación de unas reglas injustas.

CONCLUSIONES

1. Pese a que la responsabilidad médica es una especie de la responsabilidad civil, no se le aplican las reglas generales de la clasificación dual, en especial las que se relacionan con graduación de la culpa, la extensión de la reparación y el tratamiento de la carga de la prueba de la culpa, debido a que las obligaciones del prestador son de medio y no de resultado, sin importar su origen.

2. Las obligaciones del médico, las de las entidades prestadoras de servicios médicos y los derechos de los pacientes se encuentran descritas en la ley, los reglamentos y la jurisprudencia. Todas ellas generan para quienes intervienen en la relación unos deberes de conducta, que su desconocimiento sumado a los otros elementos de la responsabilidad civil, surge para los prestadores de servicios médicos la obligación de reparar los perjuicios causados.

3. En el plano internacional la responsabilidad médica ha evolucionado, en este sentido se ha creado por parte del sistema francés un modelo en beneficio de los usuarios de los servicios de salud, el cual garantiza el acceso a una indemnización a cargo de un sistema de aseguramiento; por otro lado el modelo argentino y chileno han supuesto cambios en la forma de la apreciación de la culpa valorando la antijuridicidad del comportamiento, como criterio de atribución de responsabilidad, pero en todos sigue apareciendo la culpa como factor de atribución de la responsabilidad.

4. El sistema de atención en salud implementado con la Ley 100 de 1993 generó un cambio en la relación simple del médico con su paciente hacia una relación

compleja en la que intervienen nuevos actores, estos son EPS e IPS, las cuales pueden comprometer su responsabilidad civil, bien directamente o de manera solidaria frente a los usuarios de los servicios de salud o sus familiares.

5. Este régimen jurídico autónomo tiene como bondad la posibilidad de vincular a la responsabilidad médica a los demás actores que componen el sistema de seguridad social en salud por la violación de los deberes impuestos en la ley. En él los derechos de las víctimas son parte estructural del juicio valorativo del daño, logrando con ello que la víctima se integre al juicio de responsabilidad médica, que en la actualidad se encuentra aislada de los elementos estructurales de la misma.

6. El régimen jurídico autónomo de responsabilidad médica se fundamenta en la atribución normativa, por lo que el juicio de reproche a la conducta del responsable o antijuridicidad es parte del daño y no de la conducta como se encuentra estructurado en el régimen actual.

7. Un régimen autónomo de responsabilidad civil médica permite aplicar una imputación con criterios valorativos más exigentes que el criterio de observancia general del régimen actual de responsabilidad civil. Así de acuerdo con la *lex artis* y la normativa del sistema de salud, se puede concluir responsabilidad no solo al personal médico sino a otros actores que intervienen en el servicio médico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- AGUDELO MOLINA, Juan Diego. Causalidad e imputación. La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil. En: *Revista de derecho privado*, 2021. Nro. 41. p. 321-353. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7208>
- BARRIENTOS ZOMORANO, Marcelo. Del daño moral al extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. En: *Revista chilena del derecho*, 2008. Vol. 35, nro. 1. p. 85- 106.
- BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. La filosofía de la responsabilidad civil: estudios sobre los fundamentos filosófico- jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 253.
- COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabriel. Las teorías de la responsabilidad civil. En: BERNAL, C. y FABRA, J. La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosóficos jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 670.
- CORDINI, Nicolas. El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal: ¿hacia una etapa superadora o involución a concepciones pre-científicas? En: *Derecho Penal y Criminología*, 2015. Vol. 36, nro.100. 89–124. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4484>
- DELGADO LONDOÑO, Catalina. Hacia la construcción de la noción de culpa de los administradores en el ámbito de la responsabilidad civil. Monografía para optar por el título de Magister en derecho. Universidad Eafit. p. 32.
- DIEZ PICAZO, Luis. La responsabilidad civil hoy. En: *Anuario de derecho civil*, 1979. Vol. 32, nro. 4. p. 727-738. [Consultado: 18 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/133158>
- MEZA MERCADO, Cesar. Entre la causalidad y la imputación objetiva, Responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por actos terroristas cometidos por terceros y el control de convencionalidad. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2016. p. 110- 120.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid: EDILEX, 1987. p 87- 146.

- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica. La responsabilidad médica en la especialidad civil. Bogotá. P. 71. Disponible en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica. Responsabilidad médica: problemas actuales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 463.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. Derecho médico. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 721.
- GARCÍA HAUYAMA, Juan. Responsabilidad civil de los médicos. En: *Derecho y cambio social*, 2010. Año 7, nro. 21. p. 1-12 [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5501003>. ISSN-e 2224-4131.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut. Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas. En: *Anuario Jurídico y económico Escorialense*, 2013. Nro. 46. p. 203- 214. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182108>. ISSN 1133-3677.
- JALIL, Julián Emil. Principios del derecho civil en el plano del ejercicio de la medicina. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2020. p. 74.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica – la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- JORDANO BAREA, Juan. Las obligaciones solidarias. En: *Anuario de derecho civil*, 1992. Vol. 45, nro. 3. p. 847-874. [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46780>. ISSN 0210-301X.
- KEREN- PAZ, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. p. 123- 183.
- KEREN- PAZ, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 84.
- KOTEICH, Milagros. Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación. En: *Estudios de*

derecho civil, obligaciones y contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 175-192.

KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. La relación de causalidad *¿Questio Facti o Questio Iuris?* En: *Revista de Derecho Valdivia*, 2014. Vol. 27, nro. 2. p. 81- 103. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000200004&script=sci_abstract. ISSN 0718-0950.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar. Madrid: Editorial La Ley, 2014. p. 266- 269.

LLAMAS POMBO, Eugenio. La responsabilidad civil del Médico: aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Trívium, 1988. p. 197.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. En: *Opinión Jurídica*, 2017. Vol. 6, nro. 11. p. 134-2007. [Consultado: 11 de octubre de 2021]. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302007000100008&lng=en&tlng=es.

MARTÍNEZ CARDENAS, Betty Mercedes. Análisis de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos. En: *Revista Estudios Socio- Jurídicos* 11, 2009. p. 181- 202.

MAZEAUD, Henry; MAZEUD, León y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad civil y delictual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. p. 85.

MEZA MERCADO, Cesar. Entre la causalidad y la imputación objetiva, Responsabilidad patrimonial del

MONTOYA PÉREZ, Guillermo. De la culpa en el campo del acto jurídico. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1994. Nro. 94. p. 60. [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5620591>. ISSN 0120-3886.

NAVARRO REYES, Daniela. La tensión de la globalización de la salud y el papel del Estado social de derecho colombiano en torno al consentimiento informado en la relación médico paciente. En: *Revista Vía Iuris*, 2018. Nro. 14. p. 11-29. [Consultado: 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/834>

- PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA FREDES, Esteban. Filosofía del derecho privado. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. p. 431.
- PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 19-43.
- PAPAYANNIS, Diego. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 91.
- PAPAYANNIS, Diego. Derecho de daños, principios morales y justicia social. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 80-100.
- PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis. 2004. p. 317.
- PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 40.
- PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Tomo III. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, 2011. p. 174.
- PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. En: *Revista de derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008. Nro. XXXI. p. 257. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n31/a05.pdf>
- PREVOT, Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. En: *Revista de derecho chilena de derecho privado*, 2010. Nro. 15. p. 143-178. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-80722010000200005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-8072.
- ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. En: *Vniversitas*, 2014. Nro.129. p 217. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/adminpujojs,+06+causalidad.pdf>
- ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad civil: la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 154.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad civil. Parte general. Bogotá: Temis, 2012. p. 199.

SERRANO ESCOBAR, Luis. Tratado de responsabilidad médica. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2020. p. 140.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio *favor victimae* y su aplicación en el derecho colombiano. En: *Anuario de derecho privado 01*, 2019. Universidad de los Andes. p. 257- 304. Disponible en: <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/08-Solarte.pdf>. ISSN-e 2665-2714.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad médica en Francia: el sistema ideal. En: *Ámbito jurídico*. Febrero, 2017. [Consultado: 12 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/responsabilidad-medica-en-francia-el-sistema-ideal>

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá: Legis, 2017. p. 64.

TRIGO REPRESAS, Félix. Reparación de daños a la persona. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2014. p. 197.

TRIGO REPRESAS, Félix. Reparación de daños a la persona. Tomo III. Buenos Aires. 2014. p. 607.

WIERZBA, Sandra. La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley*, año XVII, nro. 9. p. 5-25.

WOLLCOT OYAGE, Olenka. La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. En: *Revista Criminalidad*, 2015. Vol. 57, nro. 1. p. 61-74. [Consultado: 19 de noviembre de 2021]. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Madrid: Editorial Dykinson. 2001. p. 238- 242.

Jurisprudencia

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Sentencia nro. 03682. (03 de diciembre de 2018). C.P.: María Adriana Marín.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia CS778-2021. (15 de marzo de 2021). M.P.: Francisco Ternera Barrios.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ALA DE CASACIÓN CIVI. Sentencia N° 2001 0078 01. (08 de agosto de 2011) M.P.: Octavio Munar Cadena.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3604-2021. (25 de agosto de 2021) M.P.: Luis Rico Puerta.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 774185. (19 de abril de 1993). M.P. Pedro Lafont Pianeta.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Referencia 11001-3103-018-1999-00533-01. (17 de noviembre de 2011. M.P.: William Namén Vargas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia ID3604-2021. (25 de agosto de 2021). M.P.: Luis Rico Puerta.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia sin número. (28 de octubre de 1975). M.P.: Humberto Murcia Ballen.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia sin número. (28 de octubre de 1975). M.P.: Humberto Murcia Ballen.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5686-2018. (19 de diciembre de 2018). M.P.: Margarita Cabello Blanco.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC 2769-2020. (31 de agosto de 2020). M.P.: Octavio Augusto Tejeiro.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia ID513470. (30 de septiembre de 2016). M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia CS778-2021. (15 de marzo de 2021). M.P.: Francisco Ternera Barrios.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia sin número. (05 de marzo de 1940). M.P.: Liborio Escallón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC8219-2016. (20 de junio de 2016). M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC18594-2016. (19 de diciembre de 2016). M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5143. (08 de septiembre de 1998). M.P.: Pedro Lafont Pianetta.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC2769-2020. (31 de agosto de 2020). M.P.: Octavio Tejeiro Duque.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4786-2020. (07 de diciembre de 2020). M.P.: Aroldo Quiroz Monsalvo

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4786-2020. (07 de diciembre de 2020). M.P.: Aroldo Quiroz Monsalvo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia 2005-00025. Expediente 20001-3103-005-2005-00025-01. (05 de noviembre de 2013) M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC 780- 2020. (10 de marzo de 2020). M.P. Ariel Salazar Ramírez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC7020-2014. (5 de junio de 2014). M.P.: Ruth Marina Díaz.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número 2001-00778-01. (08 de agosto de 2011). M.P.: Pedro Munar Cadena.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número SC10261-2014. (04 de agosto de 2014). M.P.: Margarita Cabello Blanco.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número 11001-3103-035-1999-02191-01. (09 de julio de 2010) M.P. William Namén Vargas. P. 20.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4204-2021. (22 de septiembre de 2021) M.P.: Álvaro García Restrepo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5199-2020. (12 de enero de 2021). M.P.: Álvaro García Restrepo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3919-2021. (08 de septiembre de 2021) M.P.: Aroldo Quiroz Monsalvo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4204-2021. (22 de septiembre de 2021) M.P.: Álvaro García Restrepo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia número 14491. (18 de octubre de 2005). M.P.: Pedro Munar Cadena.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC7110-2017. (24 de mayo de 2017). M.P.: Luis Tolosa Villabona.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC13925-2016. (30 de septiembre de 2016). M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4204-2021. (22 de septiembre de 2021) M.P.: Álvaro García Restrepo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 33.920. (07 de marzo de 2012). M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-396 de 1996. (22 de agosto de 1996). M.P.: Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1008. Expediente D-8146. (09 de diciembre de 2008). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C760- 2008. (31 de julio de 2008). M.P.: Manuel Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-016 de 2007. (22 de enero de 2007). M.P.: Humberto Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-328 de 1993. (12 de agosto de 1993). M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. (15 de septiembre de 2005).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sala L. Expediente N° 10- 117/97- 53764. (8 de julio de 2010). Caso Fernández, Enrique Manuel s/daños y perjuicios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia 11001-3103-018-1999-00533-01. (24 de agosto de 2009). M.P.: William Namén Vargas.

CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. A. 2648. XXVIII. Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios. (13 de marzo de 2007).

CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sentencia A. 2648. XXVIII. (13 de marzo de 2007). Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios.

PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia identificada como Rol N°12.500-2019. (19 de junio de 2020).

TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia Identificada como Rol N°104.602-2020. (19 de diciembre de 2020). Conocido como caso "Alvarado con Hospital Clínico de Magallanes".

TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia identificada como Rol 29.181.2019. (17 de noviembre de 2020).

Legislación colombiana

Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Arts. 2341 y ss. 15 de abril de 1887.

COLOMBIA. Código General del Proceso (CGP). Ley 1564 de 2012. (12 de julio de 2012). Diario Oficial 48.489.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Por medio de la se crea el sistema general de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41.148.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1438. (19 de enero de 2011). Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.957.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1751. (16 de febrero de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.427.

COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección social. (19 de diciembre de 2012). Por la cual se unifica la regulación de los lineamientos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el SGSS en Salud y de la Carta de Desempeño de las EPS de los regímenes contributivo y subsidiado y se dictan otras disposiciones. Resolución 4343 del 2012.

COLOMBIA. Ministerio de Salud. (08 de julio de 1999). Por medio de la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica. Resolución 1995 de 1999.

COLOMBIA. Presidencia de la República. (30 de noviembre de 1981) Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.

Constitución Política de Colombia (Const). Julio de 1991.

Legislación extranjera

Parlamento de Francia. Ley 2002-303. 04 de marzo de 2002.

Parlamento de Francia. Ley 2002-1577. 30 de diciembre de 2002.

Congreso de la Nación Argentina. Ley 36.994. 01 de octubre de 2014. Código Civil y Comercial.

Congreso de la Nación Argentina. Ley 17.132. 24 de enero de 1967. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas

Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.529. 01 de octubre de 2009. Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado.

Congreso Nacional de Chile. Ley 19.966. 03 de septiembre 2004. Establece el régimen de garantía en salud.