

La responsabilidad médica y su indemnización en el derecho público colombiano: Un ejercicio comparado con el derecho francés y estadounidense



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Luisa Fernanda Reales Avila

Tesis como requisito para optar al grado de magister en derecho administrativo

Asesor(a) disciplinar

Dra. Luisa Fernanda García López

Maestría en Derecho Administrativo

Universidad del Rosario

2022

La responsabilidad médica y su indemnización en el derecho público colombiano: Un ejercicio comparado con el derecho francés y estadounidense



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Luisa Fernanda Reales Avila

**Tesis de grado como requisito para optar al grado de magister en derecho
administrativo**

Maestría en Derecho Administrativo

Universidad del Rosario

2022

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

DEDICATORIAS

Le dedico este proyecto académico primeramente a Dios, que ha guiado mi caminar en cada aspecto de mi vida personal, académica y profesional.

A mis padres, que observo como ejemplo a seguir, no solo en lo personal sino en el ámbito profesional como abogados que son. Quienes con esfuerzo me han brindado más de lo merecido y regalado todas aquellas oportunidades que ellos carecieron, los que creyeron en mis capacidades y apoyaron de manera incondicional en este recorrido académico.

A mi hermano, porque quiero que haga parte de esta felicidad y algún día no muy lejano se convierta en colega y excelente profesional.

AGRADECIMIENTOS

Llegar a recibir una educación superior de calidad es una oportunidad extraordinaria, una bendición que le agradezco profundamente a Dios. Doy gracias por brindarme las condiciones que me permitieron cursar esta maestría y elaborar el presente trabajo de grado.

De igual manera agradezco a mis padres, por ser ejemplo de templanza y perseverancia en el trabajo y en la vida, porque este logro también es de ellos.

A todos mis familiares y amigos que hicieron parte de este proceso académico y personal, por los momentos en que me acompañaron con gusto cuando los necesité, prestándome ayuda oportuna.

Así mismo agradezco a mi directora de tesis, la Dra. Luisa Fernanda García, quien desde el inicio me guio en el proceso investigativo y me motivó en cada reunión y entrega realizada.

Por último, agradezco de manera especial a mi alma máter, la Universidad del Rosario, a la facultad de jurisprudencia, al Dr. Manuel Restrepo Medina, como catedrático y director del programa; y cada uno de los profesores que hicieron parte esencial de mi proceso formativo. Por haber creído en mi potencial, pues siendo estudiante de último semestre del programa de Jurisprudencia, me permitieron iniciar mis estudios de maestría bajo la modalidad de co terminal.

Tabla de contenido

	Pág.
INTRODUCCION	1
METODOLOGÍA	3
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
OBJETIVOS	6
Objetivo general	6
Objetivos específicos	6
HIPÓTESIS	7
CAPITULO I:	
LA RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	8
1.1. Responsabilidad civil en Colombia	8
1.2. Elementos estructurales de la responsabilidad civil en Colombia	10
1.3. Responsabilidad civil Contractual y extracontractual	12
1.4. Responsabilidad extracontractual del Estado como reflejo de la responsabilidad civil	17
1.4.1 Responsabilidad estatal y sus primeras manifestaciones en Colombia.	18
1.5. Elementos de configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado	29
1.6. Títulos de imputación	36
1.6.1 Responsabilidad Objetiva	36
1.6.1 Responsabilidad Subjetiva	39

CAPÍTULO II:

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR MALA PRAXIS MÉDICA	48
2.1. Responsabilidad Médica en materia estatal	48
2.1.1 El acto médico como fuente de responsabilidad.	48
2.1.2. La responsabilidad civil médica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	49
2.1.3. El servicio de salud a cargo del Estado y su responsabilidad.	53
2.2. Análisis jurisprudencial de la falla en el servicio médico	57
2.2.1. Sobre la tesis de “falla probada del servicio”	58
2.2.2. Sobre la carga dinámica de la prueba en Responsabilidad Médica	59
2.3. Responsabilidad médica estatal por mala praxis en Colombia	60
2.3.1. Mala praxis como causal de falla del servicio médico estatal	60
2.3.2. Mala praxis en la jurisprudencia del Consejo de Estado.	57
2.3.3 Responsabilidad y reparación médica por Mala praxis	72
2.3.3.1 Danos patrimoniales	74
2.3.3.2 Daños extrapatrimoniales	77

CAPÍTULO III:

ESTUDIO COMPARADO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LOS SISTEMAS FRANCÉS Y ESTADOUNIDENSE	82
3.1. Responsabilidad médica por mala praxis en Francia	82
3.1.1. Organización y funcionamiento del sistema de salud en francés	83
3.1.2 Generalidades de la responsabilidad administrativa francesa y sus títulos de imputación	86
3.1.3. Responsabilidad medica estatal en Francia desde la jurisprudencia	89

3.1.4. Mecanismos alternativos de indemnización implementados en Francia	93
3.1.4.1 El sistema de los fondos indemnizatorios	95
2.2.4.2 Compensación a cargo de autoridades administrativas	97
3.2. Responsabilidad médica por mala praxis en Estados Unidos	103
3.2.1. Estructura y funcionamiento del sistema de salud estadounidense	103
3.2.2. Responsabilidad civil por mala praxis médica en los Estados Unidos	107
3.2.3. La responsabilidad estatal de los Estados Unidos en casos de mala praxis médica.	111
3.2.4 Las reclamaciones e indemnizaciones por responsabilidad médica en Estados Unidos	114
CAPÍTULO IV: MÉTODOS INDEMNIZATORIOS ALTERNATIVOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN COLOMBIA BASADOS EN LOS MODELOS FRANCÉS Y NORTEAMERICANO.	117
4.1. Aporte del Modelo Francés	117
4.2. Aporte del Modelo Norteamericano	119
4.3. Reseña del régimen indemnizatorio colombiano	124
4.4 Muestreo Estadístico de las demandas por responsabilidad medica en Colombia	127
4.5 Fundamento del modelo colombiano por fusión de los regímenes francés y norteamericano	133
4.5.1 Propuesta de un Sistema de Indemnización Médica Nacional en Colombia	135
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	142
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

Índice de tablas

Tabla No 1	79
Tabla No 2	79
Tabla No 3	123
Diagrama No 1	129
Diagrama No 2	129
Diagrama No 3	130
Diagrama No 4	131
Diagrama No 5	132
Diagrama No 6	132
Diagrama No 7	133

Índice de Siglas

ACA	Patient Protection and Affordable Care Act
ADRES	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
ANIFAM	Agencia Nacional de Indemnización de Fallas y Accidentes Médicos
CAMR	Comisiones de Conciliación de Accidentes Médicos Regionales
CCI	Commissions de Conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
EPS	Entidad Promotora de Salud
FITH	Fonds d'Indemnisation des transfu's et hémophiles
FIVA	Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante
FTCA	Federal Tort Claim Act
IPS	Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud
ONIAM	L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales
SGLI	Servicemembers' Group Life Insurance
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud

INTRODUCCION

Desde los tiempos del Fallo Blanco en Francia donde se distingue por primera vez la responsabilidad civil de la administración hasta el presente, el derecho administrativo ha evolucionado a tal punto de configurar sistemas de imputación, métodos de responsabilidad en temas especiales y procedimientos tendientes a probar o exonerar de la falla médica en la praxis asistencial. Si bien, la responsabilidad del estado tiene su origen inicialmente en el campo civil, paulatinamente se fue trasladando al derecho administrativo, en la medida que el Estado se hizo cargo de la prestación y posteriormente garante de servicio esenciales, tales como el servicio de salud.

A raíz de lo anterior, como su prestatario y correlativamente sus servidores también incurrían en casos de mala praxis médica, que posteriormente han sido debatidos en sede prejudicial y litigiosa judicial, emana el concepto hoy amplio de responsabilidad médica estatal, que es precisamente el tema de la presente investigación cuyo título comprende “*La responsabilidad médica y su indemnización en el derecho público colombiano: Un ejercicio comparado con el derecho francés y estadounidense*”

Para tal fin se tomarán como ejes temáticos la responsabilidad estatal en el sistema jurídico colombiano, la responsabilidad del Estado en materia médica por mala praxis, haciendo también mención de la responsabilidad médica en el derecho civil con el fin de contextualizar al lector sin ahondar en este, así mismo se realizará un estudio somero de la responsabilidad en el ámbito civil, su clasificación y elementos, toda vez que no es el propósito de esta investigación. Igualmente, se incluye el análisis de la responsabilidad médica en los modelos francés y estadounidense, donde se pueden observar posturas diametralmente distintas producto de los sistemas legales y médicos que cada país posee.

para concluir con el examen de los métodos indemnizatorios alternativos de responsabilidad médica estatal en Colombia basados en los modelos francés y norteamericano, punto en donde se aterriza con una propuesta de creación de Sistema de Indemnización Nacional de Fallas del Servicio Médico, con muchos fundamentos del sistema francés y el seguro obligatorio de responsabilidad médica estatal, para todo el talento humano en salud al servicio del Estado.

En tal sentido, el ejercicio académico se centrará en el examen a los fundamentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales de la responsabilidad médica estatal, su estructura y elementos especificando el régimen y los títulos de imputación que la regulan en los fallos del Consejo de Estado, haciendo una relación histórica jurisprudencial de la misma; se hace similar ejercicio con la estructura y funcionamiento de los sistemas de indemnización médica plasmados en el derecho francés y norteamericano, explicando cómo operan tanto los fondo de compensación en Francia en la Oficina Nacional de Compensación de Accidentes Médicos, Condiciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales (ONIAM), las Comisiones de Conciliación e Indemnización de Accidentes Médicos, en adelante CCI, y el sistema asegurativo norteamericano, frente a los riesgos por daños en el cuerpo o en la salud, se analiza ampliamente el tema de la mala praxis médica en los tres sistemas jurídicos examinados, como casual de responsabilidad médica estatal, así como el tema de su resarcimiento de la misma.

Con todo lo anterior, se espera que esta investigación marque un rumbo diferente para humanizar el servicio de salud, racionalizar el gasto público, contribuyendo al descenso de demandas en la materia y garantice una protección efectiva de los pacientes que hagan uso de este.

METODOLOGÍA

La metodología que se formula consta de un enfoque cualitativo, dada la flexibilidad que lo caracteriza a la hora de estructurar la investigación. Se empleará en este trabajo de grado la investigación jurídica bibliográfica tradicional, a través del sondeo y recolección de material impreso y virtual, relacionado con las variables involucradas como son la responsabilidad médica y su indemnización en el derecho público colombiano y el examen de esa institución jurídica en el derecho francés y norteamericano, con el fin de tratar de hallar puntos en común entre ellas.

Así mismo, se hace uso del derecho administrativo comparado y sus métodos, estableciendo una micro comparación de sistemas con el fin de cotejar la organización administrativa, de procedimientos, legal y jurisprudencial en cada uno de los sistemas jurídicos traídos a colación. Para realizar dicho análisis comparativo, se implementa un enfoque horizontal, en donde se comparan entre sí los sistemas legales e instituciones que se encuentran en un mismo nivel, pertenecientes a cada país.

Respecto de las aproximaciones teóricas, se opta por una comparación funcional en el que se intentan encontrar similitudes, convergencias y diferencias entre aquellos elementos que cumplen con funciones similares, pero estructuralmente son diferentes, especialmente en el ámbito judicial de la responsabilidad médica. Igualmente, se adelanta una comparación sistemática respecto de los métodos indemnizatorios de la responsabilidad médica estatal en Colombia, en donde se analizan y comparan con otras soluciones provenientes de sistemas legales diferentes, que en el caso concreto serán el francés y estadounidense.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es un hecho notorio y especialmente conocido por la opinión pública y la comunidad jurídica en general, el desalentador panorama de las finanzas públicas en nuestro país, representado en la gran cantidad y el cuantioso monto de demandas judiciales y condenas por pagar por parte del Estado, a consecuencia de fallos en su contra emitidos por los diferentes funcionarios de la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia.

El problema no solo se manifiesta en una alta tasa de endeudamiento de la nación con sus acreedores judiciales, si no que a lo anterior se le adicionan situaciones que progresivamente van desangrando los recursos del Estado tales como el sostenimiento financiero de la paz y proceso de posconflicto; los constantes y muy sonados casos de corrupción tanto a nivel territorial como nacional; y la crisis migratoria por la que está atravesando el país la cual posee una directa relación con el sector salud, pues los migrantes del vecino país de Venezuela que atraviesan las fronteras para acceder a los servicios médicos de salud sin ningún costo, lo que hace que escaseen los recursos para atender a los nacionales, de modo que la red hospitalaria nacional a consecuencia de ello no funciona a la perfección y está expuesta a fallas en la prestación del servicio médico.

Ante toda esta serie de factores que representan una situación eminentemente problemática y un delicado panorama de endeudamiento que reporta la Nación por cuenta de las demandas en su contra, así como lo demorado del trámite procesal ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el atraso en los pagos de indemnizaciones impuestas contra determinadas entidades públicas prestadoras de salud presentan una vez son condenadas, lo cual es ahora mucho más lento desde la implementación del incidente de impacto fiscal regulado en el Acto Legislativo 03 de 2011, mediante el cual se dispuso que los efectos de

las sentencias judiciales serán modulados, modificados o diferidos cuando afecten la sostenibilidad fiscal de la entidad condenada, es precisamente donde surge la idea de investigar y proponer sistemas alternativos compensatorios que sean más expeditos, que representen una mayor celeridad y garantía de derechos a las personas afectadas, y a su vez una disminución en las cargas del Estado y su aparato judicial.

Enunciado lo anterior, la pregunta problema que se propone es: *¿Cómo funciona la responsabilidad médica y su indemnización en el derecho público colombiano como ejercicio comparado con el derecho francés y norteamericano?*

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar el funcionamiento de la responsabilidad médica y su sistema de indemnización en el derecho público colombiano frente al derecho comparado francés y norteamericano.

Objetivos específicos

- I. Examinar las generalidades de la responsabilidad civil y estatal en Colombia.
- II. Identificar el panorama de la responsabilidad médica estatal en Colombia y su indemnización.
- III. Realizar un estudio de derecho comparado de la responsabilidad medica estatal colombiana con en el ordenamiento francés y estadounidense.
- IV. Proponer métodos indemnizatorios alternativos de responsabilidad médica estatal con base en los modelos francés y norteamericano.

HIPÓTESIS

En el derecho comparado existen métodos alternativos indemnizatorios que pueden llegar a adoptarse en Colombia en presencia de una situación de responsabilidad médica estatal por negligencia o mala praxis médica, tales como los fondos de compensación implementados en pluralidad de países europeos como Francia, e incluso en algunos estados de los Estados Unidos. En estos fondos la persona afectada, si reúne el lleno de los requisitos que exige el sistema, presenta una solicitud ante el fondo como una entidad administrativa para aspirar a reparación, la que de llegar a prosperar se hace acreedora de una suma de dinero a título de compensación por el daño sufrido, sin que se demande la responsabilidad del Estado y mucho menos calificarla como una falla en el servicio, ello representa para los afectados una garantía y eficiencia en la reparación del perjuicio sufrido y para el Estado colombiano una descongestión del aparato judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa, una ostensible reducción de los litigios en su contra y el descenso del hueco fiscal por demandas que debe pagar el Estado y que tienen sumida en crisis las finanzas del país.

CAPITULO I:

LA RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

1.1. Responsabilidad civil en Colombia

Ha de partirse como premisa principal que todos los sujetos intervinientes en relaciones socio jurídicas poseen derechos y contraen obligaciones, para asegurar una convivencia armónica. Pese a ser la sociedad dinámica, es probable llegar a un estadio donde se generan conflictos entre personas y se vulneran derechos ajenos dando lugar a perjuicios. Para afrontar esta situación y reparar los daños causados, se emplea la Responsabilidad del derecho civil, relativo a la obligación de soportar las consecuencias de actos propios actos, incluidos los actos dañosos o que lesionan a otro. Las normas jurídicas que organizan las relaciones humanas señalan como principio general que quien cause daño a otro está en obligación de repararlo, con ciertas excepciones, pero usualmente la responsabilidad en términos jurídicos implica el deber de responder por la conducta propia y de compensar los daños.¹

Este objetivo principal se encuentra plasmado en nuestra legislación señalando 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”², entendiendo como una primera aproximación que la responsabilidad civil es la obligación que se genera como consecuencia de la producción de un daño y que a su vez se traduce en el deber de indemnizar.

¹ Quintero M. M. (2012). P.48, La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del Estado. -Una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado-. Universidad del Rosario. Recuperado de <http://search.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&db=ir00110a&AN=edocur.10336.3946&lang=es&site=eds-live&scope=site>

² Código Civil Colombiano, Artículo 2341.

Con el fin de hacer un poco de historia, al remontarse al imperio Babilónico se encuentra una de las primeras disposiciones normativas conocidas, el “código de Hammurabi” que establecía que los perjuicios ocasionados a una persona serían resarcidos a través de la retaliación entre los involucrados. Siglos más tarde, en Roma se desarrolla la Lex Aquila, que dispone de la regulación de los daños concibiéndolos como la afectación a una cosa ajena producto de un actuar contrario a la ley. Situación que progresaría para la época de la dinastía Severa romana del S. III a.C, pues aparece la concepción del daño como pérdida patrimonial o *amissio*, referido meramente al elemento patrimonial, sin considerar el daño moral. Se fija la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil, complementándose con el daño para generar obligación indemnizatoria y la responsabilidad civil tiene función mixta sancionatoria y resarcitoria.³

Por otra parte, se tiene que la responsabilidad civil tiene las siguientes funciones: (a) “Función resarcitoria”, mediante la cual se trata de regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de causarse el daño o *restitutio in integrum*, sino es posible el resarcimiento porque el estado de las cosas actual no lo permite, se compensa el daño sufrido. (b) La función compensatoria/satisfactoria no permite la restitución de las cosas al estado anterior del año, por tanto se compensa al afectado, esto no implica que cuando no se pueda resarcir, el Juez se niegue a cuantificar el daño, sino que debe cuantificarlo, atendiendo que este tipo de reparación es *afflictivo-consolatoria*. (c) La función *deterrence* (disuasiva) tiene por objeto disuadir a las personas que no incurran en hechos dañosos, para desincentivarlas. (d) Función

³ Rangel, D. (2015).p.3,4, El ‘daño a la persona’ en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2684/DER_042.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³ Bustamante (1997). P.71, Teoría General de la Responsabilidad Civil.. 9ª Ed. PERROT, Buenos Aires, 1997

preventiva: Esta función se integra a la función disuasiva en la medida que las normas jurídicas se diseñan para prevenir se realicen este tipo de conductas.⁴

De acuerdo con el concepto de responsabilidad civil desarrollado, coincide con Yagüez, en que “la función no es la de sancionar (en el sentido de castigar) al autor del daño, sino la de compensar del mismo a la víctima, esto es, resarcible de sus consecuencias”⁵ De lo anterior se desprende que no se trata de castigar al autor del daño, sino de indemnizar al agraviado, mediante el resarcimiento de sus perjuicios por la consecuencia del hecho dañoso.

1.2 Elementos estructurales de la responsabilidad civil en Colombia.

Para materializar la responsabilidad civil de tipo contractual o extracontractual, se debe analizar si existen elementos constitutivos comunes, que son la Imputabilidad, el daño y el nexo causal. En primer lugar, la imputabilidad se entiende como la capacidad del sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que causa. Para Espinoza Espinoza la imputabilidad o capacidad de imputación es la idoneidad del sujeto de derecho de tener responsabilidad en los daños que produce, es un evento propio de la persona física, que no ocurre con la persona jurídica frente a las cuales puede ser relevante para comprobar el concurso de la responsabilidad, por el agente que actuó en su nombre, por tanto la persona jurídica como persona ficta responde por los hechos ejecutados por terceros.⁶

Tradicionalmente se ha aceptado que los elementos para declarar responsabilidad deben contener el hecho, daño y nexo causal. No obstante, estos pueden resultar insuficientes,

⁴ Ob.cit.p.13,14

⁵ Bustamante (1997). P.71, Teoría General de la Responsabilidad Civil.. 9ª Ed. PERROT, Buenos Aires, 1997

⁶ Estrella, Yrma (2009) p 45, El Nexo causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual tesis para optar el grado académicos de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos Facultad de Derecho y Ciencia Política Unidad de Postgrado. Recuperado de: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/205/Estrella_cy.pdf?sequence=1&isAllowed=y

pues además de encontrar confirmados los tres elementos, se requiere que la conducta sea imputable al presunto autor del daño; imputabilidad que se entiende como la aptitud del sujeto agente para concebir y darse cuenta de lo ocurrido y concebir que debe hacerse y para establecer el siguiente comportamiento.⁷

La imputación del daño es un asunto normativo, porque el juicio de responsabilidad sobre la imposición del deber de resarcimiento al sujeto que ha causado el perjuicio con su conducta, o al sujeto que, por la situación jurídica en que se encuentra, es oportuno imponer el daño (como el cuidador, el preceptor, el progenitor, el propietario, el vigilante, el que ejerce actividades peligrosas, etc.) o bien quien participo en la creación de las condiciones para que produjera el daño y tiene económicamente en condiciones de soportarlo (productor, ensamblador, etc.)⁸

En segundo lugar se tiene el daño, según Bustamante Alcina para que el daño llegue a ser resarcible ha de ser cierto, subsistente, hecho al reclamante y afectarle a este un interés legítimo, en tal sentido, es subsistente, porque el daño se evalúa al dictar sentencia y debe estar presente en ese momento, lo cual no ocurre si el responsable a indemnizar o el afectado o un tercero pagan la reparación del daño; es personal cuando se afirma que el daño pertenece a quien lo reclama, porque no se puede esperar ser indemnizado de un daño que otro sufre; y finalmente su legitimidad radica en que no tenga como origen el menoscabo de un interés repudiado de cualquier forma por el ordenamiento jurídico.⁹

⁷ Ariza, Alma (2010) El factor de imputación de la responsabilidad profesional En la doctrina moderna Universidad de La Sabana (Colombia) revista de derecho, universidad del norte, 34: 306-342, <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>

⁸Alpa (2006).p.328,329 Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Jurista Editores. <https://www.yumpu.com/es/document/read/55735988/235865293-alpa-guido-nuevo-tratado-de-la-responsabilidad-civil>

⁹ Rodríguez, Pablo D. (2007) p 135,136Lecciones y ensayos, el daño resarcible en la responsabilidad del abogado, no 83, Universidad de Buenos Aires, <https://www.yumpu.com/es/document/read/15888345/el-dano-resarcible-en-la-responsabilidad-del-abogado-facultad-de>

El daño debe tener cuatro requisitos para poder ser resarcible, en primer lugar ha de ser cierto, su certeza debe ser fáctica frente al evento y lógica frente a su consecuencia; en segundo lugar ha de ser subsistente, es decir, no haber sido reparado anteriormente, de serlo la víctima no tendría interés en actuar, en tercer lugar deber ser especial y concreto, pues debe afectar un interés individual o colectivo, es decir, que exista una víctima, en cuarto lugar tiene que ser injusto, pues por el solo hecho de la víctima sufrir un perjuicio ilícito es beneficiaria de tal resarcimiento, se rige por el criterio de atipicidad y es el elemento que confiere otorgar la tutela resarcitoria.¹⁰

Seguidamente se examina el Nexo causal. Se dice que el concepto de causa y el de causalidad se emplean en la responsabilidad civil, para intentar responder a dos problemas: el primero es encontrar razón por la que el daño se liga con cierta persona, de y se le atribuya a esta como responsable de las consecuencias indemnizatorias,” en segundo lugar, se intenta relacionar al daño con la persona, pues remarcando el uso de la palabra causa, se indica se indemniza ‘el daño causado.’¹¹

1.3. Responsabilidad civil Contractual y extracontractual.

La Responsabilidad civil se origina desde el mismo Derecho Romano y ha trascendido hasta hoy, enfocada hacia la protección de las víctimas de daños contractuales o extracontractuales. Desde ese punto de vista, la doctrina actual se inclina a la conceptualización del daño en un sentido extenso, donde los conceptos de daño y perjuicio son habituales en la responsabilidad civil, comprendiendo todo detrimento sufrido por la

¹⁰ Fernández, Gastón (2020) p.2, Introducción a la responsabilidad civil: Lecciones universitarias, Fondo Editorial de la PUCP, https://books.google.com.co/books?id=GgjbDwAAQBAJ&pg=PT50&dq=imputacion+elemento+de+la+responsabilidad+civil&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKewjz-ouOml_qAhVkUN8KHebuApQQ6AEwAnoECAyQAg#v=onepage&q&f=false

¹¹ Rojas & Mojica (2014) P 197, De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, 129 Universitas, 187-235 (2014) <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n129/n129a07.pdf>

víctima de este, derivado de un vínculo previo entre las partes o sin previa relación entre éstas. Por tal, se hace necesaria la existencia del daño cuando se va a declarar la responsabilidad civil pues resulta un elemento esencial para pretender la indemnización de perjuicios. Así, todo daño material o moral si es real y se demuestra, conduce a declarar una responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual y por tanto a la correspondiente reparación.¹²

El ordenamiento jurídico colombiano asume la categorización de la responsabilidad civil desde la aproximación clásica de la responsabilidad contractual y extracontractual, tal y como lo refleja el Código Civil en su organización, provocando que el sistema nacional sea dualista. Ello significa, que fija reglas gobernantes de la indemnización de los perjuicios, de acuerdo con si ellos nacen del acuerdo de voluntades privadas o públicas. Esta clasificación fundada en una tesis dualista de la responsabilidad civil, parte de que se debe distinguir entre los efectos del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, originada en el acuerdo de voluntades ley para las partes de los contratos y los que se generan a raíz de la voluntad estatal plasmada en la ley.¹³

Lo anterior ha sido recalcado de manera insistente por la jurisprudencia de distintos órganos de cierre. Ejemplo de ello se evidencia en la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de marzo de 1940, que desde hace mucho tiempo ha recalcado divergencia en la responsabilidad civil a partir del origen de las normas que reglamentan la relación jurídica existente entre sujetos, al señalar:

¹² Delgado, Marla. (2011) p.2, "El Daño: ¿Común Denominador De La Responsabilidad Contractual Y La Extracontractual?," Contribuciones a las Ciencias Sociales, Servicios Académicos Intercontinentales SL, Facultad de Derecho Universidad de Ciego de Avila, https://www.researchgate.net/publication/227432128_EL_DANO_COMUN_DENOMINADOR_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CONTRACTUAL_Y_LA_EXTRACONTRACTUAL/link/5c92465b92851cf0ae8a0486/download

¹³ Corte Constitucional - Sentencia C-1008/10, Referencia: Expediente D-8146, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 9 de diciembre de 2010

El principio universal ya expresado, *nemo laederi*¹⁴, en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual, voluntario o no, que perjudique a terceros.

De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esto da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil especialmente en el título 12 del libro 49 y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el título 34 también del libro 49 de dicha obra.¹⁵

Ya entrando en materia normativa, la legislación colombiana, regula en el Código Civil, las consecuencias del incumplimiento en materia contractual y los hechos jurídicos. En el título XII trata del efecto de las obligaciones” - artículos 1602 a 1617-; y en el título XXXIV – artículos 2341 a 2360- de “*la responsabilidad civil por los delitos y las culpas*”, fijando el tipo de reglas para la indemnización de los perjuicios.¹⁶

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el concepto dual de la responsabilidad civil, separándolo de la concepción unitaria, y destacando la importancia de tal diferencia. Ha señalado que el Código Civil destina el título 12 de su Libro Cuarto a recoger todo lo relativo a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 de determinar cuáles son y como se configuran los nacidos en vínculos de derecho procedentes de delito y de las culpas. Estos escenarios propios de la responsabilidad contractual y la extracontractual además del interés teórico o académico, implican el ejercicio de las acciones

¹⁴ La Corte Suprema, citando a Lalou, se refiere al principio *nemo laedri* como aquel principio universal de responsabilidad propia del derecho romano que abarca y comprende toda la actividad humana, tales como la moral, en las relaciones internacionales, en el derecho público, en el penal y en el privado.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación civil, Sentencia SC del 5 de marzo de 1940. M.P: Libardo Escallón GJ. XLIX, pág. 115-12

¹⁶ Corte Constitucional - Sentencia C-1008/10, Referencia: Expediente D-8146, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, 9 de diciembre de 2010

correspondientes a esta división y redundan en la inaplicabilidad de los preceptos y el mecanismo probatorio.¹⁷

La teoría general de la responsabilidad civil la Corte Constitucional se ha pronunciado tanto contractual como extracontractual en Colombia es de tradición culpabilista, plasmada respecto a la responsabilidad civil contractual en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, y la extracontractual en los artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto. Así el sistema normativo nacional otorga al elemento subjetivo suficiente transcendencia en el evento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones y el alcance del resarcimiento.¹⁸

En materia de responsabilidad civil contractual el elemento subjetivo es un criterio determinante para fijar la definición y el alcance de la responsabilidad, porque el contrato es un acto de movimiento en el escenario de la *previsibilidad*, se rige por la autonomía de la voluntad, por lo que la indemnización del perjuicio se condiciona al grado de culpabilidad del deudor.¹⁹

El artículo 63 del Código Civil contempla la estructura de graduación de la culpabilidad civil: (i) en primer lugar la culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil corresponde al dolo; (ii) la culpa leve, el descuido leve o descuido ligero (iii) la culpa o descuido levísimo; y (iv) el dolo. Por su parte el artículo 1604 *ibídem* indica los casos donde el deudor se hace responsable por culpa lata o por culpa leve, o levísima. Esta norma se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extracontractuales y es una pauta para la medición de la responsabilidad.²⁰

¹⁷ Ob.cit

¹⁸ Ver Sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia C-1008/10, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva y Sentencia T-609/14, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

¹⁹ Ob.cit

²⁰ Ob.cit

Por su parte, la responsabilidad extracontractual se haya reglamentada en el código civil entre los artículos 2341 al 2360, en donde se anotan los principios generales de la misma, resaltando la teoría culpabilista que la enmarca tal y como se señaló con anticipación, donde en que cualquier hipótesis de conducta propia o ajena de sujetos a cargo, que cause daño a terceros, por dolo o culpa, hace surgir la obligación de reparar. Así mismo, se encuentra la existencia de una capacidad propia para cometer delitos o culpas en materia de responsabilidad civil, donde dicha capacidad se obtiene a partir de los diez años de edad de conformidad con el artículo 2346 del Código civil; no obstante, para no dejar desprovistos a las víctimas de los daños causados por los incapaces (dementes o por lo menores de diez años), el Código confiere a estas, acción civil de responsabilidad contra las personas “a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”²¹

De otra parte, se tiene que en sentencias de la Sala de Casación Civil se refieren a la historia de la culpa, y señalan en primer lugar que la teoría general de la responsabilidad contractual es tradicionalmente culpabilista, donde el elemento subjetivo es criterio determinante para definirlo y alcanzarlo, dado que el contrato es un acto que transita preferentemente en la previsibilidad, regido por la autonomía de la voluntad, por lo cual la reparación del perjuicio se ata al grado de culpabilidad del deudor, tal como lo prevén los artículos 63 y 1604 del Código Civil.²²

²¹ Velázquez, P. O. (2009) *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad de la Sabana, Ed. Temis S.A. ISBN978-958-35-0737-32407 200900049500

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, República de Colombia, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez, 28 de noviembre de 2012, Ref: Exp. 1700131030052009-00211-01

Posteriormente, en un pronunciamiento mucho más reciente, la Corte afirma que se censura la aplicación de un régimen de responsabilidad con culpa probada, pero la juez de primer grado, indebidamente terminó aplicando un régimen objetivo, que por definición prescinde de la culpa. Pero que esa Corporación abundara en razones para examinar el pleito frente al régimen culpabilista.²³

No obstante lo anterior, es menester aclarar que si bien la Culpa hace parte los elementos axiológicos de la responsabilidad concurriendo al momento de la configuración del incumplimiento contractual o de la infracción al deber general de no dañar a otro, debiendo ser acreditada al momento de solicitar su reclamación como regla general, en ciertas ocasiones el legislador nacional, en pro de aliviar las cargas probatorias del demandante puede llegar a presumirla, encontrándonos en un escenario de inversión de la carga de la prueba, o incluso puede suprimirla, haciendo que mute el régimen de responsabilidad aplicable de subjetiva a objetiva.²⁴

1.4. Responsabilidad extracontractual del Estado como reflejo de la responsabilidad civil.

Bajo el mencionado principio de responsabilidad y su máxima de reparación, se encuentran cobijados personas naturales y jurídicas, incluyendo a los Estados, que por un gran período de la historia antigua se concebían carentes de responsabilidad. Hoy día, el entendido y alcance de la responsabilidad estatal varía dependiendo del desarrollo normativo interno de cada país, pues cada ordenamiento determina en qué casos se entenderá que un

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicación n° 11001-31-03-018-2015-00410-01, Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque, AC3532-2020, Radicación n° 11001-31-03-018-2015-00410-01, 14 de diciembre de 2020

²⁴ Suescun Melo, Jorge. (1996) *Derecho Privado: Estudios De Derecho Civil Y Comercial Contemporáneo*. 1st ed. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes. Pp. 255-287

Estado es responsable por los perjuicios que se le ocasionen a terceros, hasta qué punto es responsable por las acciones u omisiones de sus agentes y bienes, la manera en que se configura dicha responsabilidad y su forma de indemnización.

1.4.1 Responsabilidad estatal y sus primeras manifestaciones en Colombia.

Si a orígenes se refiere, indefectiblemente se debe hablar al mismo tiempo de las bases constitucionales y legales que se echaron en nuestro país antes de abordar la necesaria jurisprudencia. En cuanto a la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, ésta es ya conocida como principalmente jurisprudencial de tipo mixto entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que de todas maneras no hubieran podido progresar sin los necesarios avances establecidos no sólo por el derecho comparado sino también por la legislación y la Constitución colombianas. Sin lugar a duda, tendremos que reconocer que hasta el momento la arbitrariedad del Estado colombiano ha sido amainada de forma valiente por la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en la primera mitad del siglo XX, y por el Consejo de Estado en su segunda mitad.²⁵

El final del siglo XIX señala un cambio en el rol y funciones estatales, que originan el Derecho administrativo y al refinamiento de la responsabilidad estatal, los cuales se dilucidarán en el presente acápite. El Estado interventor es propio de la segunda postguerra, desde mediados del siglo XIX aumenta el descontento por la situación social y económica al funcionar una economía sometida bajo leyes del mercado; así nacen las tesis socialistas y el liberalismo que conducirá a la fórmula del Estado social. Al adoptarse un sistema de

²⁵ Molina, Carlos M. (2014) p. 58 Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente* Opinión Jurídica vol. 4, No. 7 Artículo producto de la línea de investigación "Hacia un nuevo contencioso administrativo", proyecto sobre Responsabilidad extracontractual del Estado por actividad peligrosa. Facultad de Derecho. Universidad de Medellín, junio 2004 pp. 43-66 <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1305/1276>

seguridad social estatal en Alemania e intervenir el Estado en la crisis de la década de 1880 son aspectos notorios del nuevo papel del Estado en la vida social, en la regulación jurídica como en la prestación y provisión de los bienes y servicios. La complejidad que va tomando estos servicios públicos motiva que en Francia se genere el incidente propiciara la génesis del Derecho administrativo y de la responsabilidad estatal moderna. Así se explica el origen de las teorías de la responsabilidad estatal, donde posteriormente surgen varias tesis jurídicas sobre la manera de entender y asumir tal responsabilidad.²⁶

En el estudio de la evolución de la responsabilidad estatal nacional, se parte desde 1887 cuando se expidió el Código Civil, que en sus artículos 2341 a 2360 fueron el eje central del avance y consolidación pretoriana de la responsabilidad estatal, en esa época se fortificó la práctica de la responsabilidad Estatal y se procuró su expansión a presupuestos distintos de la guerra, no obstante estos fueran tema de indemnizaciones. Se exigía como elementos necesarios para la procedencia de declaratoria de responsabilidad que se tratara de: (i) una acción u omisión de una entidad del Estado o de sus agentes, (ii) un daño y (iii) la culpa.²⁷

La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia es introducida formalmente al ordenamiento jurídico nacional a través de la Constitución de 1991 mediante el artículo 90, señalando que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le señalan por acción o la omisión de las autoridades, de modo que la columna vertebral de la responsabilidad patrimonial del Estado se soporta en una norma superior e integra una garantía de derechos e intereses de los administrados, sin contar su condición de hecho, de

²⁶ Jiménez, William. (2013) p.77 Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal, Universidad Libre y ESAP Bogotá D.C. ColombiAa No.38. Enero - Junio de 2013.pp. 63-78. Ejemplares: 1000 Dialogo de saberes ,<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4696257>

²⁷ Buitrago, Angelica M (2019). p 34 Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y Constitución democrática. Revista Verba Iuris, 14 (41). pp. 15-45 <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4646>

donde se deduzca que la responsabilidad en términos amplios es la obligación de soportar las consecuencias de los propios actos.²⁸

Antes de 1991 no existía un fundamento normativo específico a la responsabilidad del Estado, sin embargo, este concepto se reconoció con el paso del tiempo a través del desarrollo y evolución jurisprudencial. En sus inicios, la jurisprudencia contaba con una postura de irresponsabilidad estatal, imperante hasta mediados del siglo XIX, justificándose en la teoría de la soberanía absoluta del Estado que no responde por los perjuicios causados en su actuar, porque podía disponer de los bienes de los administrados. No obstante, con la Constitución de 1863 de los Estados Unidos de Colombia se introduce un pensamiento liberal que apuntaba al reconocimiento de una responsabilidad del Estado, mediante los principios de Estado Federal y el reconocimiento de los derechos individuales.²⁹

Así las cosas, aunque la Corte Suprema Federal de la época tenía una marcada postura hacía la tesis de “irresponsabilidad” del Estado, la Corte encontraba ciertas excepciones en sus fallos, donde el Tesoro público respondía por los perjuicios ocasionados por los ejércitos republicanos en el marco de las guerras civiles que se vivían, siempre y cuando las reclamaciones cumplieran con todos los presupuestos legales de la época, ya que no bastaba con acreditar el perjuicio sufrido. Así, esto se considera una de las primeras manifestaciones del principio de responsabilidad estatal en Colombia.³⁰

²⁸ Prada (2017). p. 10 La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial en relación con acto médico, acto jurídico y hecho jurídico (Artículo para optar por el título de especialista en derecho administrativo, Universidad Santo Tomas. Universidad Santo Tomas Facultad de Derecho Especialización en Derecho administrativo Bogotá D.C - Colombia <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12595/2017dianaprada.pdf?sequence=1&isAllowed=>

²⁹ Arenas. (2020) p 216 Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898. Revista Digital de Derecho Administrativo N°24, Julio-diciembre de 2020. Págs. 213-234 Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635017>

³⁰ Henao, Juan Carlos (1999). p. 109 La responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia. La responsabilidad extracontractual del estado del Colombia. Seminario internacional sobre la responsabilidad Patrimonial del Estado. Organizado en México D.F los días 4,5 y 6

Posteriormente, a finales del S. XIX luego de desaparecer la Corte Suprema Federal con el fin de la hegemonía liberal, la nueva Corte Suprema de Justicia regida por la Constitución de 1886, profiere el 20 de octubre de 1898 una sentencia hito para la responsabilidad extracontractual del Estado, en la cual la Corte decide sobre la terminación de un contrato de concesión de veinticinco años sobre un terreno adjudicado por parte del municipio de Colón en el Estado de Panamá a dos hombres que en el año 1891 obraban como concesionarios, donde el terreno pactado no les fue entregado y posteriormente la nueva administración del municipio, en cabeza del General Miguel Montoya (jefe Civil y Militar del Departamento de Panamá), mediante Decreto declara que el mencionado contrato se entendía terminado y adjudicaron el contrato a un tercero.

Para fallar este caso, la Corte Suprema emplea en su sentencia principios sobre la propiedad establecidos en el Código Civil y los aplica a las actuaciones estatales, determinando que “la responsabilidad del Estado, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil, lo establecen de una manera indubitable. Siendo el Estado una persona jurídica, y habiendo obrado en el caso en cuestión el agente del Gobierno en virtud de facultades generales y extraordinarias, conferidas por el mismo Gobierno para el régimen del departamento, no puede desconocerse que los actos del agente comprometieron la responsabilidad civil del comitente, que obraba en nombre de aquel y en ejercicio de la autoridad que se le había dado (...) (Corte Suprema de Justicia, 1890) por tanto, los accionantes tenían derecho a que se les indemnizara por los

daños causados a través del decreto emitido por el Jefe Civil y militar de Panamá, quien es considerado un agente de la persona jurídica del Estado.

Posterior a esto, a inicios del siglo XX la Corte Suprema empieza a utilizar de manera intermitente las tesis de responsabilidad del derecho privado para explicar la responsabilidad directa del Estado, sustentándose mayormente en la culpa que aportaba la legislación civil la cual se encontraba en los artículos del Código civil al momento de estudiar la responsabilidad por el hecho ajeno y los daños causados por los criados³¹, que al trasladarlo al ámbito del derecho público sería la responsabilidad indirecta del estado, donde este se hace responsable por los hechos de sus agentes, y también se encuentra la responsabilidad directa del Estado fundada en lo relativo a la responsabilidad extracontractual³². (Corte Suprema de Justicia, 1890)

Entre 1914 y 1940, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad Estatal, a través de varias sentencias, analizó las causales de exoneración de responsabilidad y admitió indemnizaciones por daños morales, consolidándose de esta forma la teoría de la falla del servicio, declaró la responsabilidad estatal en casos donde se causaron daños a particulares o a funcionarios estatales producto de fallas en la prestación del servicio médico, de actividades peligrosas, muerte, falta de precauciones en incendios, inundaciones por obras municipales, entre otros asuntos.³³

El 17 de febrero de 1925, la Corte Suprema de Justicia estudia el caso de Rafael Azcuenaga, víctima de lesiones y daños corporales acaecidos en uno de los carros del tranvía

³¹ Código Civil, 1873, 33 edición. Leyer. Artículos 2347 y 2349.

³² Corte Suprema de Justicia (1890) Corte Suprema de Justicia, 20 de octubre de 1898, Gaceta Judicial, Bogotá, 28 de marzo de 1890, año xvi, n.º 685, p. 55. Disponible en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XII%20n.%200573-0624%20\(1897-1899\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XII%20n.%200573-0624%20(1897-1899).pdf)

³³ Ob.cit

del municipio de Bogotá, siendo demandado el municipio de Bogotá, para ser indemnizado por el accidente, el cual según el actor fue culpa o descuido del conductor. Según el concepto del ministerio público, solicito no casar la sentencia porque el derecho aplicable y las normas sobre responsabilidad extracontractual o aquiliana, pues la carga de la prueba de la diligencia o cuidado corresponde probarla al demandante y la sentencia que condena al municipio respeta los principios fundamentales acorde con la jurisprudencia de la Corte sobre el tema, La Corte Declara desierto el recurso de casación interpuesto.³⁴

En fallo de junio 9 de 1926 la Corte Suprema de Justicia analiza el caso de la compañía *Anglo Colombian Developemet Compány Limited* que demando a la nación colombiana, para que le restituyera la tenencia de la mina El Salto, en el lecho del rio Condoto, la cual le había sido traspasadas por Jose Ciceron Castillo, cesión de la cual tenía conocimiento el gobierno y sin embargo, el 4 de septiembre de 1924 les fue arrebatada violentamente la posesión por el Alcalde de Condoto, siguiendo órdenes del Prefecto de la Provincia de San Juan y del Intendente de Choco y del Ministro de Industria, pues no dejaron trabajar la draga de la compañía y arrestaron a sus trabajadores, el 22 de junio el Tribunal de Cali absuelve a la Nación, porque la misma demandante confeso que solo tenía la tenencia mas no la posesión del predio y según el Código de minas no acreditaron prueba de su estancia ahí.³⁵

Luego, en fallo de Diciembre 10 de 1937 Pedro Manuel Dávila demandó ante el Tribunal Superior de Santa Marta a la Nación, para que fuera condenada a pago de perjuicios, porque como riberano de la quebrada de Orihueca Corregimiento de este nombre, Municipio

³⁴ Corte Suprema de Justicia, febrero 17 de 1925, Magistrado Ponente: Dionisio Arango

³⁵ Corte Suprema de Justicia, junio 9 de 1926 Magistrado Ponente: Luzardo Fortul

de Ciénaga o San Juan de Córdoba, para el 19 de agosto de 1929 tenía el derecho al uso de esas para los menesteres domésticos, abrevaje de animales y plantaciones, pero la Nación por medio de su Ministro de Industrias, que ordenó al Gobernador del Magdalena, y lo ejecuto por el Jefe de la Comisión de Baldíos y del Alcalde del Municipio de Ciénaga, le terraplenaron el 9 de agosto de 1929, la bocatoma y estancaron las aguas de la quebrada, privándole del beneficio a su predio cultivado de bananos y pasto artificial, hecho totalmente ilegal, sin previo juicio sin que se ordenase al Ministro de Industrias con las fórmulas judiciales correspondientes le reconocieran su calidad de usufructuario y propietario, porque sufrió daños en cuantía de \$334.671.36. Se remiten a la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros y se apoya en los artículos 2341 y 2347 del C. Civil. La jurisprudencia francesa ha resuelto reiteradamente que la administración que ha pagado una indemnización a la víctima de un hecho del servicio, no puede repetir contra el autor pues sería pretender que ese hecho es personal". Consejo de Estado, 28 de marzo de 1924. Maurice Hauriou-³⁶

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en agosto 17 de 1939 con ponencia del Magistrado Dr. Pedro A. Gómez Naranjo, el doctor Edmundo Vargas R. en representación de Manuel A. Moreno, demandó al Departamento del Tolima, por la suspensión forzosa de los trabajos de laboreo de minerales en La Sonora, que hace parte de la mina de El Tesoro; por los daños causados en su establecimiento y el despojo que se le hizo por Francisco de la Cuesta quien denunció el predio de La Sonora como mina independiente y denunciable; se opuso el presidente de la sociedad de El Tesoro, acudieron

³⁶ Corte Suprema de Justicia Diciembre 10 de 1937, magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo

al Juzgado 2 del Circuito de Ibagué) las partes del asunto, sin solución, el juez remitió oficiosamente el expediente sobre denuncia de la mina de La Sonora a la Gobernación del Departamento; "la cual sin providencia judicial con el objeto de la remisión del expediente, dictó resolución comisionando al Alcalde de Anzoátegui para posesionar a Francisco de la Cuesta en la mina.³⁷

El Alcalde ni el Inspector fijaron carteles, dieron pregones, citaron a los poseedores de la mina, ni a los dueños de minas colindantes, el Inspector se presentó ebrio y con particulares armados y ebrios también, declarando que a dicha persona le iba a entregar todo sin oposiciones, reclamos, ni ninguna solicitud, invadiendo la mina, hicieron daños como cortar correas de transmisión, apagar motores, parar molinos, se llevaron mineral en bruto preparado para moler e invadieron los edificios, desalojaron la mina y el establecimiento de laboreo a sus trabajadores, detuvo a varios y les previno, bajo caución, no volvieran. La Gobernación anuló lo actuado por el alcalde de Anzoátegui y por el Inspector Departamental de policía de Santa Clara, dispuso averiguar los delitos que se hubieran cometido, pero no establece el derecho antes del acto nulo, se abstuvo de restablecer las cosas, al estado que tenían antes del acto generador de la nulidad.³⁸

En este caso, la providencia de la Gobernación del Tolima que comisiona al Alcalde de Anzoátegui para posesionar de la mina La Sonora a Francisco de la Cuesta, fue emitida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 27 de julio de 1935. La Gobernación debía cumplir el mandato del Órgano Judicial, si hubo perjuicios para el demandante, los hechos no son culpa de la administración departamental, pues conforme a la Constitución y al Código de Minas,

³⁷ Corte Suprema de Justicia agosto 17 de 1939 Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo

³⁸ Ob.cit.

los Gobernadores auxilian a la justicia para el cumplimiento de las providencias de adjudicación y posesión de las minas. La resolución que ordenó cumplir el auto del Tribunal es legal y de su ejecución no hay responsabilidad de la administración departamental.³⁹

Para el estudio de dicho caso, la H. Corte Suprema trae a colación el derecho Administrativo francés, estableciendo que este admite la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas –consideradas como personas morales- por los perjuicios ocasionados en la ejecución de un servicio público o de una operación administrativa, si concurre que estos perjuicios sean el resultado de una falta y no un caso fortuito o de un acontecimiento de fuerza mayor; que la falta se impute a la organización del servicio, y no a un agente determinado, del cual sería acto personal" Por ello absuelve de la demanda al Departamento del Tolima de los cargos de la demanda.⁴⁰

El 10 de julio de 1941, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta, resuelve el caso de Aurelio Cruz apoderado de la sociedad conyugal de Manuel Rodríguez y Ricarda Avila demandan a la Nación por daños materiales y morales ocasionada por la muerte de Domingo Guzman Rodriguez, el 24 de julio de 1938 al precipitarse a tierra el avion marca. Hawk, pilotado por el teniente Cesar Abadía, en una maniobra se estrelló y una de sus alas mato a Domingo Guzman, el avion no se encontraba en buenas condiciones antes del 24 de julio de 1938. La falta de atención y cuidado de los militares directores de la revista, y la mala escogencia del personal de aviadores, hace responsable a la Nación de los daños ocasionados.⁴¹

³⁹ Ob.cit

⁴⁰ Ob.cit

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, 10 de julio de 1941, Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta

Responsabilidad del Estado. Indica las disposiciones del código civil que reglamentan la culpa aquiliana, examinada por la jurisprudencia colombiana juzgando los actos culposos de los agentes del Estado que infieren daño a terceros; mediante la teoría de establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes o "de faltas del servicio"; resulta gravemente comprometida la responsabilidad civil del Estado colombiano, y tiene fundamento la reparación de daños propuesta. La doctrina de derecho público de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos no parte de la existencia de un hecho delictuoso o cuasi delictuoso, o se genera en la culpa probada o presunta del responsable, sino que tiene en cuenta únicamente la existencia de perjuicios individuales por actos administrativos, distintos de aquellos que causa el ejercicio normal, regular y con efectos generales del Poder público.⁴²

El hecho se debió a notorias faltas del servicio de aviación militar, irregularidades en la preparación y ejecución de la revista. En disciplina y violación de reglamentos por superiores e inferiores. Que el piloto cometió una falta personal, cometida al ejecutar la función que le correspondía y con ocasión de su desarrollo. No desvincula la responsabilidad del Estado, ni con el criterio civilista ni administrativista, por lo que la Nación es responsable civilmente de los daños materiales y morales causados a los demandantes.⁴³

Para la misma época de inicios del siglo XX, el Consejo de Estado, que existía en Colombia con una competencia residual frente a los temas de responsabilidad de la nación,

⁴² Ob.cit.

⁴³ Ob.cit

rechazó en varias oportunidades las nociones de derecho privado que implementaba el que venía implementando la Corte Suprema de Justicia.⁴⁴

En 1941 se expide el Código Contencioso Administrativo, se amplían competencias de la Jurisdicción Contenciosa y, en 1963, la Corte asumió exclusivamente la tarea de los casos de responsabilidad estatal. Entre estos dos años emitió importantes fallos, definiendo la tipología de daños presentes y futuros, los elementos del daño, las características y requisitos de resarcimiento de perjuicios materiales y morales, elementos de la responsabilidad, la responsabilidad directa e indirecta, amplió la noción de culpa y fallo declarando la responsabilidad de la administración por actividades peligrosas, por el “hecho ajeno” y por daños ocasionados por trabajos públicos.⁴⁵

Actualmente la responsabilidad en la Constitución se configura con dos elementos: el daño antijurídico y la imputación al Estado, en el primer caso comprende la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial que la víctima debe soportar y es indemnizable, para el caso el daño antijurídico el Estado debe repararlo, porque la entidad estatal debe salvaguardar los derechos de los administrados con relación a la administración. En cuanto al elemento de la imputación tiene nexos con la causación material, pero no se confunde con ella, por lo cual se le impone al Estado la obligación de reparar un daño cuando se constate que existe la antijuridicidad de este, el juzgador realiza un juicio de imputabilidad para encontrar un título jurídico diverso de la causalidad material que legitime la decisión”⁴⁶

⁴⁴ Henao, J. C (1999). p 10, La responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia. La responsabilidad extracontractual del estado del Colombia. Seminario internacional sobre la responsabilidad Patrimonial del Estado. Organizado en México D.F los días 4,5 y 6 de 1999 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1392/12.pdf>

⁴⁵ Buitrago, Angélica M. (2019). Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y Constitución democrática. Revista Verba Iuris, 14 (41). P. 34.

⁴⁶ Ob.cit.p.10

1.5. Elementos de configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad del Estado Colombiano y su deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos imputables por la acción o la omisión de las autoridades (Const., 1991), se sostiene en el artículo 90 superior, lo ratifica la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que tiene el principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, contenido en la Carta Política inicialmente en el artículo 2º, que señala el deber estatal de proteger a todos los ciudadanos colombianos en su vida honra y bienes; en el artículo 58 que garantiza la propiedad privada y demás derechos logrados legalmente y en el artículo 90, sostén principal de la responsabilidad extracontractual del Estado y su cláusula general de responsabilidad patrimonial estatal.⁴⁷

Lo anterior entiende que el Estado responderá por aquellos perjuicios causados por este a través de alguna de sus instituciones o agentes, a los bienes jurídicamente protegidos de los individuos o por vulneración de derechos. Dentro de estas instituciones a cargo del Estado se encuentran las ESE -Empresas Sociales del Estado-, las EPS - Entidades Promotoras de Salud e IPS - Instituciones Prestadoras de Salud que siendo de índole estatal y en ejercicio de sus funciones, han infringido perjuicios a sus pacientes, desencadenando de esta forma la responsabilidad médica del Estado y el consecuente deber de reparar e indemnizar; temáticas que se abordan en el presente texto.

Así mismo, llama la atención que desde la óptica de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Doctrina, los elementos que hacen parte de la responsabilidad Estatal son: i) un daño antijurídico, ii) el daño con el respectivo título de imputación de responsabilidad, y iii)

⁴⁷ Gonzalez, Olga. (2009). p. 79-81 Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes. Revista Humanidades UIS, 37(I), 79-81. Obtenido de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734>

un nexo de causalidad entre el daño y la imputación de responsabilidad. Así las cosas, el daño antijurídico es un perjuicio que se concreta en el desequilibrio de las cargas públicas que el administrado no debe soportar, por el derecho a la igualdad, el nexo de causalidad es la relación de causalidad entre la acción u omisión de la administración y el daño o lesión ocasionado y los títulos de imputación, se estudiarán más adelante.⁴⁸

En relación con el primer elemento constitutivo, que corresponde al daño antijurídico, se debe decir que fue introducido al ordenamiento a través de la Constitución Política de 1991 y ha tenido un desarrollo jurisprudencial desde entonces. Frente a este, el Consejo de Estado ha manifestado que “Un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”, con ello, para que exista una lesión resarcible se requiere, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuricidad subjetiva), sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo⁴⁹, entendiéndose que la responsabilidad no se trata de un perjuicio causado antijurídicamente, desvinculando la licitud de la acción, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo producido por el actuar de la administración en el marco de atención a sus deberes.

Con esta aproximación, el derecho administrativo nacional se aparta un poco de los fundamentos franceses de falla en el servicio tradicionales, derivando en la creación de un sistema conformado por instituciones de responsabilidad por falla del servicio, bien sea

⁴⁸ Estrada, Karellys N (2019) p.4Línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre los títulos de imputación para atribuir responsabilidad médica Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, *Derectum* Volumen 4 No.1: 7 -34. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/view/5484/4944>

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente: 6515. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta, 31 de octubre de 1991.

probada o presenta, y responsabilidad objetiva; bastando ahora sólo la existencia de un daño antijurídico para imputar la responsabilidad del Estado⁵⁰

La relevancia del daño como primer elemento de la responsabilidad es tal, que si no se configura no hay lugar a su estudio, sin importar que exista la falla del servicio, su fundamento es simple, si no hay daño no hay lugar a que se condene, pues de hacerse daría lugar a un enriquecimiento sin causa, pues el daño es la causa de la reparación y esta es el fin último de la responsabilidad civil. En tal sentido hay un divorcio con el título de imputación que maneja el Consejo de Estado cimentado en la falla del servicio, por cuanto el estudio de la responsabilidad debe iniciarse a partir del daño el que primero se estudia, luego el título de imputación y finalmente por qué se debe reparar.⁵¹

La tesis tradicional al estudio del daño no estudia la tesis de Cupis, para quien no se ha iniciado dicha lesión definitiva por encontrarse en ciernes y tiene tres fases el daño cierto: la primera desde cuando se inicia la perturbación o alteración del goce pacífico del derecho o interés, sin iniciarse la lesión definitiva; la segunda inicia desde el momento que arranca la lesión definitiva del derecho y sigue presentándose, que doctrinalmente se conoce como daño continuado, y la tercera implica la lesión definitiva y total del derecho y el no daño es el goce pacífico del derecho.⁵²

El juez puede libremente aplicar la responsabilidad que aparezca probada, siempre que se reúnan los presupuestos procesales, sin importar la denominación que elija el

⁵⁰ Tamayo Jaramillo, J. (2012). La responsabilidad del estado el daño antijurídico. constitución política, Art. 90 el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike. Pp. 34-38.

⁵¹ Henao Juan Carlos (2007), El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Frances, , Universidad Externado de Colombia, https://www.academia.edu/20125242/EL_DA%C3%91O_DE_JUAN_CARLOS_HENAO_U_E_C

⁵² Henao, Juan Carlos. (2015), Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, p 283, Revista de Derecho Privado, n.º 28, enero - junio de 2015, pp. 277 a 366, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n28/n28a10.pdf>

demandante en la demanda. También se tiene que en una misma persona pueden concurrir dos acciones derivadas de un mismo hecho; la contractual derivada del incumplimiento de la obligación convencional; la extracontractual, que proviene de la obligación general de prudencia, por lo cual ambas pueden coexistir como acciones pero deben tener dos objetos distintos.⁵³

Para Escobar, el daño implica un detrimento, menoscabo o perjuicio sufrido producto de un acontecimiento específico que sufre una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, no tiene importancia sea causado por un hecho humano, realizado a la víctima o por un tercero, o por un hecho natural. Otra definición la da Tamayo, para quien el daño civil indemnizable implica el menoscabo a las facultades jurídicas de una persona que le impide plenamente disfrutar de un bien patrimonial o inmaterial, daño que es indemnizable si ilícitamente lo causa alguien diferente de la víctima. Para el italiano Adriano De Cupis el “daño es perjuicio, o sea una aminoración o alteración de una situación favorable.”⁵⁴

El Consejo de Estado se ha referido ampliamente en sus decisiones en fecha 14 de abril de 2010 indica acerca del reconocimiento de varios elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, como son el daño antijurídico, el hecho dañoso, el nexo causal y, en algunos casos la imputación. Dicha estructura, para el ponente de esta decisión, desconoce los postulados de fundamento a la responsabilidad del Estado descrita en la Carta Política de 1991, en la medida que el artículo 90 estableció únicamente dos

⁵³ Tamayo, Jaramillo Javier, 1981, p 129 Responsabilidad civil contractual y extracontractual y su aplicación en el contrato de transporte, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ISSN 0120-3886, N°. 52, 1981, págs. 117-143
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212458>

⁵⁴ Sarmiento Cristancho, Daniel, Medina Velandía, Sindy, Plazas Estepa, Rodrigo Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios, 2017, p.106 VleI / Vol. 12, N.º 2 / julio-diciembre 2017 / Bogotá, Colombia. / Universidad Santo Tomás / pp. 101-115
<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3754>

elementos de la responsabilidad, como son i) El daño antijurídico y, ii) la imputación de este a una autoridad.⁵⁵

En fallo de 15 de noviembre de 2011, se indica que la responsabilidad del Estado se enmarca al configurarse un daño, el cual es antijurídico porque el sujeto afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación. Acreditado el daño, surge la obligación de indemnizarlo, para hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento el cual será proporcional al daño sufrido. Los elementos en que fundan la responsabilidad son el daño antijurídico y su imputación a la administración.⁵⁶

La Corte Constitucional igual se ha referido al tema, cuando indica que el resarcimiento del patrimonio de los particulares afectados por la presunta actuación u omisión de una autoridad pública se condiciona a probar la existencia de un daño antijurídico, o perjuicio que el ciudadano no tenía el deber de soportar, en segundo lugar una acción u omisión imputable al Estado y en tercer lugar el nexo de causalidad entre ambos y se remite a la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando afirma que el daño es el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que este no se debe soportar por el gobernado, por ir en contravía a la Carta Política o a una norma legal, o, por irrazonable, sin estar condicionado a la licitud o ilicitud de la conducta de la Administración.⁵⁷

⁵⁵ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gomez 14 de abril de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285)

⁵⁶ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz 15 de noviembre de 2011. Radicación: 23001233100019970893401

⁵⁷ Corte Constitucional, SU 072/2018, Referencia: T-6.304.188 y T-6.390.556 (AC) Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, 5 de julio de 2018.

La misma providencia señala que la imputación es la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico hecho por el Estado, conforme a los criterios o títulos de imputación que se elabore, como la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro para hacer una atribución en concreto. Acreditados el daño y las fallas invocadas en la demanda, debe entonces determinarse si el daño se imputa a las segundas, es decir si hay nexo de causalidad.⁵⁸

La Corte Constitucional se ha pronunciado frente al segundo componente de la responsabilidad del estado que corresponde a la *imputabilidad*, exteriorizando que no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste al mismo tiempo debe ser imputable al Estado, es decir, se requiere de la existencia de un título que permita su atribución a una autoridad, bien sea por actuación u omisión de esta.

Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la '*imputatio juris*' además de la "*imputatio facti*" (Corte Constitucional, Sentencia C-333/1996)⁵⁹

⁵⁸ Ob.cit.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 333 del 1 de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En Sentencia SU659/15 la Corte Constitucional indica que la responsabilidad extracontractual del Estado emerge a partir del daño antijurídico causado al particular, de modo que con la ocurrencia del hecho se habilita a quien se crea lesionado acudir al juez competente para reclamar la respectiva reparación, por lo que no es lógico ni proporcional suponer como condición futura e incierta el declarar la responsabilidad estatal, si se identifica al agente productor del daño y lo sancionan penal o disciplinariamente.⁶⁰

En cuanto al tipo de responsabilidad estatal descrita en el artículo 90 de la Carta Política es de carácter objetivo al concurrir elementos significativos que demuestran el daño causado, el cual debe ser antijurídico; y el vínculo entre la acción u omisión y el daño, conocido como nexo de causalidad que se rompe con alguna de las causales de exclusión de responsabilidad conocidas⁶¹. Debido a ello, la voluntad del agente o servidor público pasa a un segundo plano desatendiendo el elemento subjetivo del autor del daño antijurídico.⁶²

Lo anterior no implica que el régimen subjetivo quede proscrito de toda evaluación de responsabilidad estatal, pues como es de conocimiento, históricamente éste ha sido el régimen por el cual se ha determinado la responsabilidad extracontractual del Estado dando como resultado diferentes títulos de imputación cuya base de responsabilidad es el estudio del error de conducta cometido por el agente autor del ilícito.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU659/15 Referencia: expediente T-3.795.843 Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos 22 de octubre de 2015

⁶¹ Son causales de exclusión de responsabilidad extracontractual las siguientes: fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero

⁶² Azuaga, Manuel, 2021, p.11, La responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión al COVID-19. Artículo de grado para optar por el título de Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/25454/1/La%20responsabilidad%20extracontractual%20del%20Estado%20con%20ocasion%20al%20COVID-19-%20manuel%20arzuaga.pdf>

1.6. Títulos de imputación

La imputación es la causa jurídica que soporta la atribución de responsabilidad a la autoridad que se trate, constituyendo el traslado de la obligación de indemnizar al patrimonio correspondiente.⁶³ En Colombia, la forma en que se imputa la responsabilidad extracontractual del Estado se ha establecido en la dualidad de los dos regímenes existentes, el régimen objetivo y el subjetivo.

1.6.1 Responsabilidad Objetiva

La responsabilidad objetiva se caracteriza por la pérdida de preponderancia del elemento Culpa al momento de su configuración, pues basta que se acredite el daño y el vínculo causal entre la acción u omisión del agente para que surja la obligación resarcitoria imputable al sujeto o entidad que causare el daño. Por tal no hay necesidad de hacer ningún tipo de evaluación de la conducta del sujeto activo, pues este incluso puede llegar a ser diligente y aun así dar lugar a la responsabilidad.

Frente al régimen objetivo de la responsabilidad estatal, se predica que su estructura se fundamenta en el daño antijurídico y en las circunstancias que lo motivaron, siendo sus presupuestos esenciales la existencia de un hecho dañoso atribuible a la administración, un daño y un nexo de causalidad entre los dos anteriores, sin embargo en este régimen de responsabilidad excluye los juicios de la conducta desplegada por el Estado, siendo

⁶³ Quintero Gnecco, Andrés. 2013. *El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: su transición a fundamento de compensación*. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Pp- 26-41.
<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/12237/06702132.2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

consciente que los daños se pueden materializar por la conducta legal, prudente y diligente, prudente, legal.⁶⁴

Así, se reconocen bajo este sistema títulos de imputación del (i) *daño especial*, que entiende que las actuaciones lícitas y legítimas del Estado pueden llegar a ser inequitativas causando un perjuicio al particular que no está obligado a soportar; el título de (ii) *las actividades peligrosas*, que acoge el hecho de ciertas actividades implican un riesgo, y por último el título del (iii) *riesgo excepcional*, en donde durante el desarrollo de actuaciones legítimas a cargo del Estado y sus agentes pueden incrementar el riesgo a los ciudadanos sometiéndoles a unas condiciones excepcionales.⁶⁵

Respecto al primer título de imputación aludido correspondiente al *daño especial*, el Consejo de Estado, ha indicado que este título de imputación “tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”⁶⁶, toda vez que como premisa fáctica se tiene que el Estado en ejercicio de sus funciones y actuando conforme a sus competencias legales, causa un daño a un bien jurídico del particular o administrado que le representa una carga adicional. Como muestra de ello se encuentra el clásico ejemplo donde se causan daños en los bienes de particulares producto de la realización de una obra pública.

Este mismo órgano colegiado ha mencionado que el daño especial se concreta cuando existan los siguientes elementos:

⁶⁴ Ob.cit.

⁶⁵ Ob.cit.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 03 de mayo de 2007. Radicado: 16.696. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero.

a) Que se trate de una actividad legítima de la administración. b) Este debe tener como producto el menoscabo del derecho legal de una persona. c) El menoscabo del derecho se origina en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. d) Tal rompimiento debe ocasionar un daño grave y especial, y que recaiga en alguno o algunos de los administrados. e) Ha de existir un nexo causal entre la actividad legítima y el daño causado; y f) El caso concreto no se puede ubicar en otro régimen de responsabilidad de la administración.⁶⁷

Continuando con el título de imputación de Riesgo excepcional, se debe entender que este nace del régimen de actividades peligrosas, contemplado en nuestro ordenamiento en el artículo 2356 del Código Civil, ya que “quien genera un riesgo y se aprovecha de él, debe estar obligado a indemnizar el daño que cause, por ello se presume su culpa en la generación de dicho perjuicio” y solo podrá exonerarse exponiendo una causa extraña⁶⁸

En la teoría del riesgo excepcional, el Consejo de Estado en Sentencia de febrero del 2015 establece que debido al rompimiento de las cargas públicas generado por un riesgo o peligro en que incurre un agente público, surge el consecuente deber de reparación en cabeza del Estado. Ello lo explica de la siguiente manera:

el factor de imputación recae sobre el riesgo grave y anormal al que el Estado expone a los administrados, que trae como consecuencia una ruptura del equilibrio en el reparto de las cargas públicas, circunstancia que compromete la responsabilidad del Estado. En virtud de ese título de imputación, el demandante tiene la obligación de probar la ocurrencia del daño, así como que éste provino de la concreción del riesgo al que fue expuesto, para que – establecidas esas premisas- se pueda deducir la responsabilidad patrimonial del Estado, sin entrar a analizar la licitud de la conducta del Estado que, para el efecto, resulta irrelevante.⁶⁹

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 1999 Expediente. No. 6334. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández.

⁶⁸ Rodríguez Mora, Sandra. 2012. "la utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del estado". Magíster, Universidad del Rosario. Pp. 23-25

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de Febrero de 2015. Referencia (29338). Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

En ese orden de ideas, el mismo Consejo de Estado sostiene que pueden existir tres modalidades de responsabilidad por riesgo: (a) *Responsabilidad por riesgo-peligro*. Es la asociada tradicionalmente con las “actividades peligrosas” que comprenden lo supuestos de: Responsabilidad derivada del uso de objetos peligrosos, a instrumentos o artefactos peligrosos como lo son las armas de fuego o los vehículos automotore, y por las instalaciones peligrosas como por ejemplo las de conducción de energía eléctrica.⁷⁰

Igualmente se encuentran (b) *Responsabilidad por Riesgo-Beneficio*, en dónde cobra relevancia el provecho que la comunidad puede obtener del riesgo creado por el Estado. Ello se puede observar en casos respecto de colaboradores ocasionales de la Administración, lo cual puede suceder, en los supuestos en los cuales se ocasionan daños a particulares que prestan, en vehículos automotores de su propiedad; y por último está el (c) *Riesgo álea*, que hace referencia a los riesgos que asume la Administración al momento de utilizar algún método, en donde se desconoce total o parcialmente los resultados adversos que este pueda producir y su probabilidad de ocurrencia.⁷¹

1.7.2 Responsabilidad Subjetiva

Por otro lado, se encuentra el régimen subjetivo que en primera medida fue fruto de la evolución y desarrollo que tuvo la responsabilidad del Estado. Ante el advenimiento del derecho público como fundamento de la responsabilidad, se reorganizó el concepto de culpa y se ligó a la noción del servicio público para establecer la denominada “falla del Servicio”⁷².

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Expediente: 16530. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

⁷¹ Ob. Cit.

⁷² Quintero Gnecco, Andrés. (2013). *El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: su transición a fundamento de compensación*. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Pp- 26-41. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/12237/06702132.2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

De esta manera se deja a un poco de lado, los fundamentos civilistas de la culpa, para ubicarse en la actuación del Estado propiamente en virtud de la prestación de los servicios que le corresponden para cumplir con sus fines, estableciendo que cuando la administración se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones o la prestación del servicio haya sido irregular, defectuosa o se extralimite en el ejercicio de estas.⁷³

En Colombia, la Jurisprudencia del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, para imputar responsabilidad estatal en el régimen de responsabilidad subjetiva, ha desarrollado especialmente la falla del servicio en diversas formas probatorias. Por otra parte, en materia de responsabilidad médica, en los últimos veinticinco años, ha construido las tesis para imputar responsabilidad: i) falla del servicio probada, ii) falla del servicio presunta y, iii) carga dinámica de la prueba.⁷⁴

La responsabilidad en el título de imputación de Falla probada del servicio implica unas relaciones triangulares, entre la víctima, el servidor público y el Estado. En dicha relación, el servidor que produce el daño es un subordinado de la Administración, el Estado responde por sus fallas, ergo tiene el deber de reparar a la víctima por el daño causado.⁷⁵

La falla del servicio ha sido tradicionalmente considerada como el régimen común de Responsabilidad Estatal, el de mayor aplicación por el Consejo de Estado como los tribunales contencioso administrativo, este título de imputación de responsabilidad administrativa consiste en que se produce un daño cuando una persona pública no ha actuado cuando debía,

⁷³ Tejada González, Mario César. 2017. "Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad. (Spanish)." *Revista Jurídica PIELAGUS* 16 (1): 89-99.

⁷⁴ Estrada, Karrellys N. (2019) p.5, Línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre los títulos de imputación para atribuir responsabilidad médica Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, *Directum Volumen 4 No.1: 7 -34*. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/directum/article/view/5484/4944>

⁷⁵ Ob.cit.p.5, 6

lo hizo mal o tardíamente, a pesar de la aparición de la responsabilidad estatal en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público la tesis aplicable es esta, por falla del servicio público o culpa de la administración, sustentada en el artículo 2341 del Código Civil porque entre los deberes sociales del Estado se tiene prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, cuando estos fallan deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe repararse el daño.⁷⁶

Las principales características de la falla del servicio son las siguientes: No se analiza la culpa personal del agente, que se reemplaza por el concepto de falla del servicio, por ello no se exige al pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues basta la prueba de la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público; Hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal, por el deber constitucional de la prestación de los servicios públicos; los requisitos que la víctima debe demostrar son la falla del servicio y el daño sufrido.

Para la falla presunta del servicio el Consejo de Estado, mediante sentencia 12 de diciembre de 1989, explica afirmando que es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, se sigue aplicando el concepto de falla del servicio en cierto modo inverso, porque la entidad demandada tiene la mayor carga probatoria. Dice el honorable Consejo de Estado que representa reacción al hecho que en muchos contextos se negó la indemnización de los perjuicios causados por el Estado, pues en el sistema de la

⁷⁶ Mendoza, Jhonny (2011) Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado, Revista Pensamiento Americano Vol 4 No. 7. Julio – Diciembre pp 47-51 https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/47441965/77-73-1-PB-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1638984533&Signature=PkF4oKwCT~iLVyxXGwPBQrdSt1glo3woLcv~cp0gTJdJmjM5dlZBA0YwZnk7WuKgGTW Xk1Wiw3uJTRtTrdU2FWo98CJBtCxhBDNB0hSCsatM11bqslzFI~m0YJUoXbYSrGW11EIQux-O6zQwWkXB5nEeo2Ve8PxxPw3qgTq-OBkEg5s0ap98zrLwi-xC7BoEIPAAECqbQ3EwLwYVdpsjU~sIvOW9sYEBELvtUtoI29dUQDWnn4CK4NMPwtDPZXeM4WMqxBuxttEVCS3WGk0BnhnxL-QxpTxV3-tiCY9l0kWHBHG~UKSJXZlocrIHdm4pMQAwAOckTyfyHpGmqZwJg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

falla probada son altamente exigente en materia probatoria y en muchas veces de cumplir generándose una inequidad, como respuesta a esa injusticia este Consejo de Estado arraiga en la jurisprudencia la teoría de la falla presunta.⁷⁷

No obstante, se puede exonerar de responsabilidad cuando la entidad demandada puede probar el nexo causal por medio de la Fuerza mayor, como suceso externo a la actividad de la administración e imprevisto, insospechado la ocurrencia del hecho dañino e irresistible y que no se puede contrarrestar. El caso fortuito, es un acontecimiento imprevisible e irresistible que se produce en el campo de la actividad administrativa y es interno a la actividad, para los civilistas no hay distinción alguna entre estos dos fenómenos.⁷⁸

La doctrina se ha referido a los distintos regímenes probatorios utilizados por el Consejo de Estado y los medios de aligeramiento de la carga probatoria en su jurisprudencia. Se utilizó en un primer momento el régimen general probatorio donde el demandante probaba la responsabilidad con sus elementos de daño, falla del servicio y nexo causal, denominándose falla del servicio probada. En un segundo momento, al verse la dificultad probatoria para el demandante por condicionantes tecnológicos y científicos que no eran viable conociera, se empezó a presumir la falla del servicio, determinando que sea el médico o la entidad hospitalaria pruebe el actuar diligente y cuidadoso, no existía falla y por tanto se llamó falla presunta.⁷⁹

⁷⁷ Ob.cit.p.49

⁷⁸ Ob.cit.p.50

⁷⁹ Gutiérrez Henao Nataly, Vásquez Rico, Luisa María, 2013, p 21, Los Títulos de imputación utilizados por el Consejo de Estado para atribuir responsabilidad en eventos médico – hospitalarios: el precedente en materia contencioso administrativo como mecanismo para unificar la jurisprudencia Universidad Eafit Pregrado de Derecho Escuela de Derecho Medellín <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5262/LOS%20T%20CDTULOS%20DE%20IMPUTACI%20D3N%20UTILIZADOS%20POR%20EL%20CONSEJO%20DE%20ESTADO%20PARA%20ATRIBUIR%20RESPONSABILIDAD%20EN%20EV.pdf?sequence=2>

Se señala igualmente que, en un tercer momento, se estableció que en no todas las situaciones se presentaban esos elementos científicos y tecnológicos que ameritaran la inversión de la carga de la prueba permanentemente, porque se podía determinar que en algunos casos eso no ocurría y por ello del demandante debía probar la falla, originando eso la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. Finalmente, el Consejo de Estado retornó al primer régimen de la falla del servicio probada, incluyendo de medios de morigeramiento de la carga de la prueba, como la regla *res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí misma y la prueba indiciaria de la falla del servicio.⁸⁰ .

Finalmente, se dice que el único título de imputación subjetivo existente en la teoría de responsabilidad extracontractual estatal es la falla del servicio, como responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica fundada en n servicio que la administración debía prestar, por disposición legal o reglamentaria o cuando lo asume y no lo presta o lo hace irregularmente en el espacio o en el tiempo, el cual según el Consejo de Estado en los casos médicos se prueba con : a) el régimen probatorio general, b) la inversión de la carga probatoria permanente a favor del demandante, c) la teoría de las cargas dinámicas de la prueba; regímenes atenuados a través de la regla *res ipsa loquitur* y la prueba indiciaria.⁸¹

Para efecto del cambio de títulos de imputación, se tomó como referencia la sentencia del 30 de julio de 1992, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, con la cual se hace el giro desde la falla probada hacia falla presunta. Antes de 1990 se debía probar todos los hechos constitutivos de la pretensión. Pero a partir de la sentencia del 24 de octubre de 1990, con ponencia de Gustavo de Greiff cambia la situación al mantener el título de

⁸⁰ Ob.cit.p.22

⁸¹ Ob.cit.p.22

imputación bajo falla probada y la declaró por el principio romano *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas). Pero que en *obiter dicta*, introdujo implícitamente la falla presunta, al mencionar el artículo 1604 del Código Civil como aplicable en responsabilidad extracontractual y en responsabilidad médica, al profesional de medicina le correspondía probar la carga de la diligencia.⁸²

La sentencia del 30 julio de 1992, amparando su postura en doctrina extranjera, hizo expresa la inversión de la carga de la prueba correspondiendo ésta al profesional de la salud por encontrarse en mejores condiciones de conocimiento conocimientos técnico y suficiente disponibilidad probatoria para demostrar la prestación del servicio adecuada, al sostener que los pacientes normalmente cuentan con barreras probatorias en razón a la naturaleza técnica y científica de la materia y lo que ello les representa a personas del común. La postura desarrollada es sostenida hasta la sentencia del 3 de mayo de 1999, que introdujo el criterio de probabilidad preponderante, hizo crítica implícita al precedente al encontrar la falla probada y afirmar que ocasionalmente se podía prescindir de la presunción.⁸³

Ya en la sentencia del 10 de febrero de 2000, se critica que a más de afirmar la falla estaba probada, puso en duda el real dinamismo de la carga probatoria, al estimar que desde 1992, la inversión había sido estática. Estas sentencias se movieron hacia falla probada, pero sin alterar el título de imputación, criticaron severamente los presupuestos de la falla presunta. En sentencia del 22 de abril de 2004, con ponencia de Alier Hernández, movió más hacia la falla probada la jurisprudencia, dando a entender la superación de la falla presunto, pues generalmente se debía probar la falla y excepcionalmente, invertir la carga de la prueba

⁸² Ob.cit.p.22

⁸³ López Toro, I. (2013).P.38 Responsabilidad médica en Colombia-variaciones en el título de imputación en la jurisprudencia del Consejo de Estado 1992-2012 <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/19418/u670518.pdf?sequence=1>

con la excepción de inconstitucionalidad del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (regla general y postura individualista de carga de la prueba, tema ratificado en la sentencia del 28 de abril de 2005, siendo ponente Ruth Stella Correa, con la carga de transparencia.⁸⁴

Estas cuatro sentencias (1999, 2000, 2004 y 2005) se conocen como la zona gris, que no debaten frontalmente el título de imputación empleado y movieron el debate hacia el punto de quiebre jurisprudencial, ya en la sentencia del 31 de agosto de 2006, con ponencia de Ruth Stella Correa, se hace una carga de transparencia y el Consejo de Estado consideró el retorno de la responsabilidad médica a la falla probada por ser equitativa y fundada legalmente.⁸⁵

En esa decisión se dice recoger las reglas jurisprudenciales de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias conforme a la escogencia de mejor alternativa de su aporte, para tomar la regla general en materia de responsabilidad médica en la que se ha de acreditar todos los elementos que la configuran, usando todos los medios probatorios legalmente aceptados, en especial la prueba indiciaria a elaborar con sustento en las restantes pruebas del proceso y especialmente para probar el nexo causal entre la actividad médica y el daño.⁸⁶

Desde esa sentencia, la postura del Consejo de Estado se sostiene en falla probada, pero las posteriores decisiones matizaron el debate, al presentar tratamiento distinto entre procedimientos de diversos ámbitos de la salud. La regla general es falla probada, pero hay asuntos con su propia línea jurisprudencial, como la anestesia, ámbitos devueltos a la zona gris donde no se tiene en cuenta implícitamente el título de imputación por el que se decide,

⁸⁴ Ob.cit.p.39

⁸⁵ Ob.cit.p.39

⁸⁶ Ob.cit.p.39

lo cual se explica porque después de la sentencia del 1º de octubre de 2008, las sentencias sobre responsabilidad médica se hacen bajo análisis de artículo 90 de la Constitución, sin necesidad de título de imputación porque la norma no lo exige.⁸⁷

Frente a esta última afirmación el Consejo de Estado se ha manifestado en múltiples sentencias, donde se reafirma la idea que la jurisdicción contenciosa ha permitido la adopción de diversos títulos de imputación con de fin de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal. Por tal, el juez tiene la libertad de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un título de imputación en consonancia con las pruebas que obren en el expediente para cada evento, toda vez que la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular.⁸⁸

Ahora bien, uno de los temas que se encontraba en la zona gris de la jurisprudencia del Consejo de Estado era lo relacionado con responsabilidad médica ginecoobstera, sin embargo, este órgano en Sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 manifestó en un principio que “más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto –o a pesar de ellos– lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias”⁸⁹ tendiendo a un régimen objetivo de responsabilidad médica y casi que entendiendo en esta materia una obligación de resultado en vez de una de medio que es la regla general en materia servicios de salud.

⁸⁷ Ob.cit p. 40, 41

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente: 21515. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

Años más tarde, la misma Corporación en Sala Plena emite Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, estableciendo que debido a la alta cifra de incidentes médicos en la rama ginecoobstetra, se puede observar un patrón de deficiencia en la protección de los derechos de la mujer y del no nacido que se espera al señalar que:

(...) gran parte de los casos propios de la ginecología y la obstetricia no corresponden a situaciones patológicas. En efecto, además de las enfermedades propias del aparato reproductor femenino, la ginecología y la obstetricia tienen por objeto los procesos naturales del embarazo y el parto. No siendo estos eventos patológicos, lo razonable es pensar que su resultado no será la muerte o enfermedad de la madre, tampoco de la criatura esperada. En tal sentido, en muchos (aunque claramente no en todos) de los casos en que se alega la falla médica en ginecología y obstetricia, el desenlace dañoso refleja una mayor irregularidad.⁹⁰

De la lectura de este apartado, se extrae una clara presunción de falla del servicio ginecológico y obstétrico que guarda consonancia con la sentencia precitada del año 2000, donde será la entidad y/o galeno demandado quienes deberán entrar a desvirtuarla, pues de lo contrario se entenderá la existencia de irregularidades que derivaron en el perjuicio. Y, por otra parte, esta sentencia sienta una línea respecto de la aplicación de medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en materia médico asistencial.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo

CAPÍTULO II:

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR MALA PRAXIS MÉDICA

2.1. Responsabilidad Médica en materia estatal

2.1.1 El acto médico como fuente de responsabilidad.

Hablar de la responsabilidad del galeno implica un fenómeno moderno, toda vez que a inicios de la historia, la responsabilidad médica era inexistente, porque el medico se consideraba sagrado, no se cuestionaba y resultaba libre de toda pena o indemnización pecuniaria. No fue hasta cuando se avanzó a una sociedad donde la defensa de los derechos individuales asume gran relevancia, que se tuvo capacidad para pedir reparación jurídica y material a los médicos que producen un daño al paciente en el desempeño de su profesión. Pero esa concepción ha evolucionado de tal forma que, en el campo de la responsabilidad estatal, se han elaborado modernas teorías sobre el tema como la del daño especial, en donde hay un latente desequilibrio de las cargas públicas que implique un daño a un particular que no debía soportar, presumiéndose el nexo causal entre el daño y el hecho, aligerando la carga probatoria del demandante y facilitando el acceso a la justicia material.⁹¹

Actualmente, debido al incremento de las intervenciones médicas, el cambio de mentalidad de la sociedad que se resignaba por los daños causados por los resultados defectuosos de los actos médicos y el aumento de la conciencia por la urgencia de resarcimiento, han hecho de la responsabilidad médica un tema de vital importancia, por ello en tal sentido el criterio predomina en materia de imputación de responsabilidad civil.⁹²

⁹¹ Ruiz W. (2004), Criterio Jurídico, V.4, La Responsabilidad médica en Colombia. (pp.198-203). Santiago de Cali. <https://core.ac.uk/download/pdf/52201831.pdf>

⁹² Rodríguez García, Margarita (2013) p. 200, Aspectos básicos de La doctrina del daño desproporcionado en la Responsabilidad Civil Sanitaria. Anuario facultad de derecho, Universidad de Alcala 6, 2013, pp.199-218 Recuperado de: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/20095/aspectos_rodriguez_AFDUA_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y

La doctrina y jurisprudencia nacional se han esmerado en desarrollar el tema de la responsabilidad médica desde distintos ámbitos del derecho en donde el galeno o la entidad prestadora de los servicios de salud pueden llegar a comprometer su responsabilidad civil, penal, disciplinaria e incluso la responsabilidad del Estado cuando se presenten inconvenientes en su actuar o en la prestación misma del servicio ya sea por demoras o negligencias médicas.⁹³

2.1.2. La responsabilidad civil médica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La discusión frente a la responsabilidad médica en Colombia a inicios del siglo XX giraba en torno a la responsabilidad contractual o extracontractual del médico cuando en el ejercicio de su profesión ocasionaba un perjuicio. No obstante, en sentencia del 5 de marzo de 1940 la Corte Suprema de Justicia al señalar que la obligación de los galenos era de índole contractual porque generalmente existía un contrato de servicios profesionales entre este y su paciente, hace la aclaración respecto de la naturaleza de esa obligación que resulta ser generalmente de medios:

La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste.

(...)

Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos. (...) el médico no se compromete a curar al enfermo sino a poner los medios técnicos encaminados a este fin y el carácter contractual de la responsabilidad médica

⁹³ Ruiz W. (2004), Criterio Jurídico, V.4, La Responsabilidad médica en Colombia. (pp.198-203). Santiago de Cali. <https://core.ac.uk/download/pdf/52201831.pdf>

permite mediante el análisis del compromiso, determinar la extensión y consecuencias respecto del caso que se alegue.⁹⁴

Habiendo mencionado el antecedente anterior, se mencionarán las posturas jurisprudenciales marcadas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en el transcurso del siglo presente, con el fin de resaltar la evolución de estas.

La primera sentencia escogida fechada enero 30 de 2001 señala que lo fundamental es identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios que indica los deberes jurídicos a cumplir por el médico, y en consecuencia el comportamiento de la carga de la prueba frente a los elementos que estructuran su responsabilidad y en especial la culpa, porque puede suceder, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final de la norma.⁹⁵

La segunda decisión analizada es de fecha 5 de noviembre de 2013, allí se expone que el criterio más aceptado se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento tenga con la conducta debida se ejecute el interés primario del acreedor, el cual debe obtener el resultado o finalidad que espera. En algunas obligaciones, el deudor se compromete a desarrollar una conducta en favor del acreedor, para satisfacer el resultado que espera; no obstante, si ese resultado se condiciona a factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, que son elementos aleatorios o contingentes, la obligación es de medio o medios, el deudor cumple su compromiso si es diligente, aunque no se satisfaga el interés primario del acreedor. Por su parte, en las obligaciones de resultado, el interés primario del titular del

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación civil, Sentencia SC del 5 de marzo de 1940. M.P: Libardo Escallón GJ. XLIX, pág. 115-12

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5507, M.P. José Fernando Ramírez Gómez; 30 de enero de 2001

derecho crediticio sí se obtiene con el comportamiento o conducta debida, la presencia del componente aleatorio es exigua, y por ello el deudor sí puede garantizar que el acreedor logre su resultado o logro concreto o interés primario”.⁹⁶

En sentencia SC7110-2017 la Corte considero que en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber realizando la actividad impuesta por la *lex artis*, sin considerar el fin perseguido; y son de resultado, por pactarse expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor logra sus expectativas. De modo que el objeto de la obligación es una conducta idónea, sin tener en cuenta el éxito esperado. Así el galeno fija un objetivo específico como en el campo estético y un cuerpo sano, sin desconocer es aleatorio por mínimo o exiguo que sea, se entiende bajo su control y cumplirá la prestación prometida. Pero si el compromiso es dar su sapiencia profesional y científica, para curar o aminorar el dolor del paciente, solo basta diligencia y cuidado, pues el resultado se supeditado a factores externos que escapan a su dominio, como la etiología, gravedad y evolución de la enfermedad y las condiciones del afectado, entre otros.⁹⁷

En sentencia de 15 de septiembre de 2016 se explica que la responsabilidad médica es un contexto propio de la acción resarcitoria y, cuando se ha infligido daño a una persona, nace la obligación indemnizatoria. Los agentes de la salud o establecimientos hospitalarios no se excusan de ser responsables de este tipo de detrimento. Por otra parte, cuando se dan las circunstancias para reconocer perjuicios, en actividades de sanidad de los pacientes, por negligencia o impericia, se les afecta negativamente en su salud, surge el compromiso del

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01, 5 de noviembre de 2013 Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 24 de mayo de 2017. SC7110-2017, Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01, 24 de mayo de 2017

agente dañino de resarcir el daño, si se acreditan los restantes elementos de la responsabilidad. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil frecuentemente ha tratado el tema y ha señalado que el perjuicio de la mala praxis de algunos oftalmólogos y las empresas prestadoras de salud a su servicio origina los procesos pertinentes de indemnización.⁹⁸

En este último fallo, es donde la Corte hace un más amplio desarrollo de la temática de la responsabilidad médica. Inicia el debate sobre la existencia del contenido de la obligación del médico ejerciendo su actividad, explicando que por regla general la obligación del médico es de medio y no de resultado, su compromiso para con el paciente se limita a la conducta diligente para obtener un fin concreto y específico, esto es mejorar sus condiciones de salud. Sin embargo, las partes pueden acordar lo contrario. Por ello el que aspire declarar la responsabilidad médica de un galeno debe acreditar la existencia del contrato y cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría contrarrestar los ataques que del actor, precisamente a la naturaleza de su prestación. Para la Corte es crucial en su análisis para determinar si se estuvo o no frente a una obligación de resultados o de medios, es establecer que pactaron las partes en cuanto al compromiso del médico cuando contrata con el paciente.⁹⁹

Respecto al consentimiento informado la Corte reitera es fundamental frente a los derechos del paciente, puesto que le permite tener la necesaria y suficiente información para que libre y voluntariamente, ejerza su derecho de autodeterminarse, teniendo en cuenta beneficios y riesgos de la operación , pero para que haya responsabilidad civil es necesario

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Proceso SC12947-2016 Radicación n° 11001 31 03 018 2001 00339 01 15 de septiembre de 2016, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, SC2804-2019, Radicado: 76001-31-03-014-2002-00682-01, 26 de julio de 2019, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco

probar el nexo causal, si el daño jurídicamente relevante lesiona un interés lícito ajeno, debe establecerse que la conducta que lo viola es conexas con el perjuicio reclamado judicialmente, por lo que la falta del consentimiento informado no necesariamente implica responsabilidad civil, pues exige enlace entre la falta del mismo y el perjuicio probado.¹⁰⁰

2.1.3. El servicio de salud a cargo del Estado y su responsabilidad.

La jurisprudencia constitucional ha abarcado un amplio desarrollado en el carácter fundamental de la salud, pasando por ser un derecho prestacional, a ser un derecho fundamental por conexidad y por último trascender a derecho fundamental autónomo. Dicho reconocimiento, se plasma en la sentencia T-760 de 2008, en la cual la Corte Constitucional apoyada en compendios internacionales y jurisprudencia precedente, otorgándole a la salud el rango de derecho fundamental en sintonía con el concepto de Estado Social de Derecho que se predica en nuestro ordenamiento, sin despojarle de su calidad de servicio público y su faceta prestacional.¹⁰¹

Hoy día esta corporación ha establecido que la salud es *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*, y garantizándolo bajo condiciones de *“oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”*. Conjuntamente, ha manifestado que el derecho a la salud obedece tanto a las esferas mentales y corporales de la persona, como a la garantía de vida digna de esta¹⁰², y

¹⁰⁰ Ob.cit.

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 171/2018, Expediente T-6.406.033. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. 7 de mayo de 2018

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia T-001-2018, Referencia: Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, 15 de enero de 2018

que la negativa o prestación incompleta de los servicios de salud materializan una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela¹⁰³

De conformidad con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política (1991), el acceso al sistema de seguridad social, el saneamiento básico y la atención en salud, son servicios públicos de carácter irrenunciables a cargo del Estado, el cual, debe garantizarlos a todos sus ciudadanos bajo el principio de universalidad. Para ello, se pretende que el Estado articule su estructura a fin de ejecutar bajo su indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control, el servicio de salud de manera oportuna y eficaz de acuerdo con lo establecido en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud).

De igual manera, si se estudia el Bloque de Constitucionalidad también se encuentran precisiones acerca de esta garantía a favor de los ciudadanos y en cabeza del Estado. En tal sentido se encuentra que dentro de los tratados suscritos por Colombia, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instauró que *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*¹⁰⁴ y por su parte, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estableció que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en*

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia, T-760/08, Sala Segunda de Revisión. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa. 31 de Julio de 2008

¹⁰⁴ ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, <https://www.refworld.org.es/docid/4c0f50bc2.html>

especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”¹⁰⁵ haciendo que estas premisas se adopten al interior del ordenamiento nacional.

Ahora bien, adentrándonos en la legislación colombiana especializada en la prestación del servicio de salud se encuentra la Ley estatutaria 1751 de 2015 que regula dicha materia. En esta se distinguen claramente los principios que enmarcan la prestación de este servicio e indica los deberes del Estado frente al mismo.

En primera medida, el Estado “es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental de la salud”¹⁰⁶ Con el fin de cumplir dicha obligación, este deberá abstenerse de afectar el disfrute del mencionado derecho, adoptar políticas encaminadas a promover y a favorecer el goce del derecho a la salud con un enfoque de atención, prevención y rehabilitación; así como, ejercer control, vigilancia, hacer seguimiento y establecer mecanismos que impidan la violación de este derecho en todo el territorio, lo cual implica a su vez un papel dinámico con labores de seguimiento e interviniendo en el mercado de medicamentos, dispositivos e insumos a cargo del Estado a fin de asegurar la calidad de estos y proporcionar igualdad de acceso¹⁰⁷

La norma anterior sobre prestación del servicio de salud se debe articular con lo que reza el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 reza que “La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía

¹⁰⁵ ONU: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>

¹⁰⁶ Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Ley Estatutaria Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, Artículo 5° [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427

¹⁰⁷ Ob.Cit. Art. 5.

administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”¹⁰⁸, lo cual se materializa en la existencia de instituciones de salud, hospitales y redes hospitalarias de creación pública como parte esencial del servicio de seguridad social. Pese a lo anterior, no se puede obviar la delegación que hace la Administración de los servicios médicos en prestadores privados en muchos casos, quedándose solo con los deberes de garantía y vigilancia cuando esto sucede.

El deber de vigilancia de la prestación de este servicio esencial se encuentra actualmente en cabeza de la Superintendencia de Salud, la cual, desde su creación en 1977 hasta la fecha, ha propendido por la Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Igualmente, debe emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como velar por la protección de los derechos de los usuarios del Sistema de Salud. (www.supersalud.gov.co)

Con todo y el papel de garante del Estado en la prestación de servicios de salud, existen situaciones que por acción u omisión de sus instituciones o agentes le generan daños antijurídicos a los administrados, los cuales, se cobijan en la cláusula general de responsabilidad del Estado contemplada en el artículo 90 de la Constitución Nacional por la cual la deberá responder la Administración, una vez la víctima directa o indirecta inicie la acción correspondiente ante la jurisdicción contenciosa administrativa y logre demostrar la relación de causalidad entre el daño y la acción del Estado.

¹⁰⁸ Ley Numero 100 de 1993 (Diciembre 23) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones Congreso de Colombia

2.2. Análisis jurisprudencial de la falla en el servicio médico

Como bien se conoce, la falla del servicio se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, por omisión en la prestación de los servicios a cargo de la administración, o en su defecto, por la ausencia de este. La falla en el servicio ha sido el título de imputación por excelencia implementado a la hora de alegar la responsabilidad del Estado y comprometer su deber de reparación contemplado en el artículo 90 superior.

Por tal motivo, este título de imputación no escapa al tema de la responsabilidad médica a cargo del Estado, bien sea en su función prestacional o de garantía, lo cual ha llevado al Consejo de Estado a pronunciarse minuciosamente frente a este, estableciendo su configuración y escenarios probatorios los cuáles se abordarán en numerales subsiguientes dentro de este.

De acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el tema, inicialmente se consideró que, por tratarse de una obligación de medios, de solo constatarse el daño no se podía presumir una deficiencia en la prestación del servicio médico asistencial, conducente al deber de reparación. La anterior postura se mantuvo hasta la sentencia de octubre 24 de 1990, cuando la Sala mediante *obiter dicta* encontró probada la falla del servicio, reiterando que en materia médica las obligaciones eran de medios, consideró que el artículo 1.604 inciso 3° del C. C., se aplicaba para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, en ese orden de ideas de todos los casos el deudor, en este caso el Estado como prestador del servicio médico asistencial- concedor de lo realmente ocurrido y la forma como se presentó su incumplimiento, de manera que la demandada la parte que tendría más facilidad para acreditar la diligencia que debía observar.

Esta posición se retoma por el Consejo de Estado en 1992 asentando el principio de la falla presunta del servicio y la inversión de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de la actividad médica asistencial¹⁰⁹

2.2.1. Sobre la tesis de “falla probada del servicio”

El desarrollo inicial de la jurisprudencia se enfocó por el estudio de la responsabilidad estatal hacia la modalidad del régimen subjetivo de falla probada del servicio, instante en el cual se exigía al demandante aportar la prueba de la falla para que prosperaran sus pretensiones. Desde el segundo semestre de 1992, fue acogido el criterio esbozado en 1990, por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 24 de octubre de 1990, donde considero que los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se manejarían generalizadamente por un régimen subjetivo, presumiendo la falla en el servicio. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía aplicarse a la responsabilidad extracontractual y así la prueba de la diligencia y cuidado es del demandado en los casos de responsabilidad médica. Esta postura se sostuvo en la capacidad de los profesionales de la medicina, por su “*conocimiento técnico y real y la ejecución de la conducta*”, para satisfacer inquietudes y cuestionamientos formulados contra sus prácticas.¹¹⁰

Para el año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio, a través del empleo de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual el juez debe determinar en concreto en cada caso, cuál de las partes puede tener

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

¹¹⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.

facilidades para probar la falla o su ausencia. El abandono de la falla presunta como régimen de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, que implica para el demandante un esfuerzo probatorio significativo, exigía aplicar criterios jurisprudenciales para aliviar dicha carga. En tal sentido, se precisaron ciertos criterios sobre la carga de la prueba en casos de responsabilidad médica. Ya para 2006, se abandonó totalmente la presunción de falla en el servicio para regresar al régimen general de falla probada, sin descartar que se demuestre el nexo por las partes a través de los distintos medios probatorios legalmente aceptados.¹¹¹

1.2.2. Sobre la carga dinámica de la prueba en Responsabilidad Médica

El Consejo de Estado ha precisado criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante debía probar la falla del servicio, excepto los eventos donde fuera *excesivamente difícil o prácticamente imposible* hacerlo; (ii) asimismo correspondía al actor aportar prueba del nexo de causalidad, que se demostraba con indicios en los casos donde es muy difícil –si no imposible– aportar la prueba directa de los hechos que estructuran de ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la apreciación de los indicios será de especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin se le exija en todos los casos demostrar cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) deben valorarse cuidadosamente esos indicios, porque no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se ejecutan en personas que tienen alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal es anterior al de la falla del servicio.¹¹²

¹¹¹ Estrada, Karellys N. (2019) p.5, Línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre los títulos de imputación para atribuir responsabilidad médica Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, *Derectum* Volumen 4 No.1: 7 -34. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/view/5484/4944>

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente. 14786. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 28 de abril de 2005.

2.3. Responsabilidad médica estatal por mala praxis en Colombia

2.3.1. Mala praxis como causal de falla del servicio médico estatal

En el ejercicio de la ciencia médica sus profesionales, como en cualquier otra disciplina, se pueden ver envueltos en situaciones pueden errar, ya sea en un diagnóstico o en la ejecución de algún procedimiento, colocando en riesgo la integridad del paciente, generándole lesiones o incluso la muerte. Estos errores son en gran medida los cimientos de la responsabilidad médica, y para hablar de ello se deben tener en cuenta la mala praxis e impericia de los galenos involucrados.

La *Mala praxis* puede definirse como la infracción o imprudencia cometida en ocasión del ejercicio de la profesión, que provoca efectos sobre la vida o la salud del paciente y por tanto se puede exigir responsabilidad jurídica.¹¹³ Por su parte la *impericia* es definida como la falta de habilidad, sabiduría o experiencia en una ciencia o arte. Esta incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica, puede ser total, cuando el que la comete carece de la condición profesional requerida; o cuando a pesar de estar capacitado, emplea deficientemente, o no emplea, los conocimientos científicos y técnicos requeridos, causando lesión o muerte¹¹⁴

En Colombia la responsabilidad médica tiene origen netamente civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha trazado desde hace más de diez años una línea jurisprudencial clara al respecto.

¹¹³ Fuente del Campo, A., & Rios Ruíz, A. (2018). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal. *Cir plást iberolatinoam*, 44(2), 123-130. Recuperado de http://enlacejuridicoacademico.com/docs/publicaciones/dra_rios/actualizado/4.pdf

¹¹⁴ Amores Agulla, Tania, & Marrero Quesada, José Ángel. (2015). Mala praxis médica en el quirófano. *Revista Cubana de Cirugía*, 54(2), 187-194. Recuperado en 14 de abril de 2021, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74932015000200012&lng=es&tng=es

La primera de esas decisiones a estudiar es la sentencia radicado n° 5507 de enero 30 de 2.001, donde la Corte consideró que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico son propios al régimen general de la responsabilidad y comprende un comportamiento activo o pasivo, la violación del deber de asistencia y cuidado inherentes a esta profesión, que el comportamiento antijurídico se impute subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, y que el daño patrimonial o extrapatrimonial y el nexo de causalidad propio entre el daño sufrido y el comportamiento médico aludido.¹¹⁵

En fecha posterior, el 2 de septiembre de 2014, explica que la responsabilidad civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional propia del ejercicio médico, y cuando en cualquiera de sus etapas de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control se produce un daño, probados los restantes presupuestos de responsabilidad civil, corresponda al autor su reparación o solidariamente a varios autores¹¹⁶ se remite al radicado n° D-174(2002) (6199) donde se indica que el acto médico puede dar lugar al profesional que lo ejerce obligaciones indemnizatorias por perjuicios ocasionados al paciente, porque se equivoca en el diagnóstico y tratamiento, o por actuar con negligencia o impericia para hallar las causas de la enfermedad o su naturaleza, o que producto de esta recete medicamentos o procedimientos de diversa índole que no correspondan y agravan el estado de salud del paciente o porque tal estado de agravación ocurre al exponer al paciente a un riesgo sin justificación o no acorde a sus condiciones clínico – patológicas.¹¹⁷

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 30 de enero de 2001, radicado n° 5507. Magistrado Ponente dr. Jose Fernando Ramirez Gomez

¹¹⁶ Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Fernando Giraldo Gutiérrez, Magistrado Ponente, SC15746-2014, Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01, 2 de septiembre de 2014

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de septiembre de 2002, Radicado n°. 6199 Magistrado Ponente Nicolas Bechara Simancas.

En fallo de 30 de noviembre de 2011, rad. 1999-01502-01, la Corte recuerda que refiriéndose a las reglas aplicables para demostrar el factor subjetivo de atribución de la responsabilidad médica, precisando que el contrato de prestación del servicio médico genera varias obligaciones por cuenta del profesional que lo asume, y que dada la naturaleza de éstas condiciona la responsabilidad, ciertamente tratándose de ejecutar el acto médico, se debe indemnizar inicialmente y dejando algunas excepciones, los perjuicios que produzca actuando con culpa, especialmente la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria tiene el demandante, sin admitirse un principio general que busque establecer absolutamente presunción de culpa de los facultativos”¹¹⁸

Continua expresando esa sentencia que en principio, las acciones enfocadas a que se declare la responsabilidad civil por cuenta de la actividad profesional médica, se regulan por la regla general de la carga probatoria que en su momento contemplaba el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo que debe el demandante acreditar sus elementos estructurales, tales como la culpa de la parte demandada, sin que esa obligación se desvirtúe por el hecho de las particularidades de determinados casos, para así flexibilizar tal principio procesal y se usen ciertos instrumentos lógicos señalados por la Corte, con el fin de acreditar los requisitos axiológicos típicos de esta clase de responsabilidad civil, en especial la imputación subjetiva del médico demandado¹¹⁹.

En sentencia radicado 2008-00469-01 de 14 de noviembre de 2014, se indica que pese de los grandes avances científicos han logrado aumentar las expectativas de vida de la población, la medicina, que según el DRAE, Diccionario de la Real Academia de la Lengua

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil radicado 11001- 3103-018-1999-00533-01, William Namen Vargas, 30 noviembre de 2011

¹¹⁹ Ob.cit.

Española, es la «*ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano*», no es exacta. Su práctica o praxis se somete a diferentes variables, en donde se cuentan las reacciones biológicas del paciente al tratamiento, los efectos adversos al mismo, la coincidencia de síntomas ante diferentes patologías y todos los factores de incertidumbre que la hacen imprevisible ante principios o criterios preestablecidos. Pero las fallas protuberantes en la prestación de servicios de esa tipo sea por acción u omisión, o resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inconvenientes o cualquier otra falla de atención, configuran responsabilidad civil, si reúnan los presupuestos que las estructuren, en el campo contractual o extracontractual.¹²⁰

Ese fallo se remite a la sentencia rad. 1999-00533-01 de 17 de noviembre de 2011, en donde se dijo que la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, que se clasifica en contractual o extracontractual (cita las sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Explica que en la contractual rige una relación jurídica entre las partes, o casi más general y frecuente la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y el nexo de causalidad (se remite a sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). Pero en la responsabilidad extracontractual, el menoscabo se sufre sin necesidad de ningún vínculo jurídico anterior a las partes relacionadas por cuenta del daño.¹²¹

Precisamente la civil médica, es una forma de responsabilidad profesional condicionada a las reglas del ejercicio de la medicina, y que en cualquiera de sus etapas de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control se

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia Sala De Casación Civil Fernando Giraldo Gutiérrez Magistrado Ponente SC15746-2014, Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01, 14 de noviembre de 2014.

¹²¹ Ob.cit.

produce un daños, configurados los demás elementos de la responsabilidad civil, prospera su reparación a cargo del autor o, solidariamente si fueran más los autores, pues el acto médico implica para el galeno que lo ejecuta obligaciones a su cargo de tipo indemnizatorio por daños causados a su paciente, como producto de caer en fallas de diagnóstico y tratamiento, ora por actuar negligentemente o con impericia en la determinación del origen de la enfermedad o su naturaleza, sea porque a consecuencia de ello ordene medicamentos o procedimientos de distinta índole no adecuados que empeoran su estado de salud, o bien porque este se presenta solamente porque se arriesga al paciente a un riesgo innecesario o no correspondientes a su situación clínico – patológicas” (cas. civ. sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199).¹²²

En sentencia SC7110-2017 de mayo 24 de 2017, la Corte se extiende aún más en el tema, porque allí advierte que respecto a la responsabilidad de los establecimientos hospitalarios, señaló que tal responsabilidad no es sólo del médico, en sus diversas especialidades, también de los centros hospitalarios que se obligan a indemnizar por las faltas culposas del personal asistencial a su servicio, porque mediante de ellos se concretan las conductas que ameritan ser indemnizables para estas personas jurídicas. Se suma a lo anterior que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, pues implica la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones requeridas, como lo previsto para su cuidado y soporte procurando mejorar su salud, por tanto, debe disponer de una nómina de un personal calificado y expertos en variadas áreas.¹²³

¹²² Ob.cit.

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, SC7110-2017, Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01, 24 de mayo de 2017

En esa misma decisión se sostuvo que en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber realizando toda la actividad impuesta por la *lex artis*, sin considerar el fin que persigue, y cuando se trata de obligaciones de resultado, como el caso de la medicina cosmética, por así contratarse expresamente, se cumplirá cuando el acreedor reciba las expectativas creadas. En el primer caso el objeto de la obligación de medios es una conducta idónea, sin considerar el éxito esperado, como sí ocurre en la obligación de resultado. Se indica igualmente que la responsabilidad médica se orienta hacia los principios de beneficencia y no maleficencia o *primun non nocere* del paciente.¹²⁴

Allí mismo se indica que el desarrollo de las técnicas del galeno implica experiencia e investigación científica para la población y de los potenciales pacientes, se señalan los propósitos de la profesión médica, la prohibición de someter al paciente a riesgos sin justificación al estudio del proceso de responsabilidad médica contractual contra el médico de confianza.¹²⁵

Se indica igualmente que desde el juramento hipocrático, los médicos guiar su práctica médica hacia los principios de Beneficencia y de no maleficencia o *primun non nocere* del paciente. El primero enfocada a apoyarlo definitiva y positivamente en su bienestar; y el segundo evitando su daño físico mayor. Por ello, el desarrollo de las técnicas medicas implica la experimentación y la investigación científica en pro de la población y de los futuros pacientes, pues el fin de la profesión médica es dar el mayor bienestar posible a una gran cantidad de personas (principio de utilidad), así como repartir equitativamente los servicios de salud a toda

¹²⁴ Ob.cit.

¹²⁵ Ob.ct.

la población, desarrollando el mandato constitucional de igual acceso a los beneficios de la ciencia (principio de justicia).¹²⁶

En los Estados cuyo principio fundante es la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (artículos 1º, 12 y 16 de la Carta Política), para intervenir el cuerpo de un individuo generalmente debe contarse con el permiso o autorización del afectado (principio de autonomía y libertad). La práctica médica se somete a varios principios esenciales, que poseen bases constitucionales y de derecho internacional en materia de derechos humanos. Por tanto, el consentimiento informado o ilustrado concreta el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones trascendentales de su salud física y mental, y de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento ordenado por el médico, cuando este ha recibido información suficiente, idónea y clara del mismo.¹²⁷

Asimismo, el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 (Ética Médica), exige al médico no exponga al paciente a “riesgos injustificados” y pedir autorización expresa “para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos indispensables y que lo afecten física o síquicamente, a menos que se trate de los casos donde no sea posible”, mediando la ilustración de las consecuencias pertinentes.¹²⁸

En sentencia SC 003-2018 se advierte que no obstante, al conocerse que esta mal valorada la prueba documental, únicamente que contiene las historias clínicas, las fórmulas médicas y la guía de manejo de cefalea, debe advertirse que la historia clínica, en sí misma, no revela los errores médicos de los galenos imputados, pero no implica que se postule una

¹²⁶ Ob.cit.

¹²⁷ Ob.cit.

¹²⁸ Ob.cit. Marian Mongrut

tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina que sea motivo de análisis. En el caso de asuntos médicos, cuyo conocimiento es especializado, se requiere especialmente que las pruebas de ese tipo demuestren la mala *praxis*.¹²⁹

2.3.2. Mala praxis en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado no ha sido ajeno al tratamiento de la falla médica en su jurisprudencia. Es así como en fallo de abril 28 de 2010 destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no es especulativa, se requiere que científicamente se establezca cuál era la probabilidad real del paciente de recuperar su salud o conservar la vida, y que tal expectativa se frustre por omisiones o equivocadas actuaciones médicas, en donde debe prestarse extrema atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos donde se presentan dificultades para establecer el nexo causal. Pero se exige demostrar que la prestación del servicio médico representa una oportunidad real y no hipotética para el paciente recuperar su salud o extender su vida, tal ventaja ha de ser una posibilidad, cuya materialización se condiciona a otros factores como las condiciones del paciente, porque en los eventos donde no haya oportunidad sino que se dispone con la prueba cierta de la existencia del nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no es un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino una evidente falla del servicio médico.¹³⁰

En sentencia de 11 de agosto de 2010 se refirió al tema, cuando considera que la prestación del servicio médico-asistencial suministrado por la entidad demandada al paciente

¹²⁹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona SC003-2018 Radicación: 11001-31-03-032-2012-00445-01 12 de enero de 2018

¹³⁰ Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia abril 28 de 2010, Expediente rad. 25000-23-26-000-1995-01040-01 (17725). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio

fue indebido y denegada, al disponer darle de alta sin recuperar su salud y sin que conociera su patología, lo cual es una evidente falla en el servicio, por la cual en su momento el I.S.S., debía responder patrimonialmente. Aquí se predica la pérdida de oportunidad de la víctima para poder recuperar su salud, hecho ante el cual el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Nación por casos idénticos, pues la conducta irregular de una entidad sanitaria que ordena la salida del paciente lo privó de realizarle otros análisis y estudios más especiales para establecer que enfermedad presentaba y por tanto cual era su tratamiento para tratar de salvarle su vida o recuperar su salud; sin embargo, pero en este caso es una falla en el servicio imputable a la entidad demandada.¹³¹

Se puede igualmente alegar que causalmente la mencionada falla no constituye la fuente determinante del daño, pero cierto es que la responsabilidad del I.S.S., no nace de la sola existencia de una relación evidentemente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que emerge del análisis jurídico de imputación que indica la forma como la falla en el servicio cuya ocurrencia se evidencia, , hace jurídicamente atribuible el resultado dañoso de los derechos e intereses de la demandante a la entidad accionada contra quien se dirige.¹³²

Posteriormente en sentencia de 8 de mayo de 2013, el Consejo de Estado sostiene que la que la imputación en ese caso se analizó bajo el régimen de la falla probada del servicio, cuando el juez de primera instancia estimó la omisión de empleo de los protocolos fijados para tratar pacientes con cáncer, los cuales exigen en la etapa de evaluación del paciente, la revisión de la patología como segunda opinión. De acuerdo con el protocolo, el cáncer de

¹³¹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593. Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez.

¹³² Ob.cit.

mama se conoce como enfermedad clonal, hormono dependiente, ocurrida por proliferación desordenada e incontrolada de las células que cubren los ductos o lóbulos de la glándula mamaria.¹³³

En efecto, frente a la aplicación de estos protocolos y acorde con la Corte Suprema de Justicia, la inobservancia de los protocolos y de los deberes que implican, da lugar a la configuración de una conducta culposa de los profesionales: Tales son algunas de las reglas más evidentes de la *lex artis* de estos galenos, es evidente que el incumplimiento de los deberes que la práctica exige, da lugar a la falta de diligencia que conduce a calificar como culposa tal conducta, de modo que los deberes allí señalados son el parámetro de evaluación del grado de diligencia y responsabilidad del médico. Asimismo, el incumplimiento sin razón de tales deberes legales por cuenta de los establecimientos clínicos o sanitarios o de las exigencias de organización y funcionamiento, genera para estas el compromiso de responsabilidad; siempre y cuando se demuestre que ellas dieron lugar al perjuicio del cual se espera indemnización.¹³⁴

Posteriormente en fallo de 29 de abril de 2015, se refiere tal corporación a que la imputabilidad del daño hecha en la decisión revisa, es acertada al estimar una acreditada una falla en la prestación del servicio médico a cargo de la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl de Aranzazu, pero no respecto de la conducta de la E.S.E. Hospital de Caldas. Se divorcia de la apelación del recurrente, pues acreditada la existencia de la falla en la prestación del servicio médico a su cargo, pues fue la causa eficiente del daño. También se demostró que la atención brindada al paciente en esa institución pudo ser oportuna de acuerdo

¹³³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz Bogotá, 8 de mayo de 2013 Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01293-01(27522)

¹³⁴ Ob.cit

con el Instituto Nacional de Medicina Legal en su dictamen, dados los tiempos de respuesta rápidos en la atención primaria y remisión, lo que se concluye en la revisión de la historia clínica que informa su duración, pero resultó inadecuada y determinante en la producción del daño.¹³⁵

No obstante el dictamen rendido por el Cirujano General del Instituto de Seguros Sociales no le dio transcendencia a la importancia de referirse al lavado de la herida en la historia, por ser una conducta que consideró obvia en la atención y de aplicación mecánica por el personal sanitario, ciertamente no se incluyeron en la historia datos relevantes sobre la confiabilidad de ese lavado era confiable o si era necesario se hiciera completo y en las condiciones estériles que ofrece un quirófano, dadas las condiciones de la herida. Tampoco fue clara la historia en demostrar si la herida se cerró o se afrontó. Por ello y de acuerdo con lo conceptuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal en su concepto, el procedimiento a seguir y la idoneidad del tratamiento lo fijan las características de la herida, donde las más graves y contaminadas exigen de manejo en condiciones quirúrgicas.¹³⁶

Se imputó como título de falla, pues atendiendo las limitaciones humanas y tecnológicas del Hospital de Aránzazu, si su personal cierra la herida, cuando en esas condiciones no era atinado haberla lavado en forma completa y adecuada, más si se considera que era una herida con contaminación evidente, según cuenta la historia. Se suma igual que en la misma no se dejó constancia que demostrara a los médicos en la institución de destino que era urgente examinar la asepsia de la herida; antes al desconocer las condiciones de

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 29 de abril del 2015. Radicado: 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574) Consejero ponente: Ramiro Pasos Guerrero

¹³⁶ Ob.cit.

gravedad y contaminación de la herida, dieron como hecho superado y solo anotaron el motivo de la remisión como posible fractura.¹³⁷

Por otra parte no puede escudarse el Hospital apelante en la ausencia de personal y salas de cirugía y por ello no tenía obligación de disponer de acuerdo con su nivel de atención; sin embargo si hay falla en la atención porque pese a tramitar y lograr ágilmente la remisión del paciente hacia el nivel de atención que exigía, las anotaciones en la historia evitaba a los especialistas que lo recibieron determinar el procedimiento correspondiente a seguir, lo que le llevo a confiarse porque se encontraron con una herida cerrada y supuestamente lavada, de la cual nada se dijo de su gravedad y contaminación en la atención inicial, situación influyente en la conducta del Hospital de Caldas.¹³⁸

En sentencia de 3 de octubre de 2016 se refiere nuevamente a la configuración de una falla en la prestación del servicio médico, advirtiendo que exige la demostración de que la atención médica no reunió los estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, que regía para la fecha de ocurrencia del hecho dañino. Asimismo, deberá demostrarse que el servicio médico no ha sido prestado diligentemente, o sea sin emplear todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos de que se disponga.¹³⁹

En el caso bajo estudio en esa providencia, la prueba de la atención médica dada al paciente durante el servicio de urgencias se plasma en el informe presentado al Hospital del Sur y al dictamen pericial rendido por el perito nombrado por el despacho para el proceso,

¹³⁷ Ob.cit.

¹³⁸ Ob.cit.

¹³⁹ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Seccion Tercera Subseccion B Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero 3 de octubre de 2016 Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057)

donde al describir la información de la hoja de registro de atención de urgencias del Hospital Santamaría, se afirma haber anotado “cuerpo extraño en ojo derecho”. De modo que ante la falta de certeza sobre los pormenores de la atención de urgencia dado al paciente, del material probatorio se tiene que fue atendido y se consideró leve la emergencia y dieron salida al paciente a su casa para valorarlo al día siguiente.¹⁴⁰

Explica la Corporación que la negligencia alegada en los casos de responsabilidad médica no implica únicamente la mala praxis por cuenta del personal tratante, igualmente se refiere al desorden infraestructural dentro del tratamiento e intervención que espera el paciente para la mejoría de su estado de salud, especialmente cuando los médicos tratantes desconocen sus órdenes, protocolos y procedimientos recomendados, a causa de decisiones burocráticas y falencias administrativas. En resumen, la antijuridicidad del daño, puede ser causada por la indebida atención médica y asimismo por omisión a consecuencia de fallas institucionales.¹⁴¹

2.3.3. Responsabilidad y reparación médica por Mala praxis

Para referirse a la indemnización que le corresponde pagar a los médicos por mala praxis profesional, se parte de la premisa que la aplicación rigurosa del nexo causal, la cual disminuye el espectro de reparación a la víctima y la obligación resarcitoria para el agente responsable, la cual puede ser injusta en la medida que se minimiza el derecho de autodeterminación del paciente, lo cual en última instancia sería volver a la medicina paternalista, con evidente trasgresión de la autonomía del paciente, enviando al personal

¹⁴⁰ Ob.cit.

¹⁴¹ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo 1 de agosto de 2018, Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02319-01(39864)

asistencial un mensaje equivocado, de que su conducta de inobservancia de la obligación legal de informar, puede repercutir en el campo ético profesional, mas no lo seria con total severidad dentro de la escena de la responsabilidad civil (función preventiva)¹⁴²

Ahora bien, en el tema de la reparación de daños, la regla general es que estos son indemnizados materialmente mediante pago en dinero, siendo el parámetro que ha guiado al Consejo de Estado como medida de resarcimientos en los procesos de reparación. Para Escobar, Benítez y Cárdenas (2011), la primera parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1992 a 2008 se caracteriza porque sigue el patrón clásico del derecho administrativo, de acuerdo con que las reparaciones son eminentemente económicas” (p. 174)¹⁴³

Respecto de los daños que actualmente rigen la jurisprudencia contenciosa administrativa, se ha podido establecer que en casos de la responsabilidad médica por fallas del servicio derivadas de la mala praxis del galeno o la atención defectuosa del prestador de salud, los daños que se le suelen reconocer a las víctimas directas o indirectas de los hechos son los perjuicios materiales e inmateriales, tendiendo a una reparación integral.

El Consejo de Estado ha manifestado en múltiples ocasiones la necesidad de una reparación integral a todas las personas que sufran perjuicios bien sea por parte de la Administración o por particulares, y dicho reconocimiento lo hace en consonancia de las directrices de reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ejemplo de

¹⁴² Herrera Moreno Jorge Iván, 2008, Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico, primera parte, Boletín Derecho & Vida n. 77 octubre de tomado de https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_77_78.pdf

¹⁴³ Barón, Moreno Claudia Lucía, Tique, Legro Diana Constanza Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho Garantías judiciales de la infancia en la prestación defectuosa de los servicios médicos, 10 de mayo de 2020, p 153-174 <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/6274/5921>

ello se observa en Sentencia del 20 de octubre del 2014 con ponencia del Consejero Gil Botero al decir:

De conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998 –a través de la cual se expidieron normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia–, la valoración de daños irrogados a las personas o a las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, deberá atender a los principios de reparación integral, equidad y de actualización técnico actuarial.

(...)

El Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona de deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad.¹⁴⁴

Como la directriz de reparación integral antes mencionada también es aplicada a la responsabilidad médica, el Consejo de Estado a lo largo de sus pronunciamientos ha reconocido la indemnización de perjuicios producto de la negligencia médica los siguientes:

2.3.3.1 Daños Patrimoniales

Como primer daño reconocido se encuentra el daño emergente, el cual hace parte de aquellos “daños materiales”. Este es definido por el artículo 1614 del Código Civil “entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. Frente a su reconocimiento en responsabilidad médica estatal, el Consejo de Estado lo ha reconocido sólo cuando los accionantes han podido acreditar con elementos probatorios suficientes que los gastos en que han tenido que incurrir las víctimas directas o

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 20 de octubre del 2014. Radicado: 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060). Consejero ponente: Enrique Gil Botero

indirectas guarden relación directa con los hechos objeto de la demanda, guarden relación la acción u omisión que generó el daño imputado a la entidad demandada.¹⁴⁵

Continuando con los daños materiales, se encuentra el lucro cesante que el código civil lo define como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”¹⁴⁶. Este tipo de daño en responsabilidad médica ha sido ampliamente reconocido en el Consejo de Estado en casos tanto de muerte del paciente como en casos de lesiones.

Frente al primero, el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa ha manifestado que “el lucro cesante de los familiares de una persona fallecida, en donde el perjuicio se reconoce e indemniza a partir de la constatación de una situación existente –la colaboración económica brindada por la persona fallecida, inferida de la obligación alimentaria que, en virtud de la ley, se debe a los hijos y al cónyuge-, que se proyecta en el futuro –hasta la vida probable de los beneficiarios, determinada a partir de las tablas elaboradas sobre el particular, con fundamento en estudios técnicos”¹⁴⁷

Ahora bien, respecto del lucro cesante de quien fallece a causa de una mala praxis médica, el Consejo de Estado lo ha reconocido en diversas ocasiones. Ejemplo de ello se observa en Sentencia del 29 de abril de 2015 referenciada en el acápite inmediatamente anterior, donde un señor falleció debido a las fallas en la atención médica que le fue brindada

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 3 de octubre del 2016. Radicado: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057). Consejero ponente: Ramiro Pasos Guerrero

¹⁴⁶ Artículo 1614 del Código Civil.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 22 de abril del 2015. Radicado: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146). Consejera ponente: Stella Conto Díaz de Castillo

en el Hospital de Aranzazu con ocasión de unas heridas sufridas en un accidente de tránsito, las cuales fueron suturadas sin respetar las condiciones de asepsia requeridas provocando una infección con bacterias anaerobias que le produjeron gangrena y la necesidad de amputar un miembro inferior. Luego de múltiples complicaciones y tratamientos el paciente falleció.¹⁴⁸

En el caso referido, ante la evidente malpraxis del E.S.E, el Consejo de Estado le reconoce a los familiares de la víctima en calidad de demandante el pago de perjuicios por concepto de lucro cesante, toda vez que se demostró en el proceso que el finado sostenía económicamente a su compañera e hijo menor de edad —situación que además se presume en relación con el segundo—, al tiempo que ayudaba económicamente al sostenimiento de su hogar, conformado por su madre y hermanos menores. Reconociendo los montos indemnizatorios a cada uno de los accionantes respecto de sus expectativas de vida y en caso de su hijo menor, de su dependencia económica hasta los 25 años.¹⁴⁹

Igualmente se reconoce lucro cesante en casos de lesiones importantes que causen una pérdida significativa en la capacidad laboral de la víctima, como lo ilustra la sentencia del 3 de octubre del 2016 de la sección tercera del Consejo de Estado, donde se decide el caso de un menor de siete años que, a causa de una negligencia médica, se le extirpa su globo ocular ocasionándole una pérdida de capacidad laboral permanente del 32.95%. Frente a este, la sala reconoce la indemnización por este concepto con base en el SMLMV teniendo en cuenta que, *“aunque para la época de los hechos contaba con 7 años de edad, la enucleación de ojo derecho que se le practicó le generó una pérdida de capacidad laboral que sin duda*

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 29 de abril del 2015. Radicado: 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574) Consejero ponente: Ramiro Pasos Guerrero

¹⁴⁹ Ob, cit.

afectará su capacidad de trabajo y, con ello, las posibilidades de obtener ingresos producto de esta". El juzgador estableció el monto indemnizatorio tanto del lucro cesante presente como el futuro, tomando en cuenta tres momentos: la fecha en que la víctima cumplió su mayoría de edad hasta la fecha en que se emite el fallo para el lucro cesante consolidado; y el lucro cesante futuro desde el momento de la sentencia hasta que se cumpla la expectativa de vida de la persona.¹⁵⁰

2.3.3.2 Daños extrapatrimoniales

En casos de responsabilidad médica el daño extrapatrimonial que comúnmente se reconoce es el Daño moral, el cual se ha definido doctrinalmente como “el dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus parientes cercanos y terceros damnificados muy próximos a ella”¹⁵¹ y dada su naturaleza no puede ser indemnizatoria, sino compensatoria.

Para ser solicitada la reparación de este daño dentro de la demanda, el Consejo de Estado establece que cuando se trate de la muerte de una persona, tratándose de su entorno familiar más cercano, existe una presunción de haberlos sufridos:

Bastará con la acreditación del parentesco entre los afectados y el individuo fallecido, pues tal relación se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio, siempre que no obren en el expediente elementos acreditativos que indiquen lo contrario.

(...)

para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, teniendo en cuenta el contenido del artículo 42 de la Carta Política y las máximas de la experiencia, permiten inferir que el peticionario

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 3 de octubre del 2016. Radicado: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057). Consejero ponente: Ramiro Pasos Guerrero

¹⁵¹ Ruiz Orejuela, Wilson. (2013) *Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes*. 2nd ed. Bogotá D.C: ECOE Ediciones.

ha sufrido el perjuicio solicitado, en la medida en que es usual que los seres humanos sientan congoja y aflicción como consecuencia del fallecimiento de sus seres queridos.¹⁵²

Por su parte, cuando el daño moral surja de una lesión este también será presumido, pero teniendo en cuenta el porcentaje de afectación para el cual se tiene en cuenta la pérdida de capacidad laboral de la víctima, y podrá ser reclamado por el afectado directo y sus allegados próximos. Por tal, el Consejo de Estado indicó que se deberá reconocer atendiendo las siguientes reglas (i) esa indemnización se hace a título de compensación y no de restitución, ni de reparación; (ii) debe darse aplicación al principio de equidad; (iii) su tasación debe sustentarse en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del perjuicio y su intensidad, y (iv) debe estar fundamentada, cuando sea el caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad.¹⁵³

El Consejo de Estado en aras de garantizar el principio de equidad al momento de establecer los montos correspondientes a las indemnizaciones por daño moral, diseñaron unas tablas que aplican a todo tipo de responsabilidad del estado, no solo la médica que es objeto de estudio en el presente trabajo, cuando el perjuicio ocasionado sea derivado de la muerte de la víctima o de una lesión personal teniendo en cuenta la gravedad de esta, y los niveles de parentesco los cuales sí deberán ser acreditados por los accionantes en uno y otro caso.

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 9 de febrero del 2011. Radicado: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

¹⁵³ Sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 3 de octubre del 2016. Radicado: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057). Consejero ponente: Ramiro Pasos Guerrero

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Tabla No. 1 Fuente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Tabla No. 2 Fuente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, C.P: Olga Mélida Valle De la Hoz.

Continuando con la exposición de daños extrapatrimoniales, se encuentra el daño a la salud el cual corresponde al perjuicio fisiológico o biológico derivado de una lesión corporal o psicofísica, el cual será tasado teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que sufrieron las víctimas directas. ¹⁵⁴Por su naturaleza, en el ámbito de

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp: 31170. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

responsabilidad del estado en materia médica el Consejo de Estado en sentencia de 14 de septiembre de 2011 establece que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma y únicamente se reconoce a la víctima directa en aquellos casos donde por fallas del servicio de salud o mala praxis del profesional se ocasionen lesiones.

Así como en el daño moral, la liquidación del daño a la salud ha sido unificada por el Consejo de Estado. Con base los aspectos funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano el juzgador evaluar la gravedad de la afectación sufrida, y en consecuencia asignarle un monto indemnizatorio que oscilará entre los 10 y 100 SMLMV de conformidad con el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación acreditada. No obstante, en casos excepcionales, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, el juez podrá otorgarse una indemnización superior a la señalada de hasta 400 S.M.L.M.V, siempre y cuando dicha decisión sea motivada y ser proporcional a la intensidad del daño.¹⁵⁵

Por otro lado, se contempla también la indemnización de la Pérdida de Oportunidad cuando se han causado perjuicios por mala praxis médica. La sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado ha considerado que “la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para

¹⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera (2014) . *Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales*. Bogotá D.C. Disponible en: <https://adwa.co/wp-content/uploads/2015/04/Reparacion-De-Perjuicios-Inmateriales-Consejo-De-Estado-.pdf>

estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”¹⁵⁶

En el campo médico la pérdida de oportunidad se puede observar cuando las entidades o agentes encargados de la atención en salud no le brindan al paciente todos los cuidados y tratamientos y cuidados adecuados de forma oportuna, pues de haberse realizado existían menos probabilidades de haberse causado el daño. En materia de responsabilidad médica el Consejo de Estado ha determinado ciertos parámetros a la hora de alegar este tipo de daño:

La pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. (...) también debe quedar claro que esa ventaja debe ser una posibilidad, cuya materialización dependa también de otros factores, como las propias condiciones del paciente, porque en aquéllos eventos en los cuales no se trate de una oportunidad sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia de nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por falla del servicio médico.¹⁵⁷

Ahora bien, para determinar cuál era la oportunidad real que se tenía y el monto indemnizatorio correspondiente, el juzgador debe hacer uso de reglas matemática según lo determina el alto tribunal, pues para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de agosto de 2016. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de abril de 2010, Exp: 17.725 Citado en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero del 2012. Radicación: 19001-23-31-000-1998-01005-01(21726) Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincón.

probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida.¹⁵⁸

CAPÍTULO III:

ESTUDIO COMPARADO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LOS SISTEMAS FRANCÉS Y ESTADOUNIDENSE

3.1. Responsabilidad médica por mala praxis en Francia

El sistema de salud en francés es uno de los más destacados en el mundo en razón a su cobertura y alta eficiencia, cuyos pilares de constitución no son el libre mercado, sino la noción de política pública y la universalidad en la prestación. Este sistema, se caracteriza por estar constituido entre el sector público, principalmente por los hospitales públicos, y por el sector privado donde se encuentran instituciones y particulares prestadores de estos servicios, no obstante, el mayor porcentaje de profesionales de la salud concentra su desempeño en el sector público, pues este es el más robustecido en el país.¹⁵⁹

El país galo, a través de la Ley 2002-303 del 04 de marzo de 2002, ha configurado el sistema de salud junto con unos principios esenciales, que son pilares frente a la manera en que se da la prestación del servicio y sus eventuales reclamaciones. Dicha norma consagró en su título I el principio de solidaridad, el cual va a ser cardinal a la hora de hablar de las indemnizaciones por faltas médicas en Francia y que se abordará más adelante.

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 11 de agosto del 2010. Radicado: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

¹⁵⁹ Ken Oliphant, & Richard W. Wright. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective. De Gruyter. Pp.131-135, <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.es/&httpsredir=1&article=3829&context=cclawreview>

Igualmente, en Francia, así como en Colombia, la salud es consagrada como un derecho fundamental entendiendo los franceses que con ello debe ser cubierto por los médicos disponibles en favor de todas las personas, por tanto, no puede haber ningún tipo de discriminación en su acceso. Así mismo, el legislador francés ha cubierto la calidad del servicio de salud en múltiples escenarios, fijando estándares de capacitación, asepsia, experticia, entre otros para sus profesionales en la salud. Lo anterior se puede encontrar en el Título II y III de la normativa antes referenciada denominados “Democracia en la salud” y “Calidad del sistema de salud respectivamente”.

Una vez, esbozado a grandes rasgos las características del sistema de salud de este país, se procederá a hacer un estudio en los siguientes numerales del sistema de salud en Francia, para luego adentrarse a la responsabilidad administrativa y médica, así como los mecanismos indemnizatorios que poseen.

3.1.1. Organización y funcionamiento del sistema de salud en francés

El Régimen General de Seguridad Social en Francia surgió en el año 1954, en la posguerra, y tiene como propósito darle cobertura estatal a todas aquellas personas que residan en el país contra los riesgos que supone se pueden generar en el transcurso de la vida. La seguridad social es el resultado o expresión del principio de Solidaridad Nacional, consistente en una especie de contrato social que implícito que vincula a todos los ciudadanos: todos contribuyen según sus medios y se benefician de ella según sus necesidades.¹⁶⁰

¹⁶⁰ "3 Minutes Pour Comprendre La Sécurité Sociale". 2022. *Securite-Sociale.Fr*. <https://www.securite-sociale.fr/la-secu-cest-quoi/3-minutes-pour-comprendre>.

Este sistema acompaña a las personas en todas las edades y diferentes etapas de la vida, en aras de ayudarles a obtener una vida digna a través de la asistencia económica y al apoyo humano brindando seguridad en distintas ramas. La primera es respecto a accidentes laborales y enfermedades profesionales; seguridad para el retiro de vejez o pensión de sus residentes, sigue a los empleados a lo largo de su carrera y los ayuda a prepararse para la jubilación, y paga pensiones; seguridad para la familia, que cubre auxilios a la primera infancia, vivienda y educación; y por último se tiene la “assurance maladie” cuya traducción literal significa Seguro de Salud, encargada de cubrir expensas de hospitalizaciones, medicamentos y la consulta a profesionales de la salud.¹⁶¹

Una vez ubicada la salud dentro del sistema de seguridad social, se deben establecer sus características primordiales y su funcionamiento.

El sistema de salud es una mezcla de servicios públicos y privados, que se establece como un sistema de medicina “liberal” donde cada enfermo tiene la posibilidad de escoger a su médico, y cada médico «tiene el derecho de ejercer libremente su profesión. Como bien se mencionó, El seguro de salud se basa en el principio de que todas las personas, independientemente de sus ingresos, tienen derecho a la salud y a la atención médica, y para financiarla se acude a la Seguridad social con tal de garantizar una cobertura básica gratuita.¹⁶²

El financiamiento de este sistema, es similar al sistema contributivo de salud colombiano, pues en Francia se exige que cada trabajador cotice o contribuya con una parte

¹⁶¹ Ob, Cit.

¹⁶² Morin, Olivia A. (2011) "Une étude des systèmes de santé en France et aux États-Unis et des leçons que les États-Unis peuvent tirer du système de santé français". *Chancellor's Honors Program Projects*. https://trace.tennessee.edu/utk_chanhonoproj/1420

de su salario. Para garantizar que el seguro sea accesible a todos, la tasa de cotización es proporcional a los salarios, pero las prestaciones, entendidas como pagos o reembolsos, son las mismas para todos.¹⁶³

Al momento de recibir atención en medicina general, de especialistas e incluso suministro de medicamentos, el sistema francés ha establecido un sistema de reembolsos donde se puede apreciar de manera palpable el principio de solidaridad nacional en el que se funda. Pues los costos asumidos por los pacientes el Estado reembolsa un gran porcentaje de la totalidad del monto pagado por la atención respetando unas tarifas preestablecidas.

Con el fin de tener una atención en salud coordinada, normalmente los usuarios de sistema (pacientes) cuentan con un médico de cabecera que les brinda atención en medicina general. El reembolso de los actos médicos se realiza a la tarifa normal cuando son realizados o recomendados por el médico tratante, porque el interesado se encuentra en el marco de su vía asistencial coordinada. Por el contrario, el paciente que no haya declarado médico tratante o que consulte directamente a un especialista, el porcentaje de reembolsado será menor y el importe de los gastos que le queden a su cargo será mayor que si hubiera seguido el curso de la atención. El paciente puede consultar a un médico especialista sin agotar el paso anterior y sin ningún tipo de repercusión económica en determinadas situaciones: (i) emergencia médica, (ii) por ausencia del médico de cabecera o lejanía del domicilio (iii) Los ginecólogos (iv) oftalmólogos y (v) psiquiatras.¹⁶⁴

¹⁶³ Ob, Cit.

¹⁶⁴ "Le Système De Santé En France". 2022. *Cleiss.Fr*. <https://www.cleiss.fr/particuliers/venir/soins/ue/systeme-de-sante-en-france.html>.

3.1.2 Generalidades de la responsabilidad administrativa francesa y sus títulos de imputación

El compromiso con la responsabilidad pública tiene en el país galo varios fundamentos: la culpa, el riesgo, la igualdad ante las cargas públicas, la noción de custodia, los cuales son principios que ameritan imputar a las entidades públicas el deber de reparar ciertos daños.¹⁶⁵

Las condiciones que comprometen la responsabilidad administrativa son las mismas de la responsabilidad de derecho privado, es decir el hecho generador, el daño y el nexo causal. Esta jurisprudencia origina la distinción entre culpa de servicio y culpa personal, y de mecanismos que permiten flexibilizarla para permitir la indemnización de la víctima. Igual ocurre con el establecimiento del nexo causal y la ampliación de las hipótesis de responsabilidad sin culpa, que son más favorables a las víctimas. La desaparición de la condición de negligencia grave en favor de la negligencia simple marca la tendencia¹⁶⁶

En Francia la administración se sujeta al principio de responsabilidad, que la obliga a reparar los daños causados por sus actos, principio que adopta varias formas. La responsabilidad contractual comprende relaciones entre la administración y las personas que suscriben con ella un contrato. En el evento de incumplirse las obligaciones contractuales por alguna de las partes, la otra parte puede acudir al juez en procura de una indemnización por el incumplimiento. En otros casos, se dice que la responsabilidad es "extracontractual", ya no soportada en un contrato. Puede ser por culpa, donde la víctima está en el deber de

¹⁶⁵ Disponible en: Portail universitaire du droit Université Numérique Juridique Francophone, <https://univ-droit.fr/unjf-cours/24311-droit-de-la-responsabilite-administrative>

¹⁶⁶ Ob.cit.

probar que la administración es culpable; responsabilidad sin culpa donde solo se demuestra que el daño es producto de una actividad de la administración, sin cometer una falta.¹⁶⁷

Tratándose de responsabilidad por culpa, puede ser simple o grave. En principio, una simple falta puede comprometer la responsabilidad de la administración, pero en algunos casos es necesaria una falta grave. Cuando se trata de responsabilidad sin culpa, puede ser de dos tipos: "por riesgo" (por ejemplo, daños relacionados con las obras públicas, con el uso de materiales peligrosos como explosivos, con los riesgos sufridos por el personal durante su servicio); o por "vulneración de la igualdad ante las cargas públicas" producto de la ley o decisión judicial (por ejemplo, una ley prohíbe la comercialización de un producto que ha hecho fortuna en una empresa, arruinándola).¹⁶⁸

La responsabilidad administrativa francesa comparte varios de los fundamentos del ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que el derecho administrativo nacional se encuentra inspirado en gran medida por el primero.

El derecho francés prevé que en los casos en que la administración causare un daño a un particular, será deber suyo el resarcimiento de este mediante un proceso judicial competencia del juez administrativo, siguiendo las normas de responsabilidad de los poderes públicos, las cuales son generalmente de origen jurisprudencial e independiente a las reglas de responsabilidad Civil. Ahora bien, el ordenamiento y la jurisprudencia francesa han establecido que, para demandar la responsabilidad de la administración, se requiere que ésta se encuadre en una de las dos modalidades o "título de imputación" que son: (i) *La*

¹⁶⁷ Vie Publique, 2018, *Quelles sont les différentes formes de responsabilité de l'administration ?*, <https://www.vie-publique.fr/fiches/20274-quelles-sont-les-formes-de-responsabilite-de-ladministration>

¹⁶⁸ ob.cit.

responsabilité pour faute o Responsabilidad por falla, y (ii). *La responsabilité sans faute* o Responsabilidad sin falla.

La responsabilidad por falla se considera como el régimen común en temas de responsabilidad administrativa, cuyo fundamento se encuentra en tres premisas principales: En primer lugar, el Estado sólo responde por faltas de servicio público o faltas personales que mantengan algún tipo de vínculo con el servicio; en segundo lugar, la culpa que da lugar a la responsabilidad del Estado debe ser más o menos grave según el grado de dificultad de la actividad de que se trate; y por último, existe una especie de carga dinámica de la prueba, pues ésta deberá aportada por la víctima dependiendo del nivel de dificultad que ello implique.¹⁶⁹

Por su parte, la segunda modalidad de imputación de responsabilidad estatal francesa, denominada *la responsabilité sans faute* (la responsabilidad sin culpa) se cimienta en la presencia de un daño cierto causado por la actuación positiva o negativa de la administración, y la existencia de un nexo causal entre el daño y la acción. Frente a este tipo particular de responsabilidad es menester señalar que puede originarse a través de un riesgo, o debido a la ruptura de legalidad sobre las cargas públicas. Frente a la hipótesis de responsabilidad sin culpa por riesgo, se requiere de la presencia de un daño cierto y directo sobre la víctima, así como que el daño sea consecuencia inmediata del actuar de la administración. Mientras que si se sustenta la responsabilidad por la ruptura de las cargas públicas, se demanda que la existencia del daño, además de ser cierto y directo, sea grave y especial, en conjunto con los mismos requisitos ya mencionados

¹⁶⁹ Fromont, M (s.f) La responsabilidad del Estado en el derecho francés. Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne. www.collectifjusticeharkis.fr

3.1.3. Responsabilidad medica estatal en Francia desde la jurisprudencia

A fin de ilustrar el sistema de responsabilidad pública francesa en la jurisprudencia, se inicia con el clásico Fallo Blanco de febrero de 1873, donde se analiza por parte del Tribunal de Conflictos, el caso de una menor llamada Agnes Blanco que había sido atropellada y herida por un vagón perteneciente a una fábrica tabacalera del Estado. Ante esto, su padre demanda ante los tribunales la declaratoria de responsabilidad civil del Estado por los perjuicios causados a su hija, con fundamento en el Código Civil Francés.

El tribunal de Conflictos establece la responsabilidad del Estado por los daños causados por parte de los obreros de la fábrica, es decir reconoce la responsabilidad estatal por los daños causados durante la prestación de servicios públicos, sentando una postura novedosa para la época, pues coloca fin a una larga tradición de irresponsabilidad del Estado que sólo contaba con ciertas excepciones (responsabilidad contractual del Estado o por intervención legislativa). Así mismo, establece la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer este tipo de hechos, al considerar que la responsabilidad que puede corresponder al Estado por razón del servicio público no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil, pues este se limita a regir las relaciones y controversias entre particulares.¹⁷⁰

Posteriormente, en julio de ese mismo año, se da *L'arrêt Pelletier o fallo Pelletier*, sentencia hito tratándose de falla en el servicio de la administración. En esta se estudia el caso del Sr. Pelletier (accionante) quien demanda ante un tribunal judicial de Senlis que se

¹⁷⁰ Conseil D'État. *Les grandes décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. Tribunal des conflits, 8 de febrero de 1873, Blanco. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>

declarara ilegal la incautación del periódico que se proponía a publicar, realizada en virtud de la Ley sobre el estado de sitio, pretendiendo la restitución de las copias incautadas y que se condenara al comandante del estado de sitio, el prefecto del departamento de Oise-Francia y el comisario de policía competente para el pago de 2000 francos por concepto daños y perjuicios.

Por problemas de competencia, el Tribunal de Conflictos¹⁷¹ es quien se pronuncia en dicha sentencia, refiriéndose a la fijación de competencia, considerando la atribución o imputación de responsabilidad. Frente a esto el Tribunal de Conflictos considera que los fundamentos de la demanda se encontraban dirigidos dirigida contra el acto en sí mismo, encarnado en la persona de los funcionarios que lo ordenaron o que colaboraron en su puesta en marcha cuya responsabilidad incumbe al gobierno que le delego dichos poderes, y por tal el tribunal de Senlis carecía de competencia para conocer de la demanda.

Dicho fallo resulta de gran relevancia jurídica al reconocer por primera vez la falla del servicio, siendo base para el estudio de la responsabilidad del Estado por culpa de sus agentes, al distinguir entre la falta personal y la falta del servicio. Se refiere a la culpa personal del servicio, donde se le atribuye directamente la culpa a su autor mostrando actuaciones irregulares del particular y su valoración puede separarse casi completamente del servicio, de tal modo que el juez ordinario pueda valorarla sin necesidad de tener en cuenta el funcionamiento de la administración propiamente dicha. Por su parte, la falta en el servicio se encuentra tan estrechamente relacionada con el servicio de la administración, que

¹⁷¹ En Francia, el Tribunal de Conflictos, se encuentra encargado de conocer los conflictos de competencia entre la jurisdicción administrativa y la judicial, que se equipara la jurisdicción ordinaria colombiana. En el caso concreto, el Tribunal de Conflictos interpretó el Art 13 de la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 que dispone: “*Los jueces no podrán, a duras penas, perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones*”. Puesto que no se reprochó ninguna falta personal a los agentes que tomaron o ejecutaron la decisión impugnada por el Sr. Pelletier, el Tribunal de Conflictos consideró que el juez judicial no tenía competencia para conocer del asunto.

indiscutiblemente el juez deberá apreciarla en vinculación con el funcionamiento del servicio.¹⁷²

Igualmente, el Consejo de Estado Francés en *L'arrêt Tomaso Grecco* o decisión Tomaso-Grecco de 1905, se pronunció de fondo sobre la falla del servicio, en *L'arrêt Tomaso Grecco* o caso Tomaso Grecco, donde se demanda la responsabilidad del Estado en razón a que el señor había sido herido por un disparo de policía encontrándose al interior de su vivienda, alegando que el servicio de policía había cometido una falta al no garantizar el orden para evitar alteraciones de orden público que fueron las que causaron el incidente.

De acuerdo con la clase de culpa, y en concordancia con el fallo Pelletier (o sea la culpa personal y la culpa del servicio) en tal providencia se exonera de responsabilidad a la administración, pues no determina exista alea atribuible a la misma por ausencia de material probatorio que demostrara la irregularidad en la actuación. Por tal razón, se establece la necesidad de probar la actuación irregular de la entidad pública si se pretende alegar una falla en el servicio¹⁷³

Dejando de lado los aspectos generales, en la jurisprudencia administrativa sobre responsabilidad hospitalaria, tema que nos compete, sufrió un proceso de cambio desde finales del siglo XX debido a la injerencia de factores como la innovación de la ciencia médica, y las crecientes exigencias y garantías del servicio público de salud. Anteriormente, los litigios que perseguían la responsabilidad administrativa de los hospitales públicos por fallas médicas requerían la configuración de una falta grave por parte de la institución,

¹⁷² Long, Marceau, Weil, Prosper et al., *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts* (Daloz, 2017), 37-46.

¹⁷³ Güechá Medina, Ciro Nolberto *La Falla En El Servicio: Una Imputación Tradicional De Responsabilidad Del Estado Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XV, núm. 29, enero-junio, 2012, pp. 95-109 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia pp. 97,98,107-108 <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625419007.pdf>

mientras que para endilgar responsabilidad al agente (el galeno) se requería únicamente de la constitución de una falla simple, no obstante, los usuarios del sistema de salud no presentaban claridad de cuándo se encontraban ante una falla grave o cuando no, asimismo limitaba la posibilidad de que pacientes que sufrían perjuicios por fallas importantes pero no catalogadas como graves recibieran una indemnización.¹⁷⁴

Dicha problemática motivó al Consejo de Estado Francés en el año 1992 a fijar una nueva línea jurisprudencial mediante el caso *Conyuge V. n° 79027*¹⁷⁵, donde una mujer sufrió afectaciones neuronales, cardíacas y motoras luego de realizársele una cesárea bajo anestesia e implementación de inyección epidural durante su trabajo de parto por parte del personal médico, a pesar de habersele detectado mediante examen ultrasónico la existencia de placenta previa, condición que implicaba un riesgo conocido de hemorragia que podría provocar hipotensión y una disminución del gasto cardíaco, situación que en efecto ocurrió y no fue afrontada de manera correcta por el personal médico, pues cometieron una cadena de errores médicos al momento de contener los efectos nocivos de la cirugía.

Frente a esto, el Consejo de Estado decide abandonar el criterio jurisprudencial según la cual la responsabilidad administrativa puede ser comprometida por razones de actos médicos realizados en hospitales públicos solo en caso negligencia grave, y reconoce al accionante (cónyuge de la paciente) la indemnización de perjuicios, aplicando un régimen de falla simple donde la comisión de errores sucesivos durante un procedimiento, en este

¹⁷⁴ Conseil d'État (2015) L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics, *Les dossiers thématiques du Conseil d'État*, p. 3-12. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/l-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics>

¹⁷⁵ Conseil d'État (1992) Sentencia n° 79027 Cónyuge V. Ponente: M. Salat-Baroux.

caso la atención de un parto, constituyen una falla médica que compromete la responsabilidad del hospital.

Otra forma de comprometer la responsabilidad de los hospitales públicos es a través de la responsabilidad por riesgo creado durante la ejecución de un acto médico, correspondiente al “título de imputación” de responsabilidad sin culpa. En esta situación, es necesario hacer alusión al caso *Arrêt C. Gómez* llevado a la Corte de Apelación de Lyon en 1990, donde a un joven le practicaron una cirugía con el fin de enderezar su columna aplicando un nuevo método de quirúrgico para la época de los hechos, sin embargo, pese a la ausencia de fallas o negligencia del personal médico que intervino al paciente, éste resulto con lesiones motoras diagnosticadas después de la operación. En primera instancia se negaron las pretensiones de los accionantes al justificar la carencia de falla médica o del servicio de salud; no obstante, la corte administrativa de apelación al avocar conocimiento del caso declaró la responsabilidad del servicio público hospitalario, al encontrarse basada en el riesgo y al existir un nexo de causalidad, configurándose el primer elemento en el instante en que los galenos hacen uso del nuevo método quirúrgico que presentaba riesgo conocido; por su parte el nexo causal se observa al ver la materialización del perjuicio como consecuencia de la asunción de ese riesgo.¹⁷⁶

3.1.4. Mecanismos alternativos de indemnización implementados en Francia.

La prestación del servicio de salud en Francia en gran parte se encuentra soportada en el programa de salud pública denominada “Sécurité Social” o seguridad social, al cual los ciudadanos deben afiliarse obligatoriamente con el fin de garantizarle acceso a los servicios

¹⁷⁶ Cour d'Appel de Lyon (1990) Caso Consorts Gomez. N° 89LY01742.

médicos a toda la población. El Seguro Social, se encarga de cubrir todos los costos médicos a través de reembolsos, aunque no de la totalidad de dichos gastos, pues estos implementan unas tarifas preestablecidas que determinan que, alrededor del 75% de expensas son cubiertos por el sistema público de salud, y el porcentaje restante es asumido por los pacientes o por seguros complementarios.¹⁷⁷

Adentrándose en el ámbito de responsabilidad médica, la ley y la jurisprudencia del país europeo han desarrollado un régimen de responsabilidad hospitalaria articulando medidas relativas a una lógica de responsabilidad por culpa, en conjunto con esquemas de compensación sin culpa en casos de daños sufridos bajo la solidaridad nacional, a fin de proteger el derecho fundamental de la salud y de los derechos de los pacientes, los cual son pilares esenciales del sistema de salud público francés tal y como consta en la Ley 2002-303 del 04 de marzo de 2002 mediante la cual se rigen los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud en ese país.

De lo antes mencionado, cabe resaltar este país dispone de una amplia gama de alternativas para solicitar compensaciones por quienes hayan sufrido perjuicios por error o accidente médico, integrando mecanismos auto compositivos, administrativos y judiciales que persiguen la misma finalidad: Dejar indemne a la víctima de fallas médicas.

A continuación, se estudiarán los dos grandes sistemas de compensación alternativos que posee este país (i) el sistema de fondos indemnizatorios, y (ii) Compensaciones a cargo de autoridades administrativas:

¹⁷⁷ Ken Oliphant, & Richard W. Wright. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective. De Gruyter. Pp.131-135, <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.es/&httpsredir=1&article=3829&context=cklawreview>

3.1.4.1 El sistema de los fondos indemnizatorios

En Francia, así como en Colombia, las víctimas de un perjuicio pueden acudir a la jurisdicción y realizar las respectivas reclamaciones, civiles, penales o administrativas, según el caso, donde la duración de un juicio puede ser entre los 9 y 16 meses dependiendo de la congestión judicial que tenga el tribunal al que se acuda. Sin embargo, la víctima que en muchos casos se encuentra en condición de discapacidad presenta dificultades a la hora de solventar sus necesidades hasta el final del proceso y un sistema de fondos indemnizatorios alivia esa carga.¹⁷⁸

El Consejo de Estado de este país estudio en el año 2005 la “socialización del riesgo” en un informe público que reza: “existe socialización del riesgo cuando la indemnización de las consecuencias perjudiciales de un riesgo no guarda relación con la responsabilidad, o cuando la financiación de dicha indemnización está, a priori, o a posteriori, desconectada de cotizaciones o de exacciones individuales, o cuando el poder público esté implicado en dicha indemnización, incluso en ausencia de responsabilidad directa del daño”¹⁷⁹

Esta noción de la socialización del riesgo entiende que existen riesgos sociales de los que sería injusto dejar que la carga recayera únicamente en las víctimas sin compartirla, puesto que estaba fuera de sus medios protegerse contra ellos, permitiendo una garantía de indemnización frente a riesgos mal identificados.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Sellier-Guillet, Laetitia. (2008) "Les Fonds D'Indemnisation. Essai D'Une Approche Transversale". Ph.D. en Derecho con mención en Derecho privado., Université Jean Moulin Lyon 3.

¹⁷⁹ Conseil d'État (2005) Reporte público, *Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, Documentation française 2005. pp. 205-206. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/054000185.pdf>

¹⁸⁰ Ob, cit.

Con lo anterior se entiende que los fondos compensatorios son una forma de compartir riesgos permitiendo separar el asunto de la responsabilidad del Estado del tema indemnizatorio, pues aun cuando el Estado no ha sido el responsable directo del perjuicio le conceden una indemnización a las víctimas de determinados riesgos bajo los principios de solidaridad y responsabilidad.

Los fondos de compensación nacional, se fundamentan en el régimen de responsabilidad sin culpa propio del derecho administrativo francés y se dedican a indemnizar grupos homogéneos de víctimas de ciertos hechos o condiciones específicas, los ciudadanos franceses pueden obtener reparaciones y de no estar de acuerdo con estas en una primera fase, pueden concurrir a los estrados judiciales.

Ejemplo de lo anterior se evidencia en la creación de fondos de indemnización tales como el *FIVA, Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante*, que es el fondo para las víctimas del amianto o asbesto, creado a través de la Ley n° 2000- 1257 como un fondo de compensación sin culpa con naturaleza de establecimiento público financiado mediante contribuciones del Estado, la Seguridad Social franceses y, en menor medida, por donaciones y legados de particulares. Este fondo se encarga de indemnizar los daños sufridos por los solicitantes cuando (i) Las personas tengan reconocida una enfermedad profesional derivada de la exposición al asbesto según la normativa francesa, (ii) A las personas que hayan sufrido Daños personales derivados de la exposición al amianto en territorio de la República francesa y (iii) los familiares de las víctimas de los beneficiarios previstos en los incisos anteriores.¹⁸¹

¹⁸¹ Azagra Malo, Albert. "Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica." *In Dret Revista para el análisis del derecho*. Universitat Pompeu Fabra, Facultad de Derecho. (2007) https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/452_es.pdf

Otro ejemplo de fondos de indemnización en el tema de responsabilidad médica es la creación del *fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH)* o Fondo de indemnización de transfusiones y hemofílicos, destinado desde su creación en 1991 a la reparación de las víctimas de enfermedades adquiridas través de transfusiones de sangre, tales como Hepatitis C o el Virus del VIH, provocadas por un contagio por el actuar culposo de los profesionales de la medicina, establecimientos asistenciales, y también por el hecho de las cosas, en cuanto a los elementos instrumentales de diagnóstico de la sangre a implementar. La ley n° 91-1406 de 1991 que dio origen al fondo, establece que el principio general es el de la reparación integral que limita la indemnización a la medida de los perjuicios sufridos, sin enriquecimiento alguno.¹⁸²

Ambos fondos figuran como un gran activo para la estructura jurídica del país, pues al fundamentarse en principios de solidaridad y garantizarles a las víctimas de afecciones específicas una forma rápida de acceder a la reparación, representan a su vez una disminución de casos de reclamación ante la jurisdicción.

3.1.4.2 Compensación a cargo de autoridades administrativas:

En Francia, se implementa el concepto *La Solidaridad Nacional* que se entiende como un principio de unión invocado en sus orígenes ante la presencia de calamidades públicas y se implementa hoy día como una etiqueta política unida a reivindicaciones que emanan de asociaciones de víctimas o de las medidas adoptadas por el propio Estado, cuando

¹⁸² Andorno, Luis O. "El fondo ad hoc creado en Francia para indemnización de las víctimas del contagio del SIDA por transfusiones sanguíneas (Ley del 31 de diciembre de 1991)". *R. Fac. Direito UFRGS*, Porto Alegre, 9(1): 41-47, nov. 1993

se trate de justificar esfuerzos para el apoyo de la comunidad social a una categoría de personas.¹⁸³

Es bajo este principio, que la ley francesa ha desarrollado un sistema de compensación en ciertos casos de responsabilidad hospitalaria, donde se encuentran las reclamaciones administrativas ante entes regionales tales como la ONIAM¹⁸⁴ (Oficina Nacional de Compensación de Accidentes Médicos, Condiciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales) y las CCI¹⁸⁵ (Comisión de Conciliación e Indemnización de Accidentes Médicos) creadas por la Ley 2002-303 de marzo de 2003 y supervisadas por el Ministerio de Salud con el fin de compensar a las víctimas de accidentes médicos en todo el territorio de la manera más fácil y justa posible, pues los pacientes pueden acudir a ellas sin requerir de abogado, enmarcando en el régimen de responsabilidad sin culpa de los accidentes médicos y su compensación se soporta en la solidaridad nacional. Igualmente, las víctimas también pueden acudir a la jurisdicción para realizar sus reclamaciones si así lo prefieren, o si se encuentran en desacuerdo con el monto indemnizatorio conferido por los entes regionales.¹⁸⁶

Este organigrama institucional consolidado y supervisado por el Ministerio de salud, está destinado precisamente a hacer más fáciles los procesos indemnizatorios de víctimas de accidentes médicos, pues *L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales* ONIAM, en palabras de la entidad, se encarga de “un esquema de compensación, rápido y gratuito” diseñado para indemnizar a pacientes cuando han sido víctimas de un accidente médico grave habido falta por parte del

¹⁸³ Knetsch, J. (2014). La solidarité nationale, genèse et signification d'une notion juridique. *Revue française des affaires sociales*, pp. 32-43. doi:10.3917/rfas.141.0032.

¹⁸⁴ Por sus siglas en francés : L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales

¹⁸⁵ En francés “Les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI)”

¹⁸⁶ ONIAM (s.f) Indemnización de accidentes médicos. Disponible en: <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/oniam>

seguro del profesional o del establecimiento sanitario o cuando no ha habido avería y el accidente médico es catalogado como anormal por la ONIAM, dentro de los cuales se encuentran: un accidente médico o daño atribuible a la actividad de investigación biomédica; una enfermedad iatrogénica (efecto secundario del tratamiento médico); o una infección nosocomial (infección adquirida en un centro de salud)¹⁸⁷

Por su parte, las Comisiones de Conciliación de Accidentes Médicos- CCI que promueven la resolución de conflictos entre usuarios y profesionales de la salud mediante la conciliación, directamente o nombrando mediador, permiten la compensación de víctimas de accidentes médicos cuyo porcentaje de gravedad supere el umbral establecido por la ley , y las víctimas de un accidente médico grave derivado de un acto preventivo, un acto diagnóstico o un acto terapéutico, siempre que el acto de que se trate sea posterior al 4 de septiembre de 2001.¹⁸⁸

Teniendo en cuenta la naturaleza del sistema público de salud francés, la ONIAM en su calidad de ente administrativo encargado de la indemnización de accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales, brinda una especie de extensión a la cobertura de los seguros cuando estos se agotan al asumir la función de fondo de garantía,¹⁸⁹ generando así un sistema eficiente de aseguramiento obligatorio de la responsabilidad médica en Francia.

¹⁸⁷ ONIAM, L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales "Qui Sommes nous? Un dispositif d'indemnisation rapide et gratuit" <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/oniam>

¹⁸⁸ ONIAM, L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales "Les CCI – Les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux" <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/partenaires>

¹⁸⁹ Fernández Muñoz, Mónica Lucia , (2017), p 94, El aseguramiento de la responsabilidad civil médica : ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada, Bogotá Universidad Católica de Colombia, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15938/1/el-aseguramiento.pdf>

En cuanto a las infecciones nosocomiales, también llamadas intrahospitalarias, nos encontramos ante el primer evento de complementariedad. Generalmente cuando la responsabilidad con culpa o sin culpa de un profesional de la salud se compromete, el seguro obligatorio ejerce su rol de garantía integral, excepto los *plafonds* de garantía o límites máximos autorizados en el mecanismo del Fondo de Garantía; sin embargo, frente al régimen legal de responsabilidad objetiva de los eventos de infecciones hospitalarias, los aseguradores establecieron un régimen especial. El segundo evento donde la ONIAM cumple con una función complementaria de responsabilidad, es casos de accidentes médicos al completar parte de la indemnización a la víctima tomando la posición del asegurador o puede llegar a suplir la totalidad del monto a compensar cuando de alea terapéutica se trate, donde se genera un perjuicio no imputable al profesional de la salud.¹⁹⁰

Se explica igualmente que la ONIAM asegura la indemnización correspondiente a la muerte a tasa de incapacidad permanente igual o superior al 25%. De tal forma, el cargo del seguro Responsabilidad Contractual cubre únicamente las incapacidades menores a ese porcentaje. De modo que para que no se hagan irresponsables totalmente los establecimientos de salud, se contempla la posibilidad que la ONIAM implemente acción de subrogación contra el establecimiento mismo cuando concurra una culpa producto de un daño, especialmente materializada en el incumplimiento de las obligaciones producto de la lucha contra las infecciones nosocomiales.¹⁹¹

En Francia el principio del esquema tradicional del régimen de la responsabilidad médica, donde el profesional sanitario será responsable de hacer los mejores esfuerzos en la

¹⁹⁰ ob.cit.p.94

¹⁹¹ Ob.cit.p.94

atención de un paciente (obligación de medio) salvo ciertas excepciones, aún persiste. Empero, en el contexto médico actual se presentan ciertas dificultades prácticas que han llevado a la evolución de dicho régimen en tres caminos diferente: (i) Un frecuente ejercicio de presunción de culpa cuando surgen daños en condiciones particularmente anormales. Este ejercicio de presunción es propio del derecho administrativo, y cada vez más la jurisdicción judicial – que, haciendo el símil, sería la jurisdicción ordinaria colombiana- ha adoptado dicha postura; (ii) la existencia de una responsabilidad contractual causada por el instrumental médico (iii) la consagración, en ciertos estadios de régimen de responsabilidad sin culpa, entendido como el deber indemnizar sin que medie la culpa.¹⁹²

Este último es de vital importancia pues resalta la razón de ser de los regímenes indemnizatorios sin culpa materializados en los fondos de compensación y las compensaciones ante autoridades administrativas (ONIAM), aplicable a situaciones donde la realización de un acto médico resulta ser la causa directa de un perjuicio a pesar de que se obró correctamente y nada podía indicar que el paciente -víctima- se encontraba ante un aparente riesgo.

También conviene señalar que la referencia al riesgo médico o al azar terapéutico, propio en ese tipo de proyectos existe una confusión corriente e importante de estar consciente a causa de su tipo pernicioso. La referencia al azar terapéutico, o la misma referencia al riesgo médico puede conducir a querer indemnizar no solamente los daños con relación a un accidente médico, pero también los eventuales daños producto de lo que se

¹⁹² Penneau, Jean, 1997, p 28, Evolución reciente del derecho de la responsabilidad médica en Francia Facultad de Derecho, Jean Monnet 53, Rue Constant Coquelin, 94400 Vitry, Francia. Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg. 2(2) / 3(1): 27-33, 1997/1998 2 <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v2-3n2-1/art5.pdf>

conoce como caso desafortunado propio de toda situación patológica, o sea el daño directamente relacionado con la evolución desafortunada del suceso patológico.¹⁹³

Estas dos gestiones son diferentes e incomparables, la primera que limita la indemnización a la del daño frente a un accidente médico, muestra un sistema de responsabilidad civil objetiva, la segunda, que muestra la solidaridad social, es de otro campo y de otro concepto. Hay una elección previa de carácter social sobre la elección jurídica.¹⁹⁴

Ahora bien, una vez señalado el funcionamiento de la responsabilidad médica estatal en Francia es inevitable entrar a confrontar dicho sistema indemnizatorio con el Colombiano, pues en el país europeo al manejar un régimen de responsabilidad médica sin culpa este se apoya en la existencia de una garantía del tipo aseguramiento obligatorio de la responsabilidad y la existencia de un fondo de garantía que asume las indemnizaciones en temas como las enfermedades nosocomiales, por el contrario en Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado encuadra los eventos de infecciones nosocomiales dentro del marco de la responsabilidad objetiva, no solo demuestra falencias axiológicas, sino que además, una decisión en tal sentido genera un impacto negativo importante en el contexto colombiano, no solo en el campo de la salud, sino también, en la economía y en la sociedad en general. Todo ello se explica por un hecho y es el de no existir en Colombia un marco normativo que sustente el paso hacia una responsabilidad de corte objetivo en este campo.¹⁹⁵

¹⁹³ ob.cit.p.32

¹⁹⁴ Ob.cit.p.32

¹⁹⁵ Fernández M., Mónica L. (2016) p 851-852 “Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano. Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 3, pp. 849 - 875 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n3/art04.pdf>

3.2 Responsabilidad médica por mala praxis en Estados Unidos

Resulta de gran relevancia estudiar la responsabilidad médica en los Estados Unidos, en contraste con la de Francia que se anunció en el acápite anterior, toda vez que el primer país se ha caracterizado a lo largo de los años de privatizar la atención en salud, lo cual repercute en cómo se maneja la responsabilidad médica.

Para ello se evaluará en este subtítulo (2.3.1) la estructura y funcionamiento del sistema de salud estadounidense, las opciones de reclamación por (2.3.2) responsabilidad civil por mala praxis médica y la no muy común (2.3.3) responsabilidad estatal de los Estados Unidos en casos de Mala praxis, siendo esta importante al tratarse de un sistema donde el Estado, como regla general, cuenta con el principio de inmunidad soberana constitucional.

3.2.1. Estructura y funcionamiento del sistema de salud estadounidense

El sistema de salud estadounidense se ha desarrollado bajo la prestación de los servicios de salud por entidades públicas y privadas, a lo cuales el paciente accederá dependiendo principalmente de su capacidad económica, del grado de cobertura de su seguro médico, o de los programas sociales asistenciales a los que pertenezca. Así, éste será atendido en hospitales privados que funcionan como organizaciones con ánimo de lucro, y resultan ser los más comunes en este país; o, por el contrario, será atendido en hospitales públicos que pueden ser financiados por entes gubernamentales y federales o por organizaciones sin ánimo de lucro.

En el sistema de salud de los Estados Unidos como en cualquier otro campo, se ofrece un servicio a consumidores a determinado precio, donde los intervinientes de esta operación

se pueden categorizar como: reguladores y encargados de realizar las políticas, proveedores (providers), pagadores, abastecedores (suppliers) y consumidores; categorías que se pueden sobreponer y pueden recaer sobre un mismo sujeto.

Al momento de hacer uso del sistema de salud en Estados Unidos, los usuarios y los proveedores (entiéndase hospitales) desconocen el costo del servicio per se, pues al no tener esto estandarizado varía de un paciente a otro, dependiendo del tipo de seguro que posea o si en su defecto no posee ninguno. Los seguros determinarán luego el monto a reconocer de conformidad con los acuerdos firmados con los proveedores, suma que siempre corresponde a un valor menor del costo total detallado, y al usuario se le envía una factura con la parte que le corresponde pagar según su cobertura financiera, bajo la figura de deducibles, copagos, u otros gastos directos de bolsillo.¹⁹⁶

Lo anterior es así, aún en el caso de los hospitales de propiedad estatal, ya que en este país norteamericano no existe en ninguna categoría de hospitales a los que se acceda sin pagar, pues incluso una persona sin seguro debe recurrir a las llamadas clínicas comunitarias que brindan primer y segundo nivel de atención, y pagar de su bolsillo honorarios basados en su escala de ingresos.¹⁹⁷

Como todo país, los Estados Unidos cuentan con un sistema de salud producto de años de maduración y cambios, lo cual no siempre han significado una mejoría para mismo, toda vez que cuenta con una variedad de deficiencias, donde uno de sus mayores problemas

¹⁹⁶ Iriart, Celia. (2016). El sistema de salud de los estados unidos: mitos y realidades (Parte I). *Saúde em Redes*. 2. 07-21. 10.18310/2446-4813.2016v2n1p07-21. Pp.
https://www.researchgate.net/publication/303533007_EL_SISTEMA_DE_SALUD_DE_LOS_ESTADOS_UNIDOS_MITOS_Y_REALIDADES_PARTE_I

¹⁹⁷ Ob. Cit.

es el gran número de personas que aún persiste sin seguro médico y no puede acceder a estos servicios, a pesar de ser uno de los países que más invierte per cápita en salud.¹⁹⁸

Entrado el período de las posguerras mundiales, el sistema de salud se tornó un problema incisivo en la política norteamericana sufriendo cambios sustanciales, pues se intenta conceder un seguro de salud asequible en medio del aumento de los costos de la atención médica. Durante el gobierno del presidente Johnson en 1965, el seguro basado en el empleador se convirtió en la forma estándar de seguro médico privado en Estados Unidos junto con programas financiados por el gobierno. Los programas de salud estatales fueron creados para extender la cobertura de seguro médico a aquellas personas que no podían costearlo. *Medicare* fue visto como una adición al Seguro Social ya existente destinado a los ancianos, mientras que *Medicaid* fue una adición al *Welfare programs* o los “programas de bienestar” para aquellas personas de escasos recursos económicos, brindando a millones de estadounidenses la oportunidad de estar asegurados.¹⁹⁹

Esto llevó a que el sistema de salud estadounidense alcanzara una paradoja, ya que no cubría a todos, pero proporcionó suficiente cobertura, a tal punto que los que recibieron sus beneficios se resistían a un cambio y contribuyeron de igual manera al gasto fiscal excesivo.²⁰⁰

Años después, durante la primera administración del presidente Obama, el Congreso de los Estados Unidos aprueba en el 2010 la ley denominada *Patient Protection and Affordable*

¹⁹⁸ Barton, Phoebe Lindsey. 2007. *Understanding the U.S. Health Services System*. Vol. 3rd ed. Chicago: Health Administration Press.p. 5. https://www.researchgate.net/profile/Thomas-Murray-18/publication/348236127_Thomas_Murray_Contesting_Economic_and_Social_Rights_in_Ireland_Upload_Proof/links/5ff48f49a6fdccdcb8337977/Thomas-Murray-Contesting-Economic-and-Social-Rights-in-Ireland-Upload-Proof.pdf#page=336

¹⁹⁹ Dalglish, Parker A. "The US healthcare system: finding a model of quality and cost-effectiveness". Tesis , Baylor University, Texas, 2016. https://baylor-ir.tdl.org/bitstream/handle/2104/9689/parker_dalglish_honorsthesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁰⁰ Ob. Cit

Care Act (ACA), denominada comúnmente como el “Obama care” cuyo objetivo central es que la mayor parte de la población residente documentada de esta nación, cuente con alguna cobertura financiera para afrontar gastos médicos y atención en salud de manera accesibles, sin embargo, impulsa que la mayoría de la población obtenga esta cobertura financiera vía seguro médico, los cuales son mayoritariamente provistos o administrados por empresas privadas.

La ley estaba originalmente basada en tres pilares esenciales: (i) La expansión del programa Medicaid en cada uno de los Estados para cubrir a los adultos sin hijos menores. (ii) la obligatoriedad de los empleadores con más de 50 empleados de tiempo completo de ofrecer seguro médico (iii) El mandato individual, para lo cual se estableció un mercado de seguros privados, en el cual las personas que requerían comprar sus seguros de manera individual o colectiva.²⁰¹

Una vez la entrada en vigor el ACA, se notó un drástico aumento en la cantidad de personas aseguradas a salud en este país. En palabras del exmandatario Obama, la tasa de no asegurados disminuyó en un 43% en los primeros cinco años de aplicación, pues del 16,0% que se encontraba en 2010, se redujo al 9,1% en 2015, y la mayoría de estas afiliaciones se produjeron después de que las principales disposiciones de cobertura de la ley entraran en vigor en 2014 está mejorando el acceso al tratamiento, la seguridad financiera y la salud de los nuevos asegurados, y también ha optimizado ampliamente la cobertura del seguro médico para las personas que ya lo tenían.²⁰²

²⁰¹ Iriart, Celia. (2016) El Sistema de salud de los Estados Unidos: Mitos y Realidades (Parte I). *Saúde em Redes*. 2. 07-21. 10.18310/2446-4813.2016v2n1p07-21. Pp. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/303533007_EL_SISTEMA_DE_SALUD_DE_LOS_ESTADOS_UNIDOS_MITOS_Y_REALIDADES_PARTE_I

²⁰² Obama, Barack. (2016) United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. *JAMA*. 2016;316(5):525–532. doi:10.1001/jama.2016.9797 Disponible en: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2533698?appId=scweb>

En contraste de lo antes mencionado, después de la introducción del *Aforable Care Act* (ACA), se espera que la cobertura del seguro médico se amplíe alcanzando a más de 30 millones de personas, empero, un efecto contiguo que se advirtió asociado a esta ley fue la desmejora en ciertos aspectos de la prestación del servicio sanitario, como por ejemplo tiempos de espera más prolongados para las citas, lo que sugiere que persisten los desafíos en el acceso a la atención, y se espera que con la adición de millones de nuevos asegurados al sistema de salud en los años venideros, traiga consigo efectos profundos en los médicos que trabajan en la primera línea del sistema de salud y la industria de seguros.²⁰³

Lo anterior trae consigo inevitablemente múltiples casos de responsabilidad, pues a mayor número de pacientes a cargo incrementa el riesgo de que ocurra un siniestro, pues los proveedores salud y los médicos puede que no sigan, por diversos factores, el nivel de atención apropiado para una situación provocando una negligencia, lo cual es el eje central de los conflictos por responsabilidad por mal praxis médica.

3.2.2. Responsabilidad civil por mala praxis médica en los Estados Unidos

Debido a la estructura federal con la que cuenta el país norteamericano, las leyes y competencia para tratar el tema de la mala praxis médica, tradicionalmente han sido de las autoridades estatales en vez del gobierno federal, siendo establecidas en mayor medida a través de la jurisprudencia de cada estado. Los tribunales federales por su parte desempeñan un papel menos importante que los tribunales estatales, pues como autoridad federal en el tema de mala praxis médica, se limita a los casos presentados en virtud de la Ley Federal de Reclamaciones por Daños y Perjuicios (*Federal Tort Claim Act*), en los casos que involucran

²⁰³ Miller, Sara y Wherry, Laura R. "Health and Access to Care During the First 2 Years of the ACA Medicaid Expansions," *The New England Journal of Medicine*, (201) 947-956. DOI: 10.1056/NEJMsa1612890

a ciudadanos de diferentes estados donde las pretensiones superen los setenta y cinco mil dólares. Empero, estos tribunales han desempeñado un papel destacado en aquellas decisiones de alto impacto creando precedentes, lo cual ha provocado cambios en las políticas de atención sanitaria.²⁰⁴

A fin de obtener una compensación monetaria por lesiones relacionadas con la negligencia médica, el paciente lesionado o su familia, deben interponer la acción civil correspondiente dentro del término de ley, el cual se debe anotar que varía de estado a estado, a fin de que no ocurra el fenómeno de la prescripción²⁰⁵. Una vez incoada la acción, recae sobre el demandante el deber probar que la lesión sufrida fue producto de una atención médica deficiente, y de ser esto demostrado le corresponde a la corte estatal determinar el monto a pagar por concepto de indemnización proporcionales daños pecuniarios sufridos, tales como daño emergente, costas médicas presentes y futuras, lucro cesante y daños morales. Debido a lo anterior, generalmente los médicos que ejercen su profesión en los Estados Unidos suscriben seguros de negligencia médica para protegerse en caso de cometer agravios o lesiones no intencionales, y en algunos casos, este seguro es exigido por los hospitales (proveedores de salud) como requisito para emplear al médico o para que este obtenga beneficios.²⁰⁶

En este país, las demandas contra médicos y hospitales por mala praxis constituyen un pequeño porcentaje dentro de todos los litigios civiles que se adelantan en este, pero suelen

²⁰⁴ Oliphant, Ken, y Richard W. Wright. . *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*. De Gruyter. Berlin.2013. Pp.474. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMsa1612890>

²⁰⁵ De conformidad con la NCSL, *National Conference Of State Legislatures*, el término promedio de prescripción de la acción de responsabilidad civil por mala praxis médica oscila entre los dos años y los cinco años desde la ocurrencia del hecho o su descubrimiento. Términos que varía dependiendo del Estado en que se cometió la falta. Disponible en: <https://www.ncsl.org/research/financial-services-and-commerce/medical-liability-malpractice-statutes-of-limitation.aspx>

²⁰⁶ Bal, B Sonny. "An introduction to medical malpractice in the United States." *Clinical orthopaedics and related research* vol. 467,2 (2009): 339-47. Doi:10.1007/s11999-008-0636-2. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/>

tener veredictos potencialmente exitosos para sus demandantes, en parte porque a menudo implican muerte o lesiones permanentes de los pacientes. Pese a ello, suele ser tremendamente difícil llevar a los tribunales un litigio sobre mala praxis médica, debido que la mayoría de las ocasiones el valor de la fase de juicio para el demandante sobrepasa la suma de los cien mil dólares, pues se requiere contratar a peritos expertos para intervenir en extensas declaraciones y descubrimientos de material probatorio a lo largo del proceso judicial²⁰⁷, toda vez que en todos los estados de Estados, la carga de la prueba recae sobre el demandante a lo largo del litigio, y deben demostrar que es más probable de que se materialice el daño a que este no ocurra.²⁰⁸

La mala praxis médica en Estados Unidos se reclama normalmente siguiendo los lineamientos del *General Tort Claim Act*, o “Ley de agravios” demandando la negligencia del galeno o equipo médico tratante en los tribunales estatales. Para que una demanda basada en los *torts* sea favorable, el demandante debe probar la negligencia y que su proveedor de salud falló en el deber de cuidado. Así las cosas, es de menester que el accionante establezca los cuatro elementos constitutivos de la responsabilidad que corresponden a: (i) El deber. Que implica la existencia de una relación médico- paciente la cual origina la obligación del debido cuidado en cabeza del profesional de la salud; (ii) la falla en su ejercicio; (iii) la causa próxima, que se puede entender en nuestro sistema como el “nexo causal”, y por último (iv) el daño, el cual se subdivide en aquellos perjuicios económicos y morales,²⁰⁹ los cuales son

²⁰⁷ Davis, Alex. C. (2012) *The Impact of the Affordable Care Act on Medical Malpractice Litigation* Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2048561>

²⁰⁸ Oliphant, Ken y Wright, Richard W. (2013). *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*. Tort and Insurance Law. Berlin: De Gruyter. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.es/&httpsredir=1&article=3829&context=ccklawreview>

²⁰⁹ Ob. Cit.

inmensamente similares a los elementos constitutivos de la responsabilidad médica en Colombia.

Cabe señalar que en este país al momento de interponer la acción civil, el demandante tiene la opción de escoger contra quién la va a incoar, es decir si demanda al médico como persona natural, al hospital como institución prestadora o ambos, siendo esta última la menos común pero aún así posible según la doctrina del *vicarious liability* o responsabilidad subsidiaria. Esta doctrina, es el núcleo de todos los sistemas del *common law* en materia de responsabilidad extracontractual y como tal no representa un daño, sino una regla de responsabilidad que hace que el demandado resulte responsable de los agravios cometidos por otro, toda vez que esta se fundamenta no por su propio acto ilícito, sino por su relación con el causante, siendo el ejemplo clásico el empleador que es estrictamente responsable de los agravios de sus empleados, siempre que hayan sido cometidos en el curso de la contratación.²¹⁰

En los casos de responsabilidad médica por mal praxis, el sistema jurídico tiene como punto central el conocer si el médico es personalmente responsable por negligencia, o si alguna otra persona o entidad (por ejemplo, un compañero, un grupo de práctica médica o un hospital) puede ser considerada como responsable de manera solidaria por ese mismo acto. Bajo la ley estadounidense de mala praxis médica, la regla general que se predica es responsabilidad individual y la responsabilidad subsidiaria de la empresa a veces proporciona un remedio adicional. Esto no es sorprendente porque, en los Estados Unidos, un individuo

²¹⁰ Giliker, Paula. (2010). *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 1-20. https://www.researchgate.net/profile/Paula-Giliker/publication/272264532_Vicarious_Liability_or_Liability_for_the_Acts_of_Others_in_Tort_A_Comparative_Perspective/links/5f9197458515a357b3ee0b/Vicarious-Liability-or-Liability-for-the-Acts-of-Others-in-Tort-A-Comparative-Perspective.pdf

que comete un agravio rara vez escapa a la responsabilidad de un tercero, razón por la cual generalmente los médicos cuentan con un seguro de mala praxis médica que puede solventar un fallo o un acuerdo cuando ocurren este tipo de siniestros.²¹¹

2.2.3. La responsabilidad estatal de los Estados Unidos en casos de Mala praxis médica.

En Estados Unidos existen alrededor de cinco mil hospitales, los cuales, dependiendo de sus ubicaciones, especificidades, instrumentos y demás pueden variar su clasificación, de los cuales, aproximadamente existen unos doscientos que son operados por el gobierno federal de los Estados Unidos, brindando sus servicios médicos a un sector específicos de la población tal como lo son los miembros activos de las fuerzas militares y veteranos. La supervisión de estos hospitales se encuentra en cabeza del departamento de defensa, del departamento de salud y de la Administración de Veteranos de salud.²¹²

Es de incisisva importancia conocer esta distinción, pues dependiendo de la naturaleza del prestador del servicio de salud, así mismo se elegirá bajo qué ley aplicable interponer la demanda correspondiente por mal praxis médica, en razón a que cuando el hospital en donde se prestó el servicio es de financiación pública o el médico que intervino tiene un vínculo laboral directamente con el Estado, las reglas para la realizar las reclamaciones variarán.

Históricamente Estados Unidos ha protegido al gobierno federal y estatal, junto con sus empleados, de ser demandados por parte de civiles bajo la premisa de “Inmunidad soberana” establecida en la undécima enmienda constitucional de ese país. No obstante, a fin de flexibilizar un poco el contenido estricto de esa regla se desarrolla el llamado *Federal tort*

²¹¹ Johnson, Vincent R. (2020), *The Importance of Doctor Liability in Medical Malpractice Law: China Versus the United States*, 10 ST. Mary's Journal On Legal Malpractice & Ethics 2. Pp. 24-28 Disponible en: <https://commons.stmarytx.edu/lmej/vol10/iss1/5>

²¹² Liu JB, Kelz RR (2018) *Types of Hospitals in the United States*. *JAMA*. 2018;320(10):1074. doi:10.1001/jama.2018.9471 Disponible en: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2702148>

claim act (FTCA por sus siglas en inglés) o “Ley Federal de Reclamaciones por Daños”, que permite que el gobierno sea demandado por los perjuicios causados en ejercicio de su actividad por los agravios de sus empleados; sin embargo, compromete en gran manera los dineros del gobierno federal, razón por la cual, en un intento de mitigar estos posibles efectos negativos que esta puerta pueda traer, la FTCA limita las circunstancias en que un demandante puede entablar una acción civil contra los Estados Unidos.²¹³

A manera de ejemplo, las cortes estadounidenses han determinado que, dentro del entorno de los hospitales federales, los enfermeros anestesistas certificados que trabajan en estas entidades no gozan de discreción independiente al momento de suministrar una anestesia, sino que son controlados y supervisados por el médico cirujano y anestesiólogo que trabajan para el gobierno federal, razón por la cual se les considera “empleados” o servidores públicos y les aplica el FTCA. Contraria es la situación de los médicos que laboran en estos hospitales, pues normalmente los califican como contratistas independientes debido al margen de discrecionalidad que manejan, por lo que las reclamaciones de agravios causadas por estos serán a título personal.

Otro ejemplo práctico de la ejecución del FTCA son los casos de responsabilidad médica en aquellos hospitales militares operados por el Departamento de Defensa estadounidense, el cual emplea a personal médico para atender a sus militares activos, militares retirados y su círculo familiar. Si alguno de estos en calidad de pacientes resultase afectado por cualquiera falla médica cometida por dichos prestadores de salud podrá demandar al estado federal.

²¹³ Lewis, M, K. (2019) *The Federal Tort Claims Act (FTCA): A Legal Overview*. (Reporte R45732) Congressional Research Service. Recuperado de: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45732.pdf>

Dependiendo de las circunstancias, las víctimas que, no siendo militares, sufran un perjuicio a causa de negligencia médica militar (tales como los militares jubilados, cónyuges e hijos de militares) podrían demandar a los Estados Unidos bajo la regulación del *Federal Tort Claim*. No obstante, la ley del FTCA en su Título 28, Capítulo 171, establece que la persona afectada primero presente una reclamación ante el organismo responsable dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se tenga conocimiento de los hechos que justifican su lesión y su causa, para determinar si se puede resolver el asunto en una especie de conciliación, donde la agencia federal que causó el daño pague una compensación económica o incluso brinde una especie de resarcimiento con beneficios de por vida.²¹⁴

Ahora, si bien es cierto que el FTCA permite que se pueda demandar por agravios al gobierno federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que en ciertos escenarios persiste la “inmunidad soberana”, tal y como sucede en los casos de militares activos que resulten lesionados en ejercicio de sus funciones y sufran un perjuicio a causa de una negligencia de un médico militar. En esta situación, el afectado se puede encontrar obstáculos significativos si intenta demandar a los Estados Unidos pues según el alto Tribunal, “*las demandas interpuestas por miembros del servicio contra el Gobierno por lesiones sufridas en un incidente de servicio*”²¹⁵ ocasionarían que “el poder judicial se viera envuelto en asuntos militares delicados a expensas de la disciplina y la eficacia militares.” Esta excepción a la responsabilidad se conoce como la doctrina *Feres*, después de la decisión de la Corte Suprema de 1950 que primero articuló la regla. Sin embargo, los militares lesionados o sus familias también pueden obtener una indemnización por otras vías. Por

²¹⁴ Mendez, B. Lewis, K. (2021) *Military Medical Malpractice and the Feres Doctrine* (Reporte IF11102) Congressional Research Service. Recuperado de: <https://sgp.fas.org/crs/misc/IF11102.pdf>

²¹⁵ United States Supreme Court of Justice (1950) *Feres v. United States*, 340 U.S. 135

ejemplo, el Seguro de Vida de Grupo (SGLI), administrado por el Departamento de Veteranos.²¹⁶

3.2.4 Las reclamaciones e indemnizaciones por responsabilidad médica en Estados Unidos

Debido al riesgo intrínseco que implica ejercer en el campo médico, en los Estados Unidos se ha desarrollado un fortalecimiento en la industria de los seguros profesionales, específicamente en el campo médico donde se busca proteger a los médicos u otros profesionales del área de la salud de la responsabilidad en casos asociados con lesiones corporales de sus pacientes, gastos médicos, daño e incluso algunos cubren costos legales que implica su defensa.²¹⁷ Si bien, no es obligatorio a nivel nacional que todos los médicos contraten una póliza de seguro de responsabilidad profesional, resulta ser una práctica cada vez más común, aunque sí existen Estados federados cuyos profesionales deben contar con estos de manera obligatoria para poder ejercer en el campo médico y exigen un monto mínimo de seguro tales como Colorado, New Jersey, Kansas, Conneticut, Massachuusets, Wisconsin.²¹⁸

La ley de mala praxis médica que se encuentra en el ACA es un vehículo para compensar a los pacientes por lesiones relacionadas con la negligencia médica en la prestación de atención. Los pacientes pueden solicitar una compensación monetaria dentro del plazo de prescripción en los casos en que una lesión es el resultado de una atención

²¹⁶ Ob.cit.

²¹⁷ NAIC National Association of Insurance Commissioners, “Medical malpractice insurance” https://content.naic.org/cipr_topics/topic_medical_malpractice_insurance.htm

²¹⁸ Gallagher Healthcare (2017) “Going Bare - Are Doctors Required to Have Malpractice Insurance?” Gallagher <https://www.gallaghermalpractice.com/blog/post/going-bare-are-doctors-required-to-have-malpractice-insurance>

deficiente de acuerdo con las normas estatales que rigen la recuperación de agravios. La mala práctica médica sirve en general para proteger adecuadamente a aquellos pacientes para los que se ha producido un daño genuino después de una acción o inacción por parte del médico durante el proceso de atención.

De las modificaciones del tort claim act que vinieron con el ACA., el impacto más directo propiciado por esa ley está en el artículo 10607, donde se establece que el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos proporcionaría inicialmente cincuenta millones de dólares en los primeros cinco años, para programas estatales que exploren alternativas a la actual ley de responsabilidad civil de mala práctica médica. El dinero se pondrá a disposición en subvenciones estatales durante el período señalado, para un Estado ser beneficiario debe desarrollar una alternativa a los litigios que permitan la resolución de disputas sobre lesiones causadas por proveedores sanitarios u organizaciones de atención de ese tipo, y promueva la reducción de fallas médicas fomentando se recopilen y analicen datos sobre la seguridad de los pacientes relacionados con pleitos por las organizaciones dedicadas a mejorar la seguridad de los pacientes y la calidad de la atención sanitaria”²¹⁹

De otra parte, también pretende "mejorar el acceso al seguro de responsabilidad civil" y mostrar a las pacientes alternativas que no sea la presentación de demandas, los cuales pueden ser financiados con dinero público o privado, o una combinación de ambos Este esfuerzo para explorar alternativas al sistema de responsabilidad civil podría suministrar información valiosa a futuro²²⁰

²¹⁹ United States, Legislative Counsel. *Compilation of Patient Protection and Affordable Care Act : as Amended through May 1, 2010 Including Patient Protection and Affordable Care Act Health-Related Portions of the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*. Washington: U.S. Government Printing Office, (Mayo, 2010) § Sección 10607. 399V-4. State demonstration programs to evaluate alternatives to current medical tort litigation. Pp. 915-917. <https://www.hhs.gov/sites/default/files/ppacacon.pdf>

²²⁰ Davis, Alex C., *The Impact of the Affordable Care Act on Medical Malpractice Litigation* (Abril 30, 2012) p. 6. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2048561> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2048561>

En este fenómeno de las reclamaciones médicas en Estados Unidos, se debe analizar la incidencia del incremento de las Pólizas de seguros profesionales por mala praxis junto con la normativa del ACA, respecto del impacto en el número de reclamaciones pagadas. De acuerdo con información del National Practitioner Data Bank perteneciente al Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE. UU., para el año 2020 alrededor de 9.200 reclamaciones a causa de mal praxis médica fueron pagadas en nombre de los médicos como sujetos individuales y de proveedores de salud, los cuales representan una suma de tres mil setecientos millones de dólares. Sin embargo, las tendencias recientes muestran una disminución del número de reclamaciones pagadas a lo largo de las últimas dos décadas, pues de 19.794 en 2001, a 12.152 en 2012, a 9,295 en el año 2020 en todos los estados.

CAPÍTULO IV: MÉTODOS INDEMNIZATORIOS ALTERNATIVOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN COLOMBIA BASADOS EN LOS MODELOS FRANCÉS Y NORTEAMERICANO.

Como bien se mencionó en el apartado anterior, tanto Francia como Estados Unidos cuentan con sistemas alternativos indemnizatorios a los conocidos en Colombia a la hora de remediar los daños causados por fallas de sus respectivos servicios médicos hospitalarios, ya sea que su prestación se encuentre a cargo de entidades públicas o privadas. Mecanismos alternativos que vale la pena resaltar para ser tomados como inspiración en el ámbito nacional.

4.1. Aporte del Modelo Francés

En Francia, así como varios países de Europa, se observa una gran relevancia a los derechos sociales en donde el Estado realiza y asume grandes prestaciones en pro de alcanzar un buen nivel de calidad de vida a sus ciudadanos, materializándolo mediante su implementación como política estatal. Lo anterior supone a su vez, una acción aguda del Estado a través de la expedición de reglamentaciones muy precisas para la satisfacción de necesidades sociales o la creación de un servicio público especializado que le permita al Estado hacerse cargo de la satisfacción de necesidades colectivas como lo es la salud.²²¹

Debido a las cargas públicas que asume el Estado Francés, este ha desarrollado principios para que los mismos ciudadanos coparticipen en su financiamiento tales como el principio de la Solidaridad Nacional el cual integra a su vez un conjunto de derechos y

²²¹ López Daza, Germán. "Los Derechos Sociales En Alemania, Italia, España Y Francia." *Criterio Jurídico* 12 no. 1 (2012). <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/582>

responsabilidades mutuos entre el Estado, las personas, instituciones y todas las partes interesadas.

Ahora bien, es apenas lógico que en la ejecución de ese encargo de prestaciones y derechos sociales, la administración cometa de manera esporádica fallas relevantes en su actuar, por lo que bajo el principio mencionado desarrollaron vía legal un sistema de compensación en ciertos casos de responsabilidad médica, sistema que a su vez se compone de un entramado institucional al cual pueden acudir los pacientes que se consideren víctimas de perjuicios a causa de accidentes médicos con el fin de obtener una reparación de la manera más fácil, expedita y justa posible.

Por un lado, se cuenta con los fondos de compensación nacional, fundamentados en el régimen de responsabilidad sin culpa bajo el principio legal de “repartición de riesgos y su consecuente distribución de cargas indemnizatorias, logra indemnizar grupos homogéneos de víctimas de ciertos hechos sin necesidad de acudir a instancias judiciales.

Por su parte, el entramado administrativo a cargo del Ministerio de Salud, también cuenta con favorables, pues el reporte de actividades de la ONIAM y las CCI para el año 2016 manifestaron que las compensaciones pagadas en 2016 ascendieron a 103,14 millones de euros, un descenso del 1% con respecto a 2015. La indemnización por accidentes médicos aumentó un 3,5% en 2016. Por su parte el reporte de actividades en estas instituciones para el 2020, señalaron que las CCI recibieron 4.500 reclamaciones de indemnización y se emitieron 3.700 avisos, logrando que alrededor de 1.050 víctimas fueran indemnizadas tras un procedimiento amistoso y libre ante las CCI. También se dio un aumento en el monto promedio de la indemnización extrajudicial para las víctimas de accidentes médicos,

ascendió a 125.000 € frente a 114.000 € en 2019. En 2020, 5 víctimas de accidentes médicos recibieron una indemnización por un importe superior a 1 millón de euros.²²²

Además, se reportó una tasa de aceptación alta de ofertas realizadas para víctimas de accidentes médicos: el año pasado, se aceptaron el 98% de las ofertas de ONIAM. Además del proceso amistoso de reclamaciones de indemnización ante las ICC, el número de litigios ante los tribunales relacionados con accidentes médicos se ha reducido en casi un 10%²²³, los cuales son datos de vital importancia para el presente escrito puesto que plasma que los mecanismos indemnizatorios alternativos son bien aceptados por los ciudadanos y generan un impacto en temas de descongestión judicial.

4.2. Aporte del Modelo Norteamericano

En los Estados Unidos de América la salud, como muchos de los servicios básicos esenciales, se encuentran en su mayoría privatizados y se accede a estos a través de seguros médicos. Sin embargo, para garantizarle una atención adecuada a todos los ciudadanos, incluyendo aquellos que por sus propios medios no pusiesen costearlo, se requiere una intervención del Estado a nivel federal o estatal.

El ordenamiento jurídico norteamericano estableció desde la década del sesenta, vía legislación, que el gobierno tenía el deber social de proveer atención médica a los adultos mayores creando el programa “Medicare”. Posteriormente, a mediados de los años noventa

²²² ONIAM, L’Office National d’Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales “*Reporte de actividades 2020*” <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>

²²³ *Ibidem*.

dichas coberturas se extendieron al asegurar a los menores y familias en condición de vulnerabilidad económica.²²⁴

Con el paso del tiempo se han desarrollado múltiples políticas que buscan ensanchar los planes de salud existentes buscando beneficiar un mayor número de personas siendo uno de las más relevantes la política del Affordable Care Act- ACA también llamada “Obamacare”, la cual a pesar de buscar una mejoría con su política de mayor número de asegurados, igualmente causó un súbito crecimiento en la demanda de servicios de salud, incrementando sustancialmente el riesgo de que los profesionales de la salud cometan malas praxis médicas.

Los casos de negligencia médica se dan en la media que los proveedores sanitarios no cumplen con los protocolos de cuidado apropiados para una determinada circunstancia y el similar cuidado que otro proveedor pudo haber prestado. El tema principal en un caso de negligencia médica es la incuria del galeno. Errores como dejar utensilios quirúrgicos al interior del cuerpo de los pacientes, diagnosticar incorrectamente, o cuando se permite la muerte por negligencia hacen parte de este tema.²²⁵

En la mayoría de los casos, cuando hay negligencia médica se estructura como acción civil de reclamación bajo la figura jurídica de los *Torts*, donde lo que se persigue es el compensar a la víctima, habitualmente desconociendo la sanción del responsable. Estos casos tienen como finalidad lograr apoyo financiero para costos médicos, la pérdida de ingresos, el

²²⁴ Holtzman, Jessica N. MD; Schwartzstein, Richard M. MD “Health Care in the United States: Individual Right or Government Duty?”, *Academic Medicine*: June 2020 – Vol. 95 - Issue 6 - p 868-871 doi: 10.1097/ACM.0000000000002986 Disponible en: https://journals.lww.com/academicmedicine/fulltext/2020/06000/health_care_in_the_united_states__individual_right.30.aspx

²²⁵ WKW, Wilson Kehoe Wininghan, 2020, “When Medical Malpractice Becomes Criminal”, <https://www.wkw.com/indianapolis-medical-malpractice-lawyers/blog/medical-malpractice-become-criminal/>

dolor, el sufrimiento y la discapacidad y desconocen la sanción punitiva para el responsable.²²⁶

En ese sentido, se entiende que acusar o condenar a un médico cuando se produce un error médico, no es muy usual, porque estos casos no acostumbran a manejarse penalmente. Se exigen circunstancias extremas para que un homicidio culposo o situación de mala praxis médica se transfiera en una causa penal, porque en múltiples ocasiones respecto a la muerte de un paciente. Por tanto, el surtidor de atención médica debe actuar grave y negligentemente, incompetente o indiferente a la atención del paciente. Por ende, además de cometer un error, los médicos que son responsables penalmente por negligencia deben ignorar información relevante que expone la vida de un paciente, presentarse al trabajo en estado de embriaguez, bajo los efectos de sustancias alucinógenas, intoxicado o incapaz de realizar su trabajo, abusando de los pacientes o realizando actividades ilegales mientras trabaja. Los casos penales los tramitan fiscales que trabajan en nombre de las víctimas y del Estado, con el fin de castigar incluso privar de su libertad a los implicados²²⁷

Se indica de cómo las reglas de responsabilidad médica pueden llegar a afectar la prestación del servicio: Se dice que, en el servicio médico asistencial, el uso excesivo e insuficiente de tratamientos médicos da lugar a desviaciones peligrosas del equilibrio óptimo del servicio. Uno de los factores que las puede determinar es la responsabilidad médica desde la óptica legal, pues las normas que las regulan pueden afectar la escogencia de tratamientos médicos y, a veces, la selección de los pacientes a quienes se les aplican. Un sistema eficaz de responsabilidad médica busca incentivar la adopción de un nivel óptimo de precaución y

²²⁶ ob.cit.

²²⁷ ob.cit.

compensación a los pacientes lesionados, de donde su objetivo, no es la eliminación de los errores médicos del sistema, sino de aquellos donde el costo de la prevención es menor que el beneficio de la lesión.²²⁸

La misma publicación relata que hay dos normas principales de responsabilidad médica relativas a errores y resolución de las reclamaciones conexas. En la primera regla, o “regla de negligencia”, los proveedores responden si no pueden probar que cumplieron las normas adoptadas en su especialidad. En la regla de “estricta responsabilidad objetiva”, los proveedores responden si no pueden demostrar la usencia del nexo entre sus actividades y un evento adverso en el paciente.²²⁹

Tal y como se mencionó en el capítulo tercero de este escrito, en los diferentes estados de los Estados Unidos se ha venido desarrollado un fortalecimiento se los sistemas asegurativos frente a responsabilidades profesionales, especialmente en el campo médico debido al riesgo de práctica en esta profesión. Así mismo desde el gobierno federal con el ACA se ha incentivado a la búsqueda de alternativas al sistema de responsabilidad civil por mala praxis médica.

En atención a ambos fenómenos se observan resultados positivos que se reflejan igualmente en las cifras de casa uno de los estados, pues al aumentar el número de Pólizas de seguros profesionales por mala praxis adquiridas disminuyen proporcionalmente el número de reclamaciones pagadas, como por ejemplo en Texas, un Estado cuya legislación per se no requiere que los galenos se encuentren asegurados al momento de ejercer, para el

²²⁸ Bertoli, Paola., Grembi, Veronica. 2017. "Medical Malpractice: How legal liability affects medical decisions," *Health, Econometrics and Data Group (HEDG) Working Papers* 17/14, HEDG, c/o Department of Economics, University of York. Disponible en <https://www.york.ac.uk/media/economics/documents/hedg/workingpapers/1714.pdf>

²²⁹ Ob.cit.

año 2013 el valor de las compensaciones se había disminuido dos tercios y las primas de los seguros de responsabilidad profesional se redujeron en un veinticinco por ciento, tal y como lo ilustra la siguiente tabla.²³⁰

Malpractice Payments on Behalf of Texas Doctors, 1991-2008

Year	Number of Payments	Average	Total Value
1991	964	\$162,171	\$156,333,350
1992	1,009	\$180,878	\$182,505,550
1993	978	\$154,024	\$150,635,600
1994	1,038	\$148,065	\$153,691,050
1995	996	\$146,829	\$146,241,800
1996	1,061	\$185,438	\$196,750,050
1997	861	\$165,057	\$142,114,250
1998	920	\$177,635	\$163,423,800
1999	973	\$206,184	\$200,616,600
2000	1,080	\$188,660	\$203,752,350
2001	1,131	\$270,733	\$306,198,550
2002	1,041	\$221,966	\$231,066,300
2003	1,067	\$224,652	\$239,703,200
2004	1,077	\$233,858	\$251,865,300
2005	1,017	\$182,953	\$186,063,000
2006	628	\$169,884	\$106,687,250
2007	538	\$162,265	\$87,298,750
2008	464	\$170,362	\$79,048,000

Source: National Practitioner Data Bank

Tabla No. 3 Fuente: De Montalvo Jääskeläinen, Federico. 2013. P.86, "La reforma de la responsabilidad médica en Estados Unidos". *Revista De Derecho Y Salud* 23 (2): 86. http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol23n2_03_Estudio.pdf

De los montos antes señalados, se aclara que para el National Practitioner Data Bank, estas sumas corresponden al desembolso monetario producto de un acuerdo, conciliación o fallo de una reclamación que exija un pago basado en la prestación de servicios de atención de la salud por parte de un médico, dentista u otro profesional sanitario autorizado, o por la falla en la prestación de dichos servicios, y podrá incluir, entre otras cosas, la presentación de una demanda, basada en la ley del agravio (Tort Claims Acts) , ante cualquier tribunal estatal o federal u otro órgano judicial.²³¹

²³⁰ De Montalvo Jääskeläinen, Federico. 2013. "La reforma de la responsabilidad médica en Estados Unidos". *Revista De Derecho Y Salud* 23 (2): 86. http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol23n2_03_Estudio.pdf

²³¹ Medical malpractice payment - a monetary exchange as a result of a settlement or judgment of a written complaint or claim demanding payment based on a physician's, dentist's, or other licensed health care practitioner's provision of or failure to provide health care services, and may include, but is not limited to, the filing of a cause of action, based on the law of tort, brought in any State or Federal Court or other adjudicative body. De acuerdo con el glosario del National Practitioner Data Bank, Disponible en: <https://www.npdb.hrsa.gov/analysis/tool/>

Por tales motivos se resalta como una contribución de ideas de parte del sistema norteamericano, la implementación de mecanismos alternativos respecto de la responsabilidad médica, pues esta puede llegar a ser soportada en un gran porcentaje por compañías aseguradoras cuando de responsabilidad profesional se trate, desincentivando el recurrir a la vía judicial como una forma de solucionar el conflicto y optando por medios más expeditos como los arreglos o conciliaciones.

4.3 Reseña del régimen indemnizatorio colombiano

En Colombia se ha desarrollado la jurisprudencia a la par del sistema español respecto a las teorías de las cargas dinámicas de la prueba, considerando el nexo causal y las teorías de inversión de la prueba. Se hace hincapié en la importancia del consentimiento informado que considere el nexo médico-paciente soportado en el respeto por la autonomía del individuo y la dignidad humana, las particularidades y utilidades de la historia clínica, la forma de llenarla y su utilidad incluso para la formación médica y las aclaraciones jurisprudenciales sobre el alcance de su reserva con las excepciones legales y la responsabilidad de resultado en las cirugía plástica y estética.²³²

No obstante los avances tecnológicos, en especial en el campo médico donde se optimizan procedimientos y se procura que la labor del médico y su equipo sea más certera, los eventos dañosos siguen presentándose en los hospitales y centros de salud del Estado y dan cuenta de otra realidad: falta de insumos y de personal, carencia de estabilidad laboral, reducción de honorarios, falta de pericia en los procedimientos, descuido y negligencia en la

²³² Ambito jurídico (2011) Responsabilidad médica estatal, 1 de diciembre de 2011
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/responsabilidade-medica-estatal/>

atención, pocos recursos para modernización y mantenimiento, mucha oferta profesional y niveles limitados de complejidad prestar servicios médicos.²³³

Todas las anteriores situaciones producen que se sigan presentando casos donde los pacientes se agravan en su salud o fallecen en espera de ser atendidos o trasladados a un centro de mayor complejidad, pacientes que en un postoperatorio quedan con secuelas no advertidas o que no son consecuencia del procedimiento sino de procedimientos equivocados en su organismo, presentando síntomas y daños funcionales por dejarles elementos quirúrgicos en su cuerpo, pacientes con tratamiento no eficaz o nocivo a su salud por un diagnóstico equivocado o tratamiento mal suministrado por el personal médico, siendo eventos comunes y a pesar de las dificultades probatorias, explicaciones científicas y justificaciones institucionales, la jurisprudencia ha intentado reiteradamente que en los conflictos se encuentre la verdad judicial y se indemnicen los daños producidos por las entidades estatales que prestan este servicio.²³⁴

Ahora, en cuanto a la responsabilidad de las entidades hospitalarias, además de la responsabilidad personal del médico, tiene lugar preferencial en los ejercicios doctrinales reflejándose en gran forma en la moderna responsabilidad civil. La reclamación judicial por causa de la praxis médica tiene varias causas, fundadas en cambios sociales y en la relación médico-paciente por cuenta de la prestación de una medicina colectiva (macro medicina) propia de una sociedad masificada; el mercadeo de tales servicios, la preponderancia en el servicio médico institucional de lo cuantitativo frente a lo cualitativo, tal como atender cierta

²³³ ob. Cit.

²³⁴ Ob.cit

cantidad de pacientes en un determinado tiempo, deteriorando la calidad del servicio, entre otros.²³⁵

Ahora bien, para atender los eventuales sucesos de responsabilidad médica, en Colombia no existe la obligación de adquirir un seguro de responsabilidad civil a cargo del médico y tampoco ha habido un desarrollo normativo referente a la materia, por tal este se actúa de acuerdo al régimen general asegurativo, por tanto, cuando un médico ha contratado un seguro, los efectos económicos de una condena civil serán cubiertos de acuerdo al clausulado del del contrato por parte de la compañía aseguradora.²³⁶ Por tal razón, quien pretenda demandar la responsabilidad médica, por lo menos por la vía de la jurisdicción ordinaria, no tiene certeza de que su pretensión indemnizatoria vaya a ser cubierta efectivamente.

Respecto del tema de la responsabilidad médica en el derecho público, del estudio realizado en capítulos anteriores se entiende que la indemnización de los daños y perjuicios busca una reparación integral de las víctimas por las fallas del servicio médico estatal, los cuales son cubiertos por las entidades del orden regional, departamental o nacional que demanden según el caso, bien sea con los recursos disponibles o haciendo efectivas pólizas de responsabilidad que hubiesen suscrito.

No obstante, resulta curioso que en el tema de enfermedades iatrogénicas o intrahospitalarias, las cuales son indemnizadas de la misma manera que las anteriores, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril del 2014 exhortó al Ministerio de Salud para

²³⁵ ob.cit.

²³⁶ Fernández Muñoz, Mónica Lucía, (2017), p 94, El aseguramiento de la responsabilidad civil médica : ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada, Bogotá Universidad Católica de Colombia, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15938/1/el-aseguramiento.pdf>

que presentara ante el Congreso un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo para estos casos, y comentó la necesidad de crear un fondo estatal especial basado en la responsabilidad sin culpa y el principio de distribución solidaria del riesgo²³⁷. Es decir, que la temática de una indemnización alternativa ya ha sido considerada por el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo como una opción viable en temas de reparación, no obstante, aún no se ha implementado.

3.4 Muestreo Estadístico de las demandas por responsabilidad medica estatal en Colombia

Con el fin de conocer y corroborar la situación legal actual de la responsabilidad médica en Colombia con relaciones al número de demandas interpuestas en contra de la Nación por estos hechos, se presentan dos derechos de petición a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en fechas 8 de mayo de 2019 y 6 de abril de 2021, se solicitó respondieran los siguientes interrogantes:

Cuántas demandas cursan hoy en día en contra de las entidades oficiales del orden nacional, departamental y municipal por responsabilidad médica (fallas del servicio médico)?, del año 2015 hasta la actualidad ¿Cuántas demandas por responsabilidad medica se han presentado en contra de entidades oficiales?; de las demandas presentadas por estos hechos en contra de las entidades oficiales ¿En que porcentaje el Estado Colombiano se ha visto condenado?; cuáles son las entidades oficiales más demandadas por responsabilidad medica?; cuáles son las entidades encargadas de los pagos de las indemnizaciones cuando el estado es condenado por estos hechos? ¿Y de cuanto ha sido el monto total de las condenas

²³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 30 de abril del 2014 Radicado: 250002326000200101960 01. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

entre 2015 hasta la fecha?, obteniéndose como respuestas de este trabajo de campo las siguientes:

A la pregunta ¿Cuántas demandas cursan hoy en día en contra de las entidades oficiales del orden nacional, departamental y municipal por responsabilidad médica (fallas del servicio médico)? Respondieron un total de 4908 y 4228 terminados; a la pregunta del año 2015 hasta la actualidad ¿Cuántas demandas por responsabilidad medica se han presentado en contra de entidades oficiales? Dio como resultado un total de 5224; y 9136 hasta 2021, ¿De las demandas presentadas por estos hechos en contra de las entidades oficiales ¿En que porcentaje el Estado Colombiano se ha visto condenado la respuesta fue 8,53 %, una cantidad de 779 de un total de 913. A la pregunta de cuánto ha sido el monto total de las condenas entre 2015 hasta la fecha se obtuvo como respuesta que de 2010 a la fecha se han pagado \$ \$25.175.409.333,00 el 59% de las demandas y de 2015 a la fecha \$17.395.144.404,00 ; es decir el 41%. Del monto de pagos de sentencias judiciales desde el 2010 hasta la fecha \$25.175.409.333, 00; se han pagado por r responsabilidad médica de un total de \$53.724.268.103,13; es decir un 68%.Para ilustrar la anterior situación se elaboraron los siguientes diagramas:

1. ¿Cuántas demandas cursan hoy en día en contra de las entidades oficiales del orden nacional, departamental y municipal por responsabilidad médica (fallas del servicio médico)? R/ta : 4908

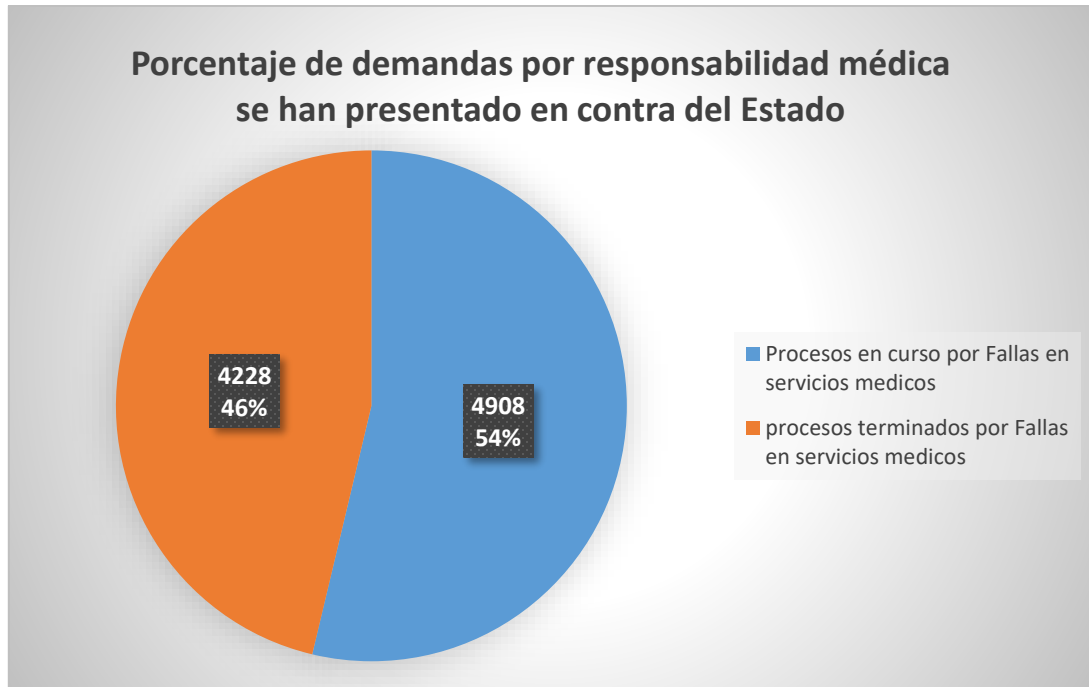


Diagrama No 1 Fuente elaboración propia

2.¿Del año 2015 hasta la actualidad ¿Cuántas demandas por responsabilidad medica se han presentado en contra de entidades oficiales? R/ta: 5224

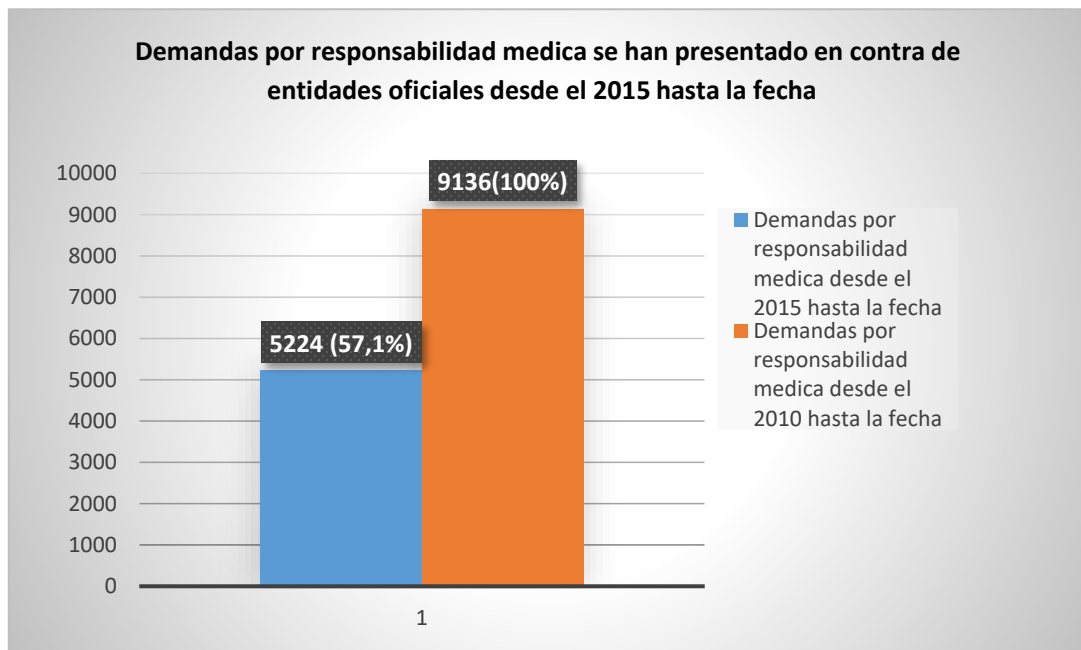


Diagrama No 2 Fuente elaboración propia

3 ¿De las demandas presentadas por estos hechos en contra de las entidades oficiales ¿En qué porcentaje el Estado Colombiano se ha visto condenado?

R/ta: Para el año 2019 de 2.313 procesos judiciales por fallas del servicio médico terminados por sentencia ejecutoriada, tuvieron un sentido del fallo desfavorable 510, favorable 1.742 y se carece de datos de 61 procesos.

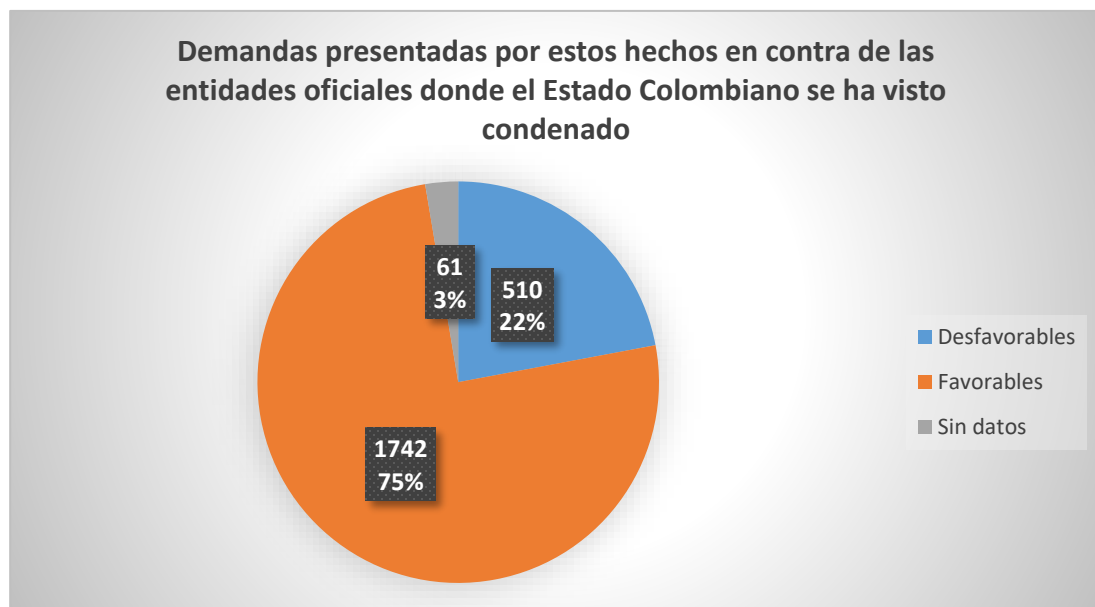


Diagrama No 3 Fuente elaboración propia

4.¿Cuáles son las entidades oficiales más demandadas por responsabilidad médica? R/ta: A corte de marzo del 2019 la Agencia de Defensa Jurídica del Estado reporta un total de 6,535 procesos judiciales activos por responsabilidad médica. Siendo las tres entidades más demandadas la Previsora S.A, Ministerio de Salud y protección social y Caprecom, las cuales representan el 82,49% de la totalidad de los procesos activos. A continuación, se grafica la situación:

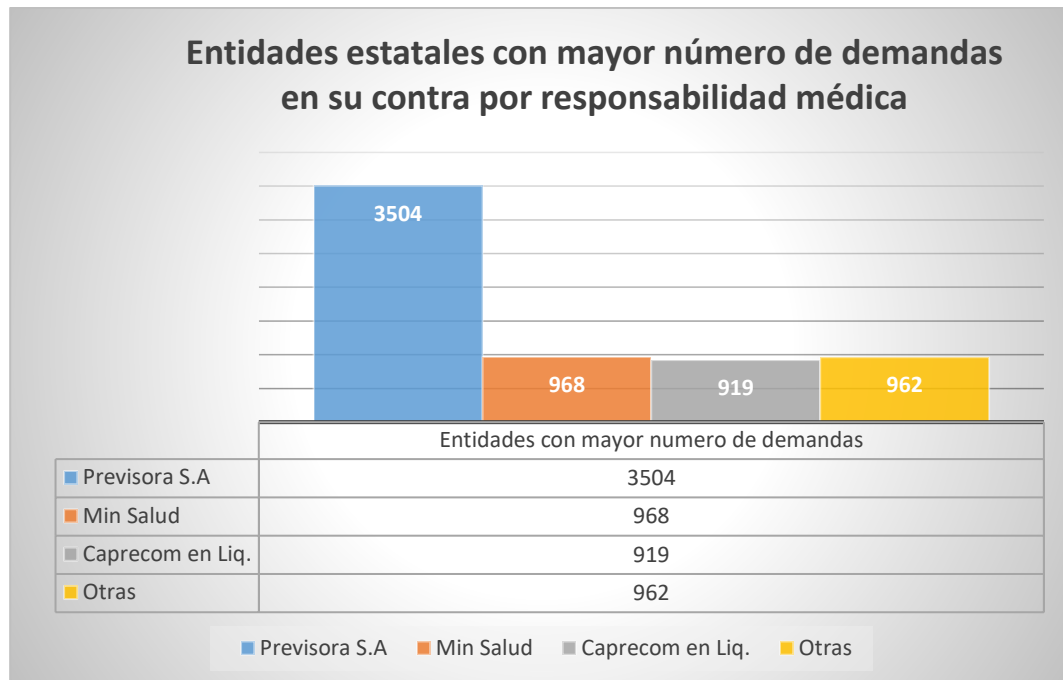


Diagrama No. 4 Fuente de elaboración propia.

Por su parte también se reportaron cuáles eran las entidades con los mayores montos de pretensiones adeudadas en su contra, que no coinciden necesariamente con las entidades más demandadas. Estas corresponden a la Previsora S.A, a la Superintendencia de Salud, y el Ministerio de Salud y Protección Social, los cuales representan un 80,43% de la totalidad de rubros adeudados como pretensiones. A continuación, se grafica la situación y se enuncian las cantidades de dinero en miles de millones:

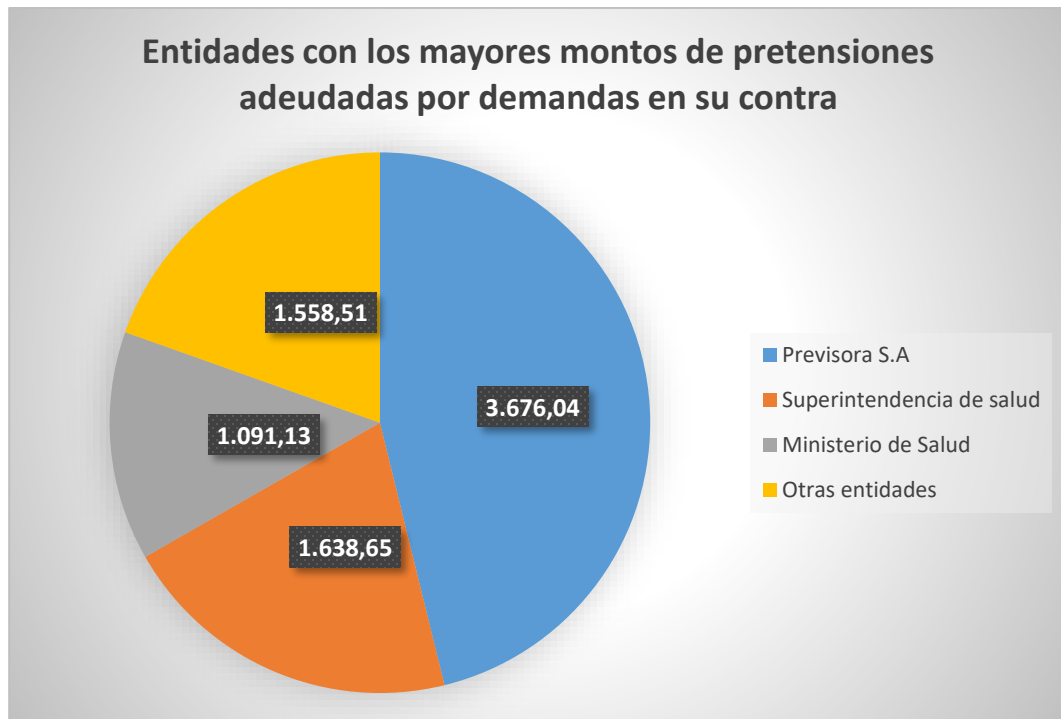


Diagrama No. 5 Fuente de elaboración propia.

5.¿De cuánto ha sido el monto total de las condenas entre 2015 hasta la fecha?

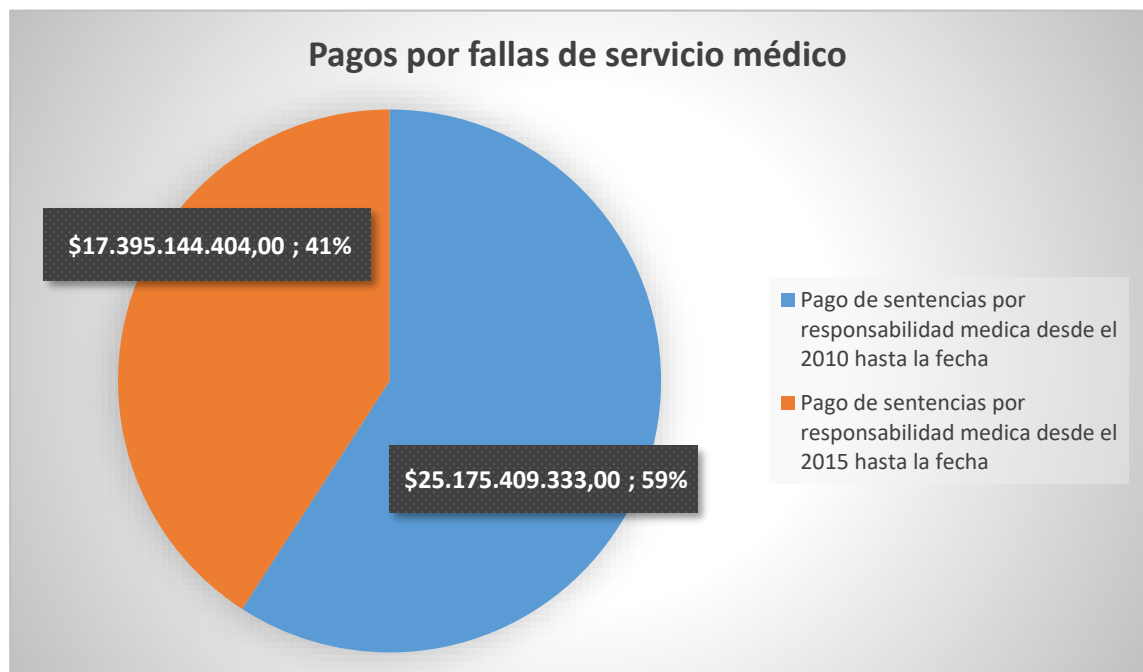


Diagrama 6 Fuente elaboración propia



Diagrama No 7 Fuente elaboración propia

4.5. Fundamento del modelo colombiano por fusión de los regímenes francés y norteamericano

De acuerdo con lo desarrollado en párrafos y capítulos anteriores, es posible concluir que el modelo francés de responsabilidad médica resulta conveniente para hacer descender en este momento la cantidad de demandas contra el Estado en materia de responsabilidad médica y a futuro, tratar de minimizarlas. Para ello, se escoge de este modelo el sistema de la solidaridad, que aporta celeridad a este tipo de tramites, pero limitado a cierto tipo de fallas médicas tales como las nosocomiales y aquellas como por transfusiones de sangre y demás, que para el caso colombiano es necesario ampliarla a toda la gama de daños ocurridos en la salud del paciente. De este sistema se rescatan los fondos de compensación en materia de

responsabilidad estatal, pero sin olvidar que el Estado tiene que brindar al médico bajo su cargo, la infraestructura, equipamiento e insumos médicos suficientes para que sea idónea la buena praxia médica. De Francia se dice que tiene un sistema de trámite meramente administrativo, en donde la persona que sufre daño hace una solicitud de indemnización, para evitar acudir a los estrados judiciales, y que solo en caso donde no haya acuerdo o conciliación frente al monto que se le ofrece, acuda a demandar, lo que se entiende en el derecho nacional como una especie de requisito de procedibilidad, para trabar la litis.

Así, en concordancia con lo expuesto en esta gran disertación teórica, es necesario entonces en Colombia una nueva reforma al sistema de salud existente, con el fin de crear un fondo de compensación parecido a la ONIAM en Francia que maneja los temas de responsabilidad médica para unos casos específicos, que en el escenario colombiano se extenderá a todo el universo de casos, teniendo en cuenta el alto volumen de demandas contra el Estado, considerando el porcentaje y cantidad de demandas por responsabilidad médica sobre el tema del seguro de responsabilidad médica.

Se creará un organismo nacional y los seccionales, con fundamento en los principios de solidaridad y universalidad, regulados en la Constitución Política y la Ley estatutaria de la Salud, si se tiene en cuenta el enorme hueco fiscal existente y que el Estado ya no está en condiciones económicas de soportar tantas demandas, siendo necesario ponerle un límite tanto a las pretensiones de las mismas, como a la cobertura de los amparos de las pólizas de responsabilidad médica estatal que se implementarán en adelante, teniendo como modelo el norteamericano, de modo que ningún servidor estatal en el campo medico pueda prestar sus servicios, si no anexa con su contrato la respectiva póliza o la constancia de cotizar con el nuevo organismo que se crea.

Aquí debe aclararse que si el médico o cualquier elemento del talento humano de salud actúa en contra de la praxis médica responde solidariamente con las aseguradoras, si se actúa con la praxis médica correcta pero el Estado no le suministra insumos, ni infraestructura, ni medios técnicos y tecnológicos ni insumos, se exonera de responsabilidad y se traslada la misma al Estado.

4.5.1 Propuesta de un Sistema de Indemnización Médica Nacional en Colombia

Se pretende crear un Sistema de Indemnización Nacional de Fallas del Servicio Médico fundamentado en el principio de solidaridad contenido en la Constitución Política, artículo 1 y en el artículo 6, literal e) de la ley 1751 de 16 de febrero de 2015, y el de universalidad descrito en el artículo 6 ibidem de la ley estatutaria de la salud. Dicho sistema estará compuesto de manera “escalafonada” por las Comisiones de Conciliación de Accidentes Médicos Regionales, las cuales se encontrarán una en cada uno de los departamentos del territorio nacional, frente a esta las víctimas de responsabilidad medica estatal elevan la petición de indemnización por haber sufrido un daño.

A nivel nacional, se propone la creación mediante decreto de un organismo denominado “Agencia Nacional de Indemnización de Fallas y Accidentes Médicos”, en lo sucesivo (ANIFAM), Adscrita al Ministerio de Salud, de carácter descentralizado del orden nacional, que dispondrá de personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio, cuya función principal será aprobar los acuerdos establecidos ante las Comisiones de Conciliación de Accidentes Médicos Regionales (CAMR) y los reclamantes, desembolsar y pagar la compensación económica correspondiente. Sus recursos serán los mismos con los que trabaja actualmente el Estado para el pago de las demandas de responsabilidad médica estatal proferidas en su contra, adicionalmente recibirá como

recursos la cotización de todos los médicos que trabajen en entidades estatales que se reglamentará a través de la ley respectiva, teniendo en cuenta que se aplicarán los principios de la ley estatutaria de salud vigente, ley 1751 de 2015, tales como solidaridad, eficiencia, sostenibilidad, libre elección, sostenibilidad, calidad e idoneidad profesional. Todas en pro de compensar a las víctimas de accidentes médicos en todo el territorio de la manera más fácil y justa posible, a donde acudirán los pacientes sin requerir de abogado, enmarcando en el régimen de responsabilidad sin culpa de los accidentes médicos y su compensación se soporta en el principio de la solidaridad nacional.

La ANIFAM estará compuesta por el Ministro de Salud, el Ministro de Hacienda, el Superintendente de Salud y dos representantes de las agremiaciones médicas del país, el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, un representante de las empresas de salud estatal ESE y uno de las Asociaciones de Usuarios del SGSSS.

Por su parte, a nivel regional se plantea la creación las Comisiones de Conciliación de Accidentes Médicos Regionales (CAMR) con presencia en cada uno de los departamentos del territorio nacional, instaurándose como la primera instancia del Sistema de Indemnización Nacional de Fallas del Servicio Médico y en segunda instancia por la Agencia Nacional de Indemnización de Fallas y Accidentes Médicos utilizando criterios de razonabilidad científica.

Las comisiones regionales se encontrarían conformadas de la siguiente manera: Por un representante del Ministerio Público, por dos médicos designados por los tribunales de ética médica, por médicos peritos designados para cada caso específico en litigio, los Secretarios de Salud Departamental y Distrital o Municipal y un delegado del Ministerio de

Hacienda, así como un representante de los usuarios de servicios médicos, y un representante de las asociaciones médicas locales y un representante de las empresas aseguradoras en Salud.

Las funciones del equipo interdisciplinario antes mencionado, serán el de evaluar y dar trámite a los casos presentados a su consideración por las víctimas directas o indirectas de presuntas fallas médicas ocurridas en instituciones estatales de salud, para lo relativo a la determinación de existencia de este hecho, el establecimiento de responsabilidad disciplinaria y económica, así como el pago de la respectiva indemnización al afectado, para lo cual se agotará previamente el procedimiento de conciliación entre las partes, el cual fracasado, quedan facultados para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Se pretende con este sistema, a través de un método dinámico, facultar al personal sanitario al servicio del Estado, independientemente de su tipo de vinculación laboral, tenga a su disposición de manera obligatoria escoger de dos opciones. Una de estas, sería la cotización al fondo de contingencias de la ANIFAM para precaver posibles hechos de responsabilidad médica estatal en su ejercicio laboral. Como segunda alternativa se plantea la toma de un seguro profesional cuyo beneficiario sea el trabajador estatal de la salud.

Ya más sumergidos en el fundamento de las indemnizaciones, los entes regionales y nacionales propuestos deben analizar con sus paneles interdisciplinarios la culpa del personal sanitario involucrado en el siniestro. De establecerse que la falla en el servicio fue producto del actuar negligente del personal sanitario por mala praxis, las víctimas tendrán la oportunidad de realizar una reclamación, a través de un procedimiento administrativo ante la

ANIFAM o hacer la petición de indemnización a la compañía de aseguradora correspondiente.

Si por el contrario, se establece que la falla en el servicio se originó por causas externas al funcionario las cuales sean atribuibles a la Administración, tales como la ausencia o deficiencia de medios, de infraestructura, o que los medios tecnológicos e insumos sean insuficientes para que se preste el servicio médico como corresponde, caso en el cual la responsabilidad será asumida totalmente por el Estado, y se faculta a las víctimas y afectados a acudir al aparato judicial a través de la vía contenciosa administrativa.

Ubicándonos en el primer supuesto, donde las víctimas se inclinan por el procedimiento administrativo propuesto, los sujetos podrán acudir ante la administración para instaurar la solicitud pertinente dentro del año siguiente contados a partir del día siguiente a la consumación de la falla del servicio por parte del personal sanitario o si se tratase de una falla de tracto sucesivo desde la realización del último acto, radicándose la solicitud de reclamación y los anexos pertinentes ante la Comisión de Conciliación de Accidentes Médicos Regional (CAMR) ubicada en su departamento.

Una vez la Comisión de Conciliación conoce de la reclamación, dentro de los seis (6) meses siguientes deberá constituir mesa de revisión del caso, en la cual participará el panel interdisciplinario que se mencionó con anterioridad, para la revisión del particular y determinar si la afectación causada corresponde a una falla en el servicio por mala praxis atribuible al personal de la salud, si corresponde a una falla en el servicio atribuible a la administración o si por el contrario fue producida por descuido del paciente o factores externos.

Vencido el término anterior, dentro de los diez (10) días siguientes, la Comisión emitirá concepto de evaluación de la solicitud fundamentando si hay mérito para continuar con la petición indemnizatoria por encontrar falta suficiente imputable al galeno, o si por el contrario, se archiva y se le emite al peticionario constancia de conciliación para que en el evento que decidan acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa ya cuenten con el requisito de procedibilidad agotado.

De continuar con el trámite, la Comisión de Conciliación tendrá un plazo no mayor a sesenta (60) días para presentar mediante Auto propuesta compensatoria por escrito al peticionario, evaluando a magnitud del daño, su afectación, repercusión en la vida de las víctimas directas o indirectas, los perjuicios materiales e inmateriales a partir de los criterios y tablas fijadas por el Consejo de Estado al momento de tasar los perjuicios. Dentro de los diez (10) días hábiles a la notificación de la propuesta, deberá el peticionario allegar escrito rechazando, aceptando total o parcialmente la misma con los argumentos que le asisten.

De ser negativa, total o parcialmente la respuesta del solicitante, deberá la CAMR procurar un acuerdo citando a audiencia de conciliación al peticionario dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término anterior. Una vez llegado un acuerdo indemnizatorio se emite acta de conciliación, la cual el peticionario deberá radicar ante la ANIFAM como cuenta de cobro exigible, y deberá la entidad realizar el desembolso del dinero correspondiente en las cuentas de los peticionarios dentro de los tres (3) meses siguientes. De no realizarse en el término estipulado correrán los respectivos intereses moratorios.

Respecto de la ANIFAM, por medio de creación legal será concebida como autoridad de carácter administrativo y se le otorgarían funciones jurisdiccionales, a fin de que sus decisiones sean definitivas con fuerza ejecutiva, logrando así una suerte de “cosa juzgada”.

Así mismo, para mayor seguridad de la administración de justicia en la temática, se plantea instituir un sistema registro conjunto entre las entidades del sistema de Sistema de Indemnización Médica Nacional propuesto y el Consejo Superior de la Judicatura, en el cual se inscriban cada una de las sentencias, conciliaciones logradas o procesos terminados de manera anormal en materia de responsabilidad médica estatal con el objeto de evitar duplicidad de reclamaciones ante el contencioso administrativo bajo el principio del *non bis in idem*. Ello se realiza de acuerdo con las funciones señaladas en el decreto 2652 de 1991, por el cual se adoptan medidas administrativas para el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 4°, especialmente en los numerales 8 y 17.

En atención a lo mencionado, la Agencia Nacional de Indemnización de Fallas y Accidentes Médicos (ANIFAM), y la Comisiones de Conciliación de Accidentes Médicos Regionales (CAMR) se le otorgan facultades jurisdiccionales para temas de conciliación, cuando se alcance a probar siquiera sumariamente la falla medica de la entidad estatal, este tipo de facultades pueden ser concedidas a los particulares, de conformidad con el artículo 116 de la constitución política, que señala las autoridades administrativas y los particulares pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Por otra parte, la propuesta desarrollada no tendría discordancia en lo que respecta al régimen general de responsabilidad del Estado del artículo 90 de la carta política, este va a permanecer intacto pero su interpretación deberá mutar entendiéndose desde la óptica del principio de solidaridad como se ha venido exponiendo. Lo anterior, porque la responsabilidad médica como tal sigue siendo la misma, lo único a variar sería lo que tiene que ver con la implementación del concepto de solidaridad, tal como se hace en el régimen penal o civil con los accidentes de tránsito dónde hay ahí como resultado lesiones personales culposas, en el cual responden solidariamente conductor del vehículo el vehículo la compañía.

En este caso para la responsabilidad médica responderán solidariamente El Estado, el profesional de la salud y la entidad prestacional de salud donde se realizó el procedimiento médico que dio lugar a la responsabilidad estatal, por reconocimiento de responsabilidad a través del procedimiento de la conciliación. En lo que tiene que ver con las facultades asegurativas, precisamente lo que se busca con ello, a pesar de la tensión que puede generar este tipo de mecanismo, con ella finalmente se busca hacer descender el volumen de demandas que se conocen existen contra el Estado por concepto de responsabilidad médica, haciendo su aporte para la descongestión judicial y por otra parte de ayudar a reducir un poco el hueco fiscal que generan las mismas en el patrimonio del Estado.

Con todo lo anterior, se establece como propuesta no solo instaurar un sistema de indemnización médica nacional con sus respectivos entes, sino la creación de un procedimiento administrativo definitivo a fin de dar cumplimiento a la función administrativa, el interés general del Estado y los intereses de los particulares que eventualmente acudan a este.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La responsabilidad en Colombia tiene una génesis netamente civil, siendo sus elementos estructurales la existencia de un hecho imputable, de un daño y un nexo de causalidad entre ellos. Como es de conocimiento, ella puede ser de tipo contractual o extracontractual, y esta última es la que lleva a procesar la responsabilidad estatal estudiada en el presente trabajo, cuyas primeras manifestaciones a nivel nacional se dieron a finales del siglo XIX por una jurisdicción distinta a la administrativa, que aplicaba las reglas de responsabilidad civil en los conflictos en que se viera involucrada la Nación. Para la responsabilidad del estado, una vez introducida la cláusula general de responsabilidad en el artículo 90 superior, se estableció que sus elementos constitutivos son el daño antijurídico, el hecho imputable al Estado o a uno de sus agentes y el nexo causal, haciendo de la falla en el servicio uno de los títulos de imputación más comunes a la hora de su reclamación.

Aterrizando en el tema de la responsabilidad médica, se hace mención primeramente al acto médico como aquel que origina la responsabilidad, bien sea civil desde un ámbito de la praxis privada de la medicina, o la responsabilidad administrativa cuando se tratase de perjuicios causados por cuenta de sus operadores sanitarios públicos. Debido a ello se vislumbró la temática, inicialmente desde una aproximación al derecho privado donde la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expone la importancia de identificar el contenido del contrato de prestación de servicios médicos y los deberes adquiridos por el profesional en este. En posteriores sentencias, este órgano insiste en que la obligación médica es de medios y el médico cumple con ella realizando su actividad conforme a los lineamientos en el campo de la medicina, so pena de incurrir en la obligación de indemnización.

No puede dejarse de lado el hecho de que bajo el Estado Social de Derecho la prestación del servicio de salud desde sus inicios estuvo a cargo del Estado, y hoy día es su deber respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud de todos los ciudadanos, bien sea como prestador directo o como supervisor de los terceros particulares que lo suministren para que su ejecución sea correcta. Pese a ello, debido a la ocurrencia de fallas dentro de la atención de salud, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado se ocupó de la falla en el servicio médico desde la perspectiva de la falla probada del servicio, donde la carga probatoria recaía sobre el accionante, para luego pasar a inicios del milenio a la teoría de la falla presunta del servicio y por último retomar la falla probada del servicio con una carga dinámica en la prueba donde el sujeto que se encuentre en mejor posición respecto de la información deberá demostrar la falta o ausencia de esta.

Tomando como referencia el derecho comparado, en Francia la responsabilidad médica se configura en gran medida a partir de la responsabilidad del Estado, pues el sistema de salud francés resulta ser en su mayoría de índole pública. La jurisprudencia maneja como títulos de imputación de responsabilidad del Estado, la responsabilidad por culpa y la responsabilidad sin culpa, y frente a los casos de responsabilidad médica este país ha desarrollado de manera paralela un régimen mixto de responsabilidad hospitalaria, donde la víctima reclama ante la jurisdicción cuando el daño derive de una falla por culpa de la administración, y a su vez un régimen indemnizatorio sin culpa del Estado cimentado en la “solidaridad nacional” donde el peticionario que sufrió un perjuicio producto de accidentes médicos y otras afecciones podrá mediante un trámite administrativo solicitar la respectiva indemnización.

Ahora bien, el modelo norteamericano, pese a ser complejo y altamente costoso para los usuarios de salud, igualmente maneja el sistema de la Responsabilidad médica por mala praxis en Estados Unidos. Debe acotarse que dicho sistema de salud a tiene como estructura la prestación dual, dependiente de la capacidad económica del paciente, esta puede ser tanto pública como privada como privada y tendrá ciertos limitantes respecto del seguro médico contratado o según el tipo de programa público asistencial al que se cobije.

No puede olvidarse que el servicio de salud a cargo del Estado allí es limitado, característica atribuible a su responsabilidad, que para el caso no es tan notoria, pues solo en ciertos casos se puede demandar al Estado Federal o Federado a una reparación por fallas médicas debido al principio general de inmunidad soberana presente en ese ordenamiento jurídico, y de lograr demostrar la injerencia estatal en el daño la vía jurídica a implementar es la de la reclamación civil vinculando a la entidad pública bajo el Federal Tort Claim Act . Por otro lado, si de la prestación médica privada se tratare, su respectiva indemnización también se solicita por jurisdicción civil, no obstante, debido a los altos costos que ello implica para el accionante, normalmente se acude a acuerdos entre los pacientes y las aseguradoras de los prestadores del servicio, debido a la presencia generalizada de seguros profesionales en ese país.

A lo largo de este trabajo de investigación se ha dejado claro de manera reiterada, la problemática existente en temas presupuestales del Estado colombiano respecto de los rubros destinados al pago de sentencias judiciales en contra de la Nación, así como la presencia de problemas estructurales en el sistema de salud nacional que acrecientan las posibilidades de fallas del servicio médico, especialmente en instituciones públicas, que consecuentemente traería consigo un incremento de demandas y reclamaciones en contra del Estado en estos

asuntos. Por tal razón, se considera como una necesidad la implementación de un método alternativo a la reclamación judicial para hacer frente a esta problemática.

Es por ello que se opta por revisar sistemas jurídicos internacionales en busca de alternativas que lleguen a converger con lo ya existente en el ordenamiento nacional, resultando como mecanismo idóneo para responder a tal inquietud investigativa, la creación de un sistema de indemnización nacional de fallas del servicio médico tales como los existentes en el extranjero, cuyo organigrama integre los niveles regionales con un nivel central, representado por una entidad de orden nacional denominada Agencia Nacional de Indemnización de Fallas y Accidentes Médicos, identificado con la sigla ANIFAM, respaldado con pólizas de responsabilidad médicas o con cotizaciones a la Agencia Nacional de Indemnización de Fallas y Accidentes Médicos, para los profesionales de la salud e instituciones que lleguen a verse involucradas en mala prácticas médicas que perjudiquen a los pacientes, de modo que se ofrezca a los usuarios del sistema de salud estatal, una garantía de reparación en caso de ocurrencia de siniestros en la atención médica sin necesidad de incoar acciones legales, cuyos resultados suelen ser inciertos y rara vez resultan expeditos, entendiendo que estos pueden llegar a producir resultados parecidos a los métodos alternativos de resolución de conflictos sin llegar a ser propiamente uno.

Ahora bien, es claro que la creación e implementación de este organismo nacional de compensación que se propone no puede ser arbitraria, pues requiere de una reforma normativa y estructural concertada en un escenario democrático y participativo, con la presencia de todos los actores que intervienen en las relaciones de salud y sus reclamaciones, tales como el Estado, aseguradoras, personal médico y pacientes; pues son estos quienes al final tendrán la carga presupuestal para el financiamiento y funcionamiento de este.

El fin perseguido por el presente análisis investigativo era encontrar soluciones al problema de las indemnizaciones en temas de responsabilidad médica por las fallas ya existentes, escudriñar sistemas alternativos de tipo compensatorio, propios del derecho comparado en otros países, que representen una mayor celeridad y garantía de derechos a las personas afectadas, y simultáneamente permitan la disminución en las cargas económicas del Estado y la consecuencia descongestión del aparato judicial. Empero, el sistema propuesto como tal no garantiza que los servicios asistenciales de salud en Colombia vayan a mejorar automáticamente con la creación del nuevo ente de responsabilidad y que por lo tanto se disminuyan los casos de falla en el servicio médico, toda vez que la problemática que se embiste no es esa; sin embargo, sí es necesario que mejore y que el estudio de dicha situación conduzca necesariamente a una investigación más profunda al respecto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa (2006). Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Jurista Editores.
<https://www.yumpu.com/es/document/read/55735988/235865293-alpa-guido-nuevo-tratado-de-la-responsabilidad-civil>
- Amores Agulla, Tania, & Marrero Quesada, José Ángel. (2015). Mala praxis médica en el quirófano. *Revista Cubana de Cirugía*, 54(2), 187-194.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74932015000200012&lng=es&tlng=es
- Ámbito jurídico (2011) Responsabilidad médica estatal.
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/responsabilidade-medica-estatal/>
- Andorno, Luis O. (1993) “El fondo ad hoc creado en Francia para indemnización de las víctimas del contagio del SIDA por transfusiones sanguíneas (Ley del 31 de diciembre de 1991)”. *R. Fac. Direito UFRGS*, Porto Alegre, 9(1): 41-47, nov. 1993
- Arenas, Hugo. (2020) Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898. *Revista Digital de Derecho Administrativo* N°24, Julio-diciembre de 2020. Págs. 213-234
 Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635017>
- Ariza, Alma (2010) El factor de imputación de la responsabilidad profesional En la doctrina moderna Universidad de La Sabana (Colombia) *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 34: 306-342, <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>

Azuaga, Manuel, 2021, p.11, La responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión al COVID-19. Artículo de grado para optar por el título de Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/25454/1/La%20responsabilidad%20extracontractual%20del%20Estado%20con%20ocasion%20al%20COVID-19-%20manuel%20arzuaga.pdf>

Azagra Malo, Albert. “Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica.” *In Dret Revista para el análisis del derecho*. Universitat Pompeu Fabra, Facultad de Derecho. (2007) https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/452_es.pdf

Bal, B Sonny. “An introduction to medical malpractice in the United States.” *Clinical orthopaedics and related research* vol. 467,2 (2009): 339-47. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/>

Bertoli, Paola, Grembi, Veronica. 2017. "Medical Malpractice: How legal liability affects medical decisions," *Health, Econometrics and Data Group (HEDG) Working Papers* 17/14, HEDG, c/o Department of Economics, University of York. <https://www.york.ac.uk/media/economics/documents/hedg/workingpapers/1714.pdf>

Barón, Moreno Claudia Lucía, Tique, Legro Diana Constanza Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho Garantías judiciales de la infancia en la prestación defectuosa de los servicios médicos, 2020 <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/6274/5921>

Barton, Phoebe Lindsey. 2007. *Understanding the U.S. Health Services System*. Vol. 3rd ed. Chicago: Health Administration Press. p. 5. <https://www.researchgate.net/profile/Thomas-Murray->

18/publication/348236127_Thomas_Murray_Contesting_Economic_and_Social_Rights_in_Ireland_Upload_Proof/links/5ff48f49a6fdccdc8337977/Thomas-Murray-Contesting-Economic-and-Social-Rights-in-Ireland-Upload-Proof.pdf#page=336

Bustamante (1997). Teoría General de la Responsabilidad Civil.. 9ª Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997

Buitrago, Angélica M. (2019). Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y Constitución democrática. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 15-45
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4646>

Conseil D'État (s.f) . Les grandes décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. Tribunal des conflits, 8 de febrero de 1873, Blanco. <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>

Conseil d'État (1992) Sentencia n° 79027 Cónyuge V. Ponente: M. Salat-Baroux.

Conseil d'État (2005) Reporte público, Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque, *Documentation française* 2005. pp. 205-206. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/054000185.pdf>

Conseil d'État (2015) L'engagement de la responsabilité des hopitaux publics, *Les dossiers thématiques du Conseil d'État* <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/l-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics>

Consejo de Estado, Sección Tercera (2014). *Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales*. Bogotá D.C. Disponible en:

<https://adwa.co/wp-content/uploads/2015/04/Reparacion-De-Perjuicios-Inmateriales-Consejo-De-Estado-.pdf>

Cour d'Appel de Lyon (1990) Caso Consorts Gomez. N° 89LY01742.

Dalglish. Parker A. (2016) "The US healthcare system: finding a model of quality and cost-effectiveness". Tesis Baylor University, Texas, 2016. https://baylor-ir.tdl.org/bitstream/handle/2104/9689/parker_dalglish_honorsthesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Davis, Alex. C. (2012) *The Impact of the Affordable Care Act on Medical Malpractice Litigation* Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2048561>

Delgado, Marla (2011) "El Daño: ¿Común Denominador De La Responsabilidad Contractual Y La Extracontractual?," Contribuciones a las Ciencias Sociales, Servicios Académicos Intercontinentales SL, Facultad de Derecho Universidad de Ciego de Avila, https://www.researchgate.net/publication/227432128_EL_DANO_COMUN_DENOMINADOR_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CONTRACTUAL_Y_LA_EXTRACONTRACTUAL/link/5c92465b92851cf0ae8a0486/download

De Montalvo Jääskeläinen, Federico (2013) "La reforma de la responsabilidad médica en Estados Unidos". *Revista De Derecho Y Salud* 23 (2): 86. http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol23n2_03_Estudio.pdf

Estrada, Karellys .N (2019) Línea jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO sobre los títulos de imputación para atribuir responsabilidad médica Especialización en Derecho Procesal de la

Universidad Libre Seccional Barranquilla, *Derectum* Volumen 4 No.1: 7 -34.
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/view/5484/4944>

Estrella, Yrma (2009) *El Nexo causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual* tesis para optar el grado académicos de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos Facultad de Derecho y Ciencia Política Unidad de Postgrado.
https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/205/Estrella_cy.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Fernández, Gastón (2020) *Introducción a la responsabilidad civil: Lecciones universitarias*, Fondo Editorial de la PUCP,
https://books.google.com.co/books?id=GgjbDwAAQBAJ&pg=PT50&dq=imputacion+elemento+de+la+responsabilidad+civil&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjz-ouOmL_qAhVkJUN8KHebuApQQ6AEwAnoECAYQAg#v=onepage&q&f=false

Fernández Muñoz, Mónica Lucia (2017) *El aseguramiento de la responsabilidad civil médica: ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada*, Bogotá Universidad Católica de Colombia,
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15938/1/el-aseguramiento.pdf>

Fernández M., Mónica L. (2016) “Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano. Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 3, pp. 849 - 875
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n3/art04.pdf>

Fuente del Campo, A., & Rios Ruíz, A. (2018). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal. *Cirplást iberolatinoam*, 44(2), 123-130. Recuperado de http://enlacejuridicoacademico.com/docs/publicaciones/dra_rios/actualizado/4.pdf

Fromont, M (s.f) La responsabilidad del Estado en el derecho francés. Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne. www.collectifjusticeharkis.fr

Gonzalez, Olga. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes. *Revista Humanidades UIS*, 37(I), 79-81. <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734>

Gutiérrez Henao Nataly, Vásquez Rico, Luisa María, 2013, Los Títulos de imputación utilizados por el Consejo de Estado para atribuir responsabilidad en eventos médico – hospitalarios: el precedente en materia contencioso administrativo como mecanismo para unificar la jurisprudencia Universidad Eafit Pregrado de Derecho Escuela de Derecho Medellín <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5262/LOS%20T%20CDTULOS%20DE%20IMPUTACION%20UTILIZADOS%20POR%20EL%20CONSEJO%20DE%20ESTADO%20PARA%20ATRIBUIR%20RESPONSABILIDAD%20EN%20EVENTOS%20MEDICOS%20HOSPITALARIOS.pdf?sequence=2>

Gallagher Healthcare (2017) “Going Bare - Are Doctors Required to Have Malpractice Insurance?” Gallagher <https://www.gallaghermalpractice.com/blog/post/going-bare-are-doctors-required-to-have-malpractice-insurance>

Giliker, Paula. (2010). *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 1-20.

https://www.researchgate.net/profile/Paula-Giliker/publication/272264532_Vicarious_Liability_or_Liability_for_the_Acts_of_Others_in_Tort_A_Comparative_Perspective/links/595f9197458515a357b3ee0b/Vicarious-Liability-or-Liability-for-the-Acts-of-Others-in-Tort-A-Comparative-Perspective.pdf

Güechá Medina, Ciro Nolberto (2012) La Falla En El Servicio: Una Imputación Tradicional De Responsabilidad Del Estado Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XV, núm. 29, enero-junio, 2012, pp. 95-109 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia
<https://www.redalyc.org/pdf/876/87625419007.pdf>

Henao, Juan Carlos (1999). La responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia. La responsabilidad extracontractual del Estado del Colombia. Seminario internacional sobre la responsabilidad Patrimonial del Estado. Organizado en México D.F los días 4,5 y 6 de 1999 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1392/12.pdf>

Henao, Juan Carlos (2007) El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Frances, Universidad Externado de Colombia,
https://www.academia.edu/20125242/EL_DA%C3%91O_DE_JUAN_CARLOS_HENAO_U_E_C

Henao, Juan Carlos (2015) Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, p 283, Revista de Derecho Privado, n.º 28, enero - junio de 2015, pp. 277 a 366,
<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n28/n28a10.pdf>

- Herrera Moreno Jorge Iván, (2008) Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico, Primera Parte, Boletín Derecho & Vida n. 77 octubre
https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_77_78.pdf
- Holtzman, Jessica N. MD; Schwartzstein, Richard M. MD “Health Care in the United States: Individual Right or Government Duty?”, *Academic Medicine*: June 2020 – Vol. 95 - Issue 6
 -p 868-871
https://journals.lww.com/academicmedicine/fulltext/2020/06000/health_care_in_the_united_states_individual_right.30.aspx
- Iriart, Celia. (2016). El sistema de salud de los estados unidos: mitos y realidades (Parte I). *Saúde em Redes*. 2. 07-21.
https://www.researchgate.net/publication/303533007_EL_SISTEMA_DE_SALUD_DE_LOS_ESTADOS_UNIDOS_MITOS_Y_REALIDADES_PARTE_I
- Jiménez, William (2013) Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal, Universidad Libre y ESAP Bogotá D.C. Colombia, No. 38 Enero - Junio de 2013. pp. 63-78. Ejemplares: 1000 Dialogo de saberes
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4696257>
- Johnson, Vincent R. (2020) *The Importance of Doctor Liability in Medical Malpractice Law: China Versus the United States*, 10 ST. Mary's Journal On Legal Malpractice & Ethics 2. Pp. 24-28: <https://commons.stmarytx.edu/lmej/vol10/iss1/5>
- Ken Oliphant, & Richard W. Wright. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective. De Gruyter. Pp.131-135

<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.es/&httpsredir=1&article=3829&context=cklawreview>

Knetsch, J. (2014). La solidarité nationale, genèse et signification d'une notion juridique. *Revue française des affaires sociales*, pp. 32-43. doi:10.3917/rfas.141.0032.

"Le Système De Santé En France". (2022) *Cleiss.Fr.*
<https://www.cleiss.fr/particuliers/venir/soins/ue/systeme-de-sante-en-france.html>.

Lewis, M, K. (2019) *The Federal Tort Claims Act (FTCA): A Legal Overview*. (Reporte R45732) Congressional Research Service. Recuperado de: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45732.pdf>

Liu JB, Kelz RR (2018) *Types of Hospitals in the United States*. *JAMA*. 2018;320(10):1074.
<https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2702148>

Long, Marceau, Weil, Prosper Guy Braibant, Pierre Devolvé, Bruno Genevois. (2017) *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés*. Grands Arrêts . Dalloz. 2017

López Daza, Germán. "Los Derechos Sociales En Alemania, Italia, España Y Francia." *Criterio Jurídico* 12 no. 1 (2012).
<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/582>

López Toro, I. (2013) Responsabilidad médica en Colombia-variaciones en el título de imputación en la jurisprudencia del Consejo de Estado 1992-2012
<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/19418/u670518.pdf?sequence=1>

L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales

Mendoza, Jhonny (2011) Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado Jhonny Mendoza Vásquez, Revista Pensamiento Americano Vol 4 No. 7. Julio – Diciembre pp 47-51) https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/47441965/77-73-1-PB-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1638984533&Signature=PkF4oKwCT~iLVyxXGwPBQrdSt1glo3woLcv~cp0gTJdJmjM5dlZBA0YwZnk7WuKgGTWXk1Wiw3uJTRtTrdU2FWo98CJBtCxbBDNB0hSCsatM1lbqs1zFI~m0YJUoXbYSrGW11EIQux-O6zQwWKXB5nEeo2Ve8PxxPw3qgTq-OBkEg5s0ap98zrLwi-xC7BoEIPAAECqbQ3EwLwYVdpsjU~sIvOW9sYEBELvtUtoI29dUQDWnn4CK4NMPwtDPZXeM4WMqxkBuxtEVCS3WGk0BnhnxL-QxpTxV3-tiCY9l0kWHBHG~UKSJXZIoerlHdm4pMQAwAOckTyfyHpGmqZwJg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

Mendez, B. Lewis, K. (2021) *Military Medical Malpractice and the Feres Doctrine* (Reporte IF11102) Congressional Research Service. <https://sgp.fas.org/crs/misc/IF11102.pdf>

Miller, Sara y Wherry, Laura R. “Health and Access to Care During the First 2 Years of the ACA Medicaid Expansions,” *The New England Journal of Medicine*, (201) 947-956. DOI: 10.1056/NEJMsa1612890

Molina, Carlos M. (2014) Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente* *Opinión Jurídica* vol. 4, No. 7 Artículo producto de la línea de investigación “Hacia un nuevo contencioso administrativo”, proyecto sobre Responsabilidad extracontractual del Estado por

actividad peligrosa. Facultad de Derecho. Universidad de Medellín, pp. 43-66
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1305/1276>

Morin, Olivia A. (2011) "Une étude des systèmes de santé en France et aux États-Unis et des leçons que les États-Unis peuvent tirer du système de santé français". *Chancellor's Honors Program Projects*. https://trace.tennessee.edu/utk_chanhonoproj/1420

NAIC National Association of Insurance Commissioners, "Medical malpractice insurance"
https://content.naic.org/cipr_topics/topic_medical_malpractice_insurance.htm

Obama, Barack. (2016) United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. *JAMA*. 2016;316 (5):525–532.
<https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2533698?appId=scweb>

Oliphant, Ken, y Richard W. Wright. . *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*. De Gruyter. Berlin.2013.
<https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMsa1612890>

ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, <https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html>

ONU: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32>

ONIAM, L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales “Qui Sommes nous? Un dispositif d'indemnisation rapide et gratuit” <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/oniam>

ONIAM, L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales “Les CCI – Les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux” <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/partenaires>

ONIAM, L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales “*Reporte de actividades 2020*” <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>

ONIAM (s.f) Indemnización de accidentes médicos. Disponible en: <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/oniam>

Penneau, Jean (1997) Evolución reciente del derecho de la responsabilidad médica en Francia Facultad de Derecho, Jean Monnet 53, Rue Constant Coquelin, 94400 Vitry, Francia. Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg. 2(2) / 3(1): 27-33, 1997/1998 2 <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v2-3n2-1/art5.pdf>

Prada (2017). La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial en relación con acto médico, acto jurídico y hecho jurídico (Artículo para optar por el título de especialista en derecho administrativo, Universidad Santo Tomas. Universidad Santo Tomas Facultad de Derecho Especialización en Derecho administrativo Bogotá D.C - Colombia

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12595/2017dianaprada.pdf?sequence=1&isAllowed=>

Quintero Meza, Miguel. (2012). La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del Estado. -Una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado- Universidad del Rosario. <http://search.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&db=ir00110a&AN=edocur.10336.3946&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Quintero Gnecco, Andrés. (2013). *El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: su transición a fundamento de compensación*. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Pp- 26-41. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/12237/06702132.2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rangel, D. (2015). El ‘daño a la persona’ en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2684/DER_042.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rodríguez, Pablo D (2007) *Lecciones y ensayos, el daño resarcible en la responsabilidad del abogado*, no 83, Universidad de Buenos Aires,

<https://www.yumpu.com/es/document/read/15888345/el-dano-resarcible-en-la-responsabilidad-del-abogado-facultad-de->

Rodriguez Mora, Sandra (2012) "La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del estado". Magíster, Universidad del Rosario

Rodríguez García, Margarita (2013) Aspectos básicos de La doctrina del daño desproporcionado en la Responsabilidad Civil Sanitaria. Anuario facultad de derecho, Universidad de Alcala 6, 2013, pp.199-218
https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/20095/aspectos_rodriguez_AFDUA_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rojas & Mojica (2014) De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, 129 Vniversitas, 187-235 (2014)
<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n129/n129a07.pdf>

Ruiz, Wilson. (2004), Criterio Jurídico, V.4, La Responsabilidad médica en Colombia. (pp.198-203). Santiago de Cali.
<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/232/962>

Ruiz Orejuela, Wilson. (2013) *Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes*. 2nd ed. Bogotá D.C: ECOE Ediciones.

Sarmiento Cristancho, Daniel, Medina Velandía, Sindy, Plazas Estepa. Rodrigo Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios, 2017, VIeI / Vol. 12, N.º 2 / julio-

diciembre 2017 / Bogotá, Colombia. / Universidad Santo Tomás / pp. 101-115

<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3754>

Sellier-Guillet, Laetitia. (2008) "Les Fonds D'Indemnisation. Essai D'Une Approche Transversale".

Ph.D. en Derecho con mención en Derecho privado., Université Jean Moulin Lyon 3.

Suescún Melo, Jorge. (1996) *Derecho Privado: Estudios De Derecho Civil Y Comercial*

Contemporáneo. 1st ed. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.

Tabares Cortes, Felipe (2016) El sistema de asunción solidaria del riesgo de infecciones

intrahospitalarias: elementos mínimos de integración en el sistema jurídico colombiano, 44

Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 209-230 (2016) Rev.Ibero-Latinoam.Seguros,, Bogotá

(Colombia), vol. 44 (25): 209-230, 2016 Universidad Javeriana,

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/17430>

Tamayo Jaramillo, Javier (1981) Responsabilidad civil contractual y extracontractual y su aplicación

en el contrato de transporte, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ISSN 0120-

3886, N°. 52, 1981. págs. 117-

143<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212458>

Tamayo Jaramillo, Javier. (2012). La responsabilidad del estado el daño antijurídico. Constitución

política, Art. 90 el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Medellín, Colombia:

Biblioteca Jurídica Dike

Tejada González, Mario César. 2017. "Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación

injusta de la libertad. (Spanish)." *Revista Jurídica PIELAGUS* 16 (1): 89–99.

United States, Legislative Counsel. *Compilation of Patient Protection and Affordable Care Act : as Amended through May 1, 2010 Including Patient Protection and Affordable Care Act Health-Related Portions of the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*. Washington: U.S. Government Printing Office, (Mayo, 2010) § Sección 10607. 399V-4. State demonstration programs to evaluate alternatives to current medical tort litigation. Pp. 915-917. <https://www.hhs.gov/sites/default/files/ppacacon.pdf>

Vie Publique (2018) Quelles sont les différentes formes de responsabilité de l'administration
<https://www.vie-publique.fr/fiches/20274-queelles-sont-les-formes-de-responsabilite-de-ladministration>

WKW, Wilson Kehoe Wininghan, (2020) “When Medical Malpractice Becomes Criminal”
<https://www.wkw.com/indianapolis-medical-malpractice-lawyers/blog/medical-malpractice-become-criminal/>

Velázquez, P. O. (2009) *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad de la Sabana, Ed. Temis S.A.

3 Minutes Pour Comprendre La Sécurité Sociale. (2022) *Securite-Sociale.Fr*. <https://www.securite-sociale.fr/la-secu-cest-quoi/3-minutes-pour-comprendre>.

Sentencias y Legislación

Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sentencia C- 333/96, de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia, T-760/08. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa, 31 de Julio de 2008

Corte Constitucional - Sentencia C-1008/10, Referencia: Expediente D-8146, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, 9 de diciembre de 2010

Corte Constitucional, Sentencia SU659/15 Referencia: expediente T-3.795.843 Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, 22 de octubre de 2015

Corte Constitucional, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona SC003-2018 Radicación: 11001-31-03-032-2012-00445-01, 12 de enero de 2018

Corte Constitucional, Sentencia T-001-2018, Referencia: Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, 15 de enero de 2018.

Corte Constitucional, Sentencia T- 171/2018, Expediente T-6.406.033. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. 7 de mayo de 2018

Corte Constitucional Su 072/2018, Referencia: T-6.304.188 y T-6.390.556 (AC) Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, 5 de julio de 2018

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia (1890) Corte Suprema de Justicia, 20 de octubre de 1898, Gaceta Judicial, Bogotá, 28 de marzo de 1890, año xvi, n.º 685,

Corte Suprema de Justicia, febrero 17 de 1925, Magistrado Ponente: Dionisio Arango

Corte Suprema de Justicia, junio 9 de 1926 Magistrado Ponente: Luzardo Fortul

Corte Suprema de Justicia Diciembre 10 de 1937, Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo

Corte Suprema de Justicia agosto 17 de 1939 Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil GJ. XLIX, pág. 115-122, Magistrado Ponente:
Liborio Escallón, 5 de marzo de 1940

Corte Suprema de Justicia, 10 de julio de 1941, Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5507, M.P. José Fernando Ramírez
Gómez; 30 de enero de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de septiembre de 2002, Radicado n°. 6199
Magistrado Ponente: Nicolas Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 noviembre de 2011. Radicado 11001- 3103-
018-1999-00533-01 Magistrado Ponente: William Namen Vargas,

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01, 5 de
noviembre de 2013, M.P: Arturo Solarte Rodríguez

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil SC15746-2014, 14 de noviembre de 2014.
Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01 Magistrado Ponente: Fernando Giraldo
Gutiérrez

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Proceso SC12947-2016 Radicación n° 11001 31 03 018 2001 00339 01 15 de septiembre de 2016, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de mayo de 2017. SC7110-2017, Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, SC2804-2019, Radicado: 76001-31-03-014-2002-00682-01, 26 de julio de 2019, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente: 6515. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta, 31 de octubre de 1991.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 1999 Expediente. No. 6334. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14786. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 03 de mayo de 2007. Radicado: 16.696. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285) Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gomez

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia abril 28 de 2010, Expediente rad. 25000-23-26-000-1995-01040-01 (17725). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 11 de agosto del 2010. Radicado: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 9 de febrero del 2011. Radicado: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C .Sentencia 15 de noviembre de 2011. Radicación: 2300123310001997089340. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero del 2012. Radicación: 19001-23-31-000-1998-01005-01(21726) Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente: 21515. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Sentencia 8 de mayo de 2013 Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01293-01(27522).
Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp: 31170. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 20 de octubre del 2014. Radicado: 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060). Consejero ponente: Enrique Gil Botero

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B . Sentencia 29 de abril de 2015 Radicación número: 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574) consejero Ponente: Ramiro De Jesus Pazos Guerrero

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 22 de abril del 2015. Radicado: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146) Consejera ponente: Stella Conto Díaz de Castillo

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de agosto de 2016. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano

Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 3 de octubre de 2016 Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057). Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia de 1 de agosto de 2018, Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02319-01(39864) Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo

Código Civil, 1873, ley 84 de 26 de mayo de 1873. Código Civil De Los Estados Unidos De Colombia.

Ley Numero 100 de 1993 (Diciembre 23) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, Congreso de Colombia

Ley Estatutaria 1751 de 2015. Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Ley Estatutaria Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones