

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL

**Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre (09)
de dos mil dieciséis (2016).**

**Radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01
SC13925-2016**

**Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
(Aprobado el 24 de agosto de 2016)**

MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE

LOS HECHOS:

1. Una mujer de 40 años acudió al servicio de urgencias de una clínica presentado fuerte dolor abdominal y calambres en la pierna derecha. Fue atendida, le diagnosticaron “cólicos menstruales” y le formularon analgésicos. Fue dada de alta.
2. Al día siguiente, regresó al mismo centro hospitalario con los mismos síntomas y le fue diagnosticada “infección renal” por un médico diferente de quien la había atendido el día anterior.
3. Al día siguiente volvió a la misma IPS debido a la persistencia del dolor abdominal y fue diagnosticada con “dolores producidos por dispositivo intrauterino”.
4. Al día siguiente regresó a la misma institución debido a la intensidad y persistencia del dolor. El médico que la atendió dijo no haberse dado el tratamiento correcto y ordenó cirugía inmediata por “apendicitis aguda perforada”.
5. Cuatro días después de la cirugía fue dada de alta, cuando aún presentaba fiebre y dolor. Se le indicó al esposo que comprara unas



inyecciones de antibiótico que no estaban cubiertas por el seguro debido a su elevado costo. Cuando la EPS supo el lugar donde residía la señora, manifestó que no podían enviar a una enfermera a ese lugar para aplicarle las inyecciones. Tomando en cuenta que la familia manifestó carecer de recursos para comprar los medicamentos, el médico encargado ordenó que permaneciera hospitalizada un día más.

6. Al día siguiente fue dada de alta y le formularon únicamente Acetaminofén.
7. Tres días más tarde en la revisión de rutina, el médico manifestó que se encontraba en muy buenas condiciones.
8. Tres días más tarde fue trasladada a la IPS en condiciones muy graves. Fue intervenida quirúrgicamente en 5 ocasiones durante los siguientes 6 días. La paciente falleció de un choque séptico.
9. La historia clínica se elaboró con errores y falencias que implican el incumplimiento de las obligaciones legales sobre la materia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que no se encontraban acreditados los elementos de la responsabilidad civil. Consideró que los médicos actuaron de acuerdo a la *lex artis* y de manera oportuna, sin que pudiese atribuirse culpa a las entidades demandadas, debido a lo confuso de los síntomas presentados por la paciente. Atribuye la causa de la muerte a las reacciones del cuerpo.

RECURSO DE APELACIÓN:

Alega el recurrente que desde la primera atención que recibió la paciente, la conducta del personal médico fue negligente. Para cuando se hizo el diagnóstico acertado, el proceso infeccioso había evolucionado hasta un punto que culminó con la muerte de la paciente. Obran en el proceso suficientes elementos que prueban la responsabilidad derivada de la deficiente atención médica.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

La sentencia del Tribunal confirma la sentencia de primera instancia fundada en los siguientes puntos:

1. Existe cosa juzgada en lo penal, dado que la investigación contra el profesional que hizo el primer diagnóstico terminó con preclusión por no encontrarse prueba de su culpa.
2. De la revisión de la atención posterior al primer diagnóstico se concluye que no hubo culpa del médico tratante debido a que los síntomas eran difusos y podían corresponder a varias dolencias.
3. No hay prueba de la culpa del médico que hizo el diagnóstico, pues determinó el tratamiento de conformidad con su leal saber y entender, aunque después hubiese sido posible establecer que hubo un error de diagnóstico. Tal error no es constitutivo *per se* de la culpa del profesional.

DEMANDA DE CASACIÓN:

El casacionista formula tres cargos contra la sentencia:

Primer cargo:

Violación indirecta de las normas del Código Civil a causa de errores de hecho manifiestos y trascendentes por indebida apreciación de la prueba documental.

El ad-quem no valoró la historia clínica en su materialidad dejando de apreciar la realidad de la enfermedad de la paciente. Manifestó que a pesar de estar probado el error de diagnóstico, no se consideró demostrada la culpa del personal médico.

El juicio probatorio fue arbitrario, sin sustento racional por cuanto es insostenible concluir que el error de diagnóstico no se debió a la negligencia de los médicos. Resultaba forzoso realizar interrogatorios más exhaustivos y exámenes más completos para hacer el diagnóstico adecuado. En consecuencia, el error de diagnóstico fue consecuencia de la negligencia médica.

La conclusión probatoria del Tribunal fue errada.

Segundo cargo:

Violación indirecta de las mismas normas sustanciales por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Se omitió mencionar testimonios que demostraban la culpa en el error de diagnóstico, porque aludían a la mala atención recibida por la paciente.

Tercer cargo:

Violación indirecta de las mismas normas sustanciales por error de hecho al dejar de apreciar la prueba pericial.

El Tribunal violó las reglas de la sana crítica al valorar la prueba pericial de manera individual y en conjunto con los demás medios de prueba.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Resuelve conjuntamente los cargos formulados y casa la sentencia.

Considera que prima facie se observa el error del Tribunal, que incurrió en absoluta ausencia de valoración probatoria. La ausencia de valoración de las pruebas permite concluir que el Tribunal dictó una sentencia sin sustento fáctico.

El Tribunal no dio a las escasas pruebas que tuvo en cuenta el valor que éstas tienen respecto de los hechos en que se fundó la pretensión de declaración de responsabilidad de las entidades demandadas.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Antecedentes históricos de la responsabilidad civil extracontractual:

En el derecho romano la regla “No dañes a nadie” se entendió como un principio de moralidad, no como una norma jurídica que diera lugar a resarcimiento. Los delitos del antiguo derecho civil sólo producían responsabilidad por dolo. La Lex Aquiliana no exigía la culpa como requisito del daño.

En el periodo clásico, la ley, los cuasicontratos y los cuasidelitos eran fuente formal de derecho, lo que lleva a concluir que no podía existir un concepto abstracto de culpa tal como se conoce en la actualidad. La noción de culpa siempre fue en Roma un concepto huidizo.

Fue sólo hasta el periodo del Derecho Común, que va desde el Siglo XIV hasta la Codificación, cuando se empezó a hablar de un principio fundante de la responsabilidad civil.

Domat planteó la obligación de reparar los daños causados por una persona por su imprudencia o falta. Pothier siguiendo estas enseñanzas planteó la tesis que significó el abandono de la noción romana de daño fundada en situaciones casuistas y típicas.

2. La cláusula general de responsabilidad extracontractual:

El precepto obligacional de no dañar adquirió entonces la categoría de principio jurídico, fundado en la tesis de Domat quien lo consideró un principio general de derecho natural.

En la concepción de responsabilidad civil de las codificaciones del siglo XIX, está obligado a indemnizar el que con dolo o culpa lesiona la integridad personal, la libertad u otro bien jurídico ajeno.

3. Elementos de la responsabilidad:

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio sufrido por una persona pase a ser responsabilidad de otra son:

3.1. El daño jurídicamente relevante: El bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. El criterio para establecer la existencia del daño, es entonces, normativo, *“lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico marcan las pautas para determinar lo que debe considerarse como daño.”*

El daño antijurídico es diferente de la conducta antijurídica. Lo que caracteriza a la noción de daño no es la mera infracción de un deber jurídico, sino las repercusiones que la conducta antijurídica aparea en el menoscabo de los bienes ajenos.

La jurisprudencia ha sido la encargada de concretar el alcance de la noción de daño y su tipología en cada momento histórico de acuerdo con los principios y valores en que se funda el sistema jurídico vigente, y atendiendo al postulado de reparación integral.

- 3.2. Atribución del daño a un agente: El daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de imputación de la acción (o inactividad) a un sujeto.

La “*causalidad adecuada*” que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente debe ser entendida en términos de “*causa jurídica*” o imputación y no simplemente como un nexo de causalidad natural.

La “*causa jurídica*” o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico.

La prueba de la imputación de un hecho a un agente no se puede establecer a partir del análisis de la “*causalidad natural pura*”, porque las explicaciones físicas o mecánicas del comportamiento generador de un resultado no siempre son distinciones indiscutibles en el lenguaje jurídico y nunca lo son en materia de omisiones y responsabilidad indirecta.

Esto no implica prescindir de la determinación de la causalidad natural, sino ir más allá, a su sentido jurídico.

La atribución de un resultado lesivo a un sujeto no depende de la producción física del perjuicio. Así mismo, es posible atribuir la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber de actuar para evitarlo.

Resulta imposible aplicar la teoría de la “imputación objetiva penal” al campo civil. Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente deberá estar probado que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control, y que actuó o

dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitarlo, sin importar a quien corresponda aportar la prueba. Obviamente, admite la exoneración por causa extraña.

- 3.3. El juicio de reproche culpabilístico: No basta con que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya, sino que debe valorarse si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige. El reproche civil no radica en haber actuado mal, sino en no haber actuado conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo.

Esta culpa es diferente de la culpa subjetiva, autónoma o espiritualizada que sigue las máximas internas de la moral. *“Pues en materia de responsabilidad extracontractual la conexión psíquica o el componente anímico del sujeto con lo obrado resulta irrelevante.”*

La atribución de responsabilidad civil presupone libertad entendida como posibilidad de elección entre varias opciones según unas reglas de conducta social institucionalizada, *“independientemente del grado de consciencia que el agente tiene sobre las consecuencias jurídicas que podría acarrear el quebranto de tales reglas.”*

La culpa sin representación es suficiente para endilgar responsabilidad. Una vez alcanzado el umbral de la culpa media es posible atribuir un juicio de reproche civil.

“La culpabilidad extracontractual no admite graduación en la medida que para imponer la obligación de indemnizar no interesa la magnitud de dicho reproche subjetivo, ...”

“La culpa extracontractual no admite graduación, por lo que no son aceptables los distintos niveles de culpa que para la celebración de negocios acuñó la tradición romana, recogidos en el artículo 63 de nuestro ordenamiento civil.”

La culpa civil es un error o anomalía que surge de la comparación de la conducta pasada con el estándar de conducta jurídicamente aceptado.

El factor de reproche en sentido normativo es el producto de la confrontación del resultado acaecido con el resultado que se exige al sujeto como destinatario de las reglas de conducta de cada ámbito social o profesional.

La adecuación de la culpabilidad civil a valores jurídicos permite ampliar la visión de las instituciones jurídicas hacia un enfoque normativo. Permite comprender el fundamento de la culpabilidad de las personas jurídicas.

4. El fundamento de la responsabilidad directa de las personas jurídicas:

La doctrina de la responsabilidad moral no resulta idónea para explicar la responsabilidad civil por violación de bienes jurídicos ajenos. Hasta ahora se ha explicado la responsabilidad civil de los entes colectivos a partir de distintas posiciones:

- Responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno: esta tesis confundía la atribución del daño al ente colectivo con su culpabilidad.
- Doctrina de responsabilidad directa: llamada por la doctrina “*tesis organicista*”: asimilaba las personas jurídicas a seres biológicos u orgánicos con libertad de acción, voluntariedad y consciencia encarnada en los directivos, mientras que el personal subordinado u operario sólo comprometían la responsabilidad del órgano cuando el daño era ocasionado en seguimiento de las órdenes impartidas por los administradores.
- Responsabilidad directa cualquiera que sea la posición de los agentes productores del daño dentro de la organización. Solamente admite como causal de exoneración la causa extraña. No explica las diferencias entre la culpa de la persona jurídica y la atribución del hecho dañoso como suyo.

Concluye que el mayor impedimento para entender la culpa directa de los entes colectivos por los daños que ocasionan sus procesos organizacionales radica en creer que la responsabilidad civil se origina en la voluntariedad, autoconsciencia o moralidad, extraña por completo a la responsabilidad civil extracontractual.

5. La responsabilidad sistémica de las personas jurídicas:

Tomando en consideración la importancia del planteamiento, citamos textualmente la providencia. Al respecto dice la sentencia:

La responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado.

Los seres humanos son sistemas psíquicos, las personas jurídicas estructuradas en forma de organizaciones son sistemas compuestos por personas naturales, pero no son únicamente una suma o agrupación de personas naturales. De hecho, los sistemas organizativos se definen a partir de su diferenciación con el entorno y con los elementos que los conforman; por ello sus procesos, actuaciones, métodos, estructuras y fines no son los mismos ni coinciden con los de sus miembros o elementos.

De ahí que en tratándose de la responsabilidad de las personas jurídicas constituidas en forma de sistema, como lo son las entidades de la seguridad social en salud, lo primero que hay que hacer es adentrarse en el análisis del funcionamiento y estructura de dicho sistema, pues es la única forma de establecer el origen de la responsabilidad, su fundamento y los límites entre la responsabilidad del ente colectivo y la de cada uno de sus miembros.

Según se explicó en el capítulo anterior, la dogmática del siglo XIX permitió atribuir responsabilidad extracontractual al ente colectivo mediante la previa imputación del daño a un agente determinado, lo que implicaba desconocer la realidad de los procesos organizacionales del mundo de hoy, que suelen ocasionar daños a terceros mediante culpa o infracción de deberes de cuidado propios de la persona jurídica, aun cuando no sea posible atribuir el origen de la anomalía o hacer el juicio de reproche a un individuo en concreto.

Cierto es que los sistemas organizativos sólo pueden tomar decisiones y actuar a través de los seres humanos que los conforman, pero de ahí a dar por sentado que sólo son imputables las personas naturales hay una enorme distancia. Una cosa es que los procesos orga-

nizacionales con aptitud de ocasionar daños a terceros necesitan de la intervención humana para su realización, y otra bien distinta que esos procesos sólo sean atribuibles a los miembros de la organización en tanto individuos de la especie humana.

Es factible –y de hecho ocurre con frecuencia– que no sea posible realizar un juicio de reproche culpabilístico a un individuo determinado o a varios de ellos como generadores del daño, pero que sí estén probados todos los elementos para endilgar responsabilidad a la persona jurídica por fallas, anomalías, imperfecciones, errores de cálculo o de comunicación, y, en fin, violación de los deberes de cuidado de la propia organización, perfectamente identificables, constatables y reprochables, lo que impide considerarlos como “*anónimos*”.

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

A fin de establecer lo que se entiende por ‘conducta empresarial’ generadora de responsabilidad civil, es preciso tener una comprensión básica del funcionamiento de las organizaciones y de la forma en que éstas toman decisiones con relevancia jurídica, pues sería un error intentar obtener una formulación teórica de aquel concepto sin detenerse a analizar las explicaciones que se apoyan en los datos de la experiencia, en la medida que la realidad empresarial ha cambiado sustancialmente desde cuando se expidieron las normas que fundamentan el régimen general de responsabilidad civil, por lo que el simple hecho de copiar las formas antiguas no resulta satisfactorio para solucionar los problemas actuales.

La teoría clásica de la administración partía del enfoque organicista, es decir que concebía las organizaciones a partir de una analogía con los seres biológicos.

...

Sin embargo, no es acertado ampliar el ámbito de aplicación de aquellas normas a un contexto de responsabilidad corporativa, pues los hechos en que ésta se funda son completamente distintos a los de la responsabilidad derivada de la culpa *in vigilando* propia de la responsabilidad de los padres, maestros, amos (hoy empleadores) y demás personas naturales llamadas a responder por el hecho de un tercero que está bajo su dependencia y cuidado, por lo que no es admisible extender los efectos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil a circunstancias fácticas ajenas a los supuestos de hecho contenidos en esas disposiciones.

...

La responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en los artículos 2347 y 2349 de la ley sustancial, se estructura sobre el deber de vigilancia que la norma impone a los padres, tutores, curadores, directores de colegios y escuelas, y empresarios sobre sus hijos, pupilos, artesanos, aprendices y dependientes, respectivamente.

En estos eventos la ley establece que los primeros, debido a la posición dominante que les otorga su autoridad, tienen el deber de impedir que los segundos actúen en forma imprudente, de suerte que si la conducta de éstos genera algún tipo de daño, la ley presume que ello acontece por desatender u omitir su función de buenos vigilantes. El reproche de culpabilidad no se circunscribe en estos casos a analizar si hubo o no culpa en la producción del daño, sino a valorar la vigilancia que el superior ejerce sobre quien está bajo su cuidado.

En cambio, en el esquema de producción contemporáneo, influido por una economía mercado en la que tienen lugar actividades empresariales a gran escala, no hay ninguna razón para exigir a las empresas un deber de vigilancia sobre la conducta de sus subordinados para efectos de deducir responsabilidad directa por los daños causados a terceros, toda vez que esta responsabilidad no surge de

la falta de vigilancia de los directivos sobre los trabajadores, sino de la culpa de la persona jurídica por la realización de sus procesos organizativos, de la cual se puede eximir si demuestra los mismos supuestos de hecho que pueden esgrimir las personas naturales, esto es el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, y la diligencia y cuidado socialmente esperables.

Hoy en día no es posible exigirle a una empresa que adopte una determinada política de control de personal, de imposición de disciplina o planificación de métodos, dado que ello está reservado al libre diseño de la organización según la racionalidad pragmática o estratégica que desee implementar en el modelo de producción adoptado o, inclusive, por factores externos que escapan a su facultad de decisión. Cada empresa sabrá, según su propia estructura organizacional, si ejerce o no vigilancia sobre sus trabajadores y en qué medida lo hace, sin que el derecho civil tenga ningún poder de injerencia en el moldeamiento de esa relación.

Lo anterior se evidencia en la atención que las instituciones prestadoras del servicio de salud brindan a sus clientes, para lo cual contratan personal administrativo, médico y paramédico (agentes) cuyas acciones no pueden ser verificadas por el centro de decisión (principal). En este caso se produce una situación de asimetría de la información que pone en desventaja al principal, porque una vez establecido el vínculo contractual, el principal no puede verificar, observar o vigilar la acción que el agente realiza, o no tiene forma de controlar perfectamente esa decisión.

La institución podrá instaurar rigurosos procesos de selección de personal, establecer planes de acción previos, capacitar o instruir a sus agentes, implementar modelos de acción, protocolos de atención o instructivos de decisión; podrá, incluso, ejercer un control posterior mediante auditorías. Pero lo que no podrá hacer jamás, porque escapa totalmente a sus posibilidades reales, es controlar, vigilar, observar o verificar por completo la labor desempeñada por sus agentes al momento de brindar la atención al cliente. La responsabilidad del principal, por tanto, no puede depender de unas variables altamente difusas y borrosas que están más allá de sus facultades materiales.

Para efectos de atribuir responsabilidad patrimonial a una persona jurídica organizativa por los perjuicios causados a terceros en despliegue o con ocasión de su función, al derecho no le interesa si el agente dañador está sujeto a vigilancia, control y dirección; ni el grado de autoridad o cuidado al que está sometido; ni el eventual beneficio que el servicio del trabajador reporte al principal; o si el auxiliar acata las instrucciones de su superior o actúa en contravía de ellas; o si la empresa recibe un beneficio económico (o pérdidas) del trabajo de sus auxiliares.

Es más, ni siquiera en todos los casos es exigible la falta de cuidado atribuible a una persona natural determinada, porque lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa *in operando*, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores.

En los años recientes, la teoría y práctica de la administración ha experimentado cambios sustanciales desde un enfoque de sistemas que permite identificar las operaciones no como actos de voluntad de los individuos sino como procesos que surgen como un todo organizado, compuesto por distintos elementos identificables a partir de la distinción con el entorno donde operan. Las organizaciones se consideran sistemas en continua interacción con el entorno, lo que permite identificar las variables internas y externas que tienen impacto sobre las acciones y decisiones administrativas y el desempeño organizacional en cada situación específica.

Las funciones de un sistema dependen de su estructura y organización, y atienden a las condiciones de la realidad, por lo que son contingentes y variables según las circunstancias particulares de las empresas, lo que permite atribuir responsabilidad a la persona jurídica de conformidad con los fines implícitos en cada proceso, los flujos de comunicación de los distintos elementos, los factores de

decisión y la ejecución de las técnicas de producción o prestación del servicio. El diseño organizativo está profundamente afectado por la tecnología que utiliza la organización, siendo una especie de esta tecnología el conocimiento que tienen las personas naturales que forman parte de la empresa.

La organización es un sistema complejo que se define como un conjunto de elementos interrelacionados para alcanzar un objetivo o lograr un fin. «*Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes*». (Ludwig Von Bertalanffy. Teoría general de los sistemas. México: FCE, 2014. p. 56). Tales elementos son interdependientes, por lo que no basta estudiarlos aisladamente. No obstante, para la identificación de una *unidad de acción* susceptible de imputación no es posible abarcar la totalidad de las relaciones o condiciones de contorno dentro del sistema complejo, por lo que se presenta la necesidad de introducir criterios de selección según el marco de valores del ordenamiento jurídico.

En la atención a un cliente del sistema de salud, por ejemplo, es poco probable que la responsabilidad se deduzca de la conducta de un individuo o que surja en un único instante, a menos, claro está, que el daño se pueda imputar a una acción u omisión específica, lo que casi nunca ocurre.

Generalmente acontece que desde que el paciente entra en contacto con el sistema sanitario para obtener el restablecimiento de su salud, es atendido por agentes administrativos, médicos, paramédicos y coordinadores, que interactúan entre sí y con el paciente y su familia, a fin de lograr el propósito esperado mediante la ejecución de procesos de diagnóstico, tratamiento, quirúrgicos, de recuperación, seguimiento, control de resultados y los demás que se estimen necesarios según el estado de la ciencia, quedando un gran número de estos procesos determinados por la estructura misma y no sólo por sus elementos. (Rolando García. Sistemas complejos. Barcelona: Gedisa, 2013. p, 52)

La estructura establece una articulación entre todos sus elementos, los cuales están suficientemente bien diferenciados como para ser considerados unidades de análisis cuyas propiedades integrales y

relaciones mutuas definen las características del sistema total. Las funciones de los elementos del sistema son diferenciables pero no independientes o aisladas, por lo que cada uno de éstos se define en relación con los otros. El sistema, a su vez, está inmerso en una realidad más amplia con la cual interactúa, y que influye en mayor o menor medida en el éxito de los procesos.

En el análisis de un sistema complejo existen dos niveles de descripción: el de los procesos llevados a cabo por cada elemento del sistema y el de los procesos que tienen lugar en el sistema como un todo, y que están determinados por las interrelaciones entre los elementos. La identificación del proceso unitario a partir del cual se deduce responsabilidad por deficiente prestación del servicio de salud depende de la especificación de un fragmento espaciotemporal en el que se seleccionan los elementos, las decisiones, las operaciones y los flujos de comunicación correspondientes a cada proceso con relevancia para incidir en el resultado final que se investiga, por fuera del cual quedarán otros tantos que el observador considera intrascendentes.

Esta selección permite atribuir las consecuencias de la negligencia únicamente a los factores que tuvieron una injerencia o correlación preponderante en su producción, evitando atribuir responsabilidad a los elementos o variables irrelevantes.

De ese modo el juicio de reproche puede recaer sobre la organización; sobre uno o algunos de sus elementos humanos; sobre la organización y uno o alguno de sus elementos, en forma solidaria cuando se cumplen los presupuestos del artículo 2344 del Código Civil; o no recaer sobre ninguno de ellos, según las circunstancias del caso. Todos ellos, tanto el sistema en conjunto como cada uno de sus miembros, tienen las mismas posibilidades de exonerarse de responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado.

La información que está al alcance de cada organización pasa a desempeñar un papel trascendental al momento de atribuir responsabilidad, porque frente a un dominio de información incompleta o asimétrica que altera el desempeño de la empresa y afecta el equili-

brio de la competencia perfecta, no es posible exigir el cumplimiento de estándares de responsabilidad basados en una racionalidad ideal máxima. Por ello, la violación del estándar de conducta exigible sólo puede determinarse a partir de un parámetro de diligencia adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, lo que permite identificar la culpa de la organización.

6. La responsabilidad civil de las entidades del sistema de seguridad social en salud.

De igual manera tratándose de este punto, tomando en consideración la importancia del planteamiento, citamos textualmente la providencia:

Hasta hace solo un par de décadas era frecuente que los pacientes acudieran voluntariamente al médico que por su grado de cercanía o por su fama les generaba la confianza suficiente para poner en sus manos la cura de su salud. Era, por lo general, el médico de la familia, “de cabecera”, de la localidad o, en fin, el profesional con quien los pacientes podían establecer una relación de proximidad personal que caracterizaba la atención médica destinada a tratar o curar una dolencia específica. De ahí que el vínculo jurídico que nacía entre el médico y su paciente fuera considerado como un contrato bilateral, principal, de ejecución instantánea, la mayoría de las veces *intuitio personae*, consensual, conmutativo y de libre discusión.

Como este vínculo jurídico surgía por la voluntad de ambas partes, el médico respondía por los daños que causaba al paciente en razón del incumplimiento de las estipulaciones pactadas en el convenio celebrado. De igual manera respondía por las acciones u omisiones culposas del personal que estaba a su cargo, siempre y cuando tales perjuicios ocurrieran en el ámbito de sus funciones, es decir, en razón y con ocasión de la prestación del servicio médico.

Esta especie de responsabilidad, simple por demás, no ha desaparecido del todo, pero hay que reconocer que cada vez se encuentra más en desuso, sobre todo después de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993), a partir del cual la prestación de los servicios médicos dejó de ser

una labor individual para convertirse en una actividad empresarial, colectiva e institucional, que abrió paso a lo que hoy se denomina “macro medicina”, en la que el enfermo ya no es considerado un paciente sino un cliente más dentro del engranaje económico que mueven grandes organizaciones, y en la que el usuario no acude ante su médico de confianza sino ante una estructura corporativa que relegó el factor *intuitio personae* a su más mínima expresión.

La masificación del servicio de salud trajo consigo la despersonalización de la responsabilidad civil médica, que ahora no sólo se puede originar en la culpa del facultativo sino en la propia culpa organizacional, en muchos casos no atribuible a un agente determinado.

Asimismo, los grandes adelantos de la ciencia moderna, el aumento de los aciertos terapéuticos, el uso de nuevas tecnologías, los resultados demostrados por la práctica de la medicina preventiva, el progreso de la medicina de precisión y la terapia dirigida cuando ello es posible, y la masificación del servicio de salud como producto de consumo, han hecho de la medicina una disciplina sofisticada, en la que se ha acumulado una enorme fuente de pronósticos, diagnósticos, tratamientos y procedimientos fidedignos según el buen hacer profesional, que la han elevado a los más altos niveles y minimizan el ámbito de lo fortuito porque acrecientan el margen de lo previsible, sin que ello signifique que las circunstancias atribuibles a la fatalidad hayan desaparecido por completo.

De ahí que tanto las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud como los profesionales que fungen como agentes suyos, están cada vez más inmersos en un contexto de responsabilidad, porque entre mayor es el saber científico, la actualización de los conocimientos, el poder de predicción de los resultados y el dominio de las consecuencias, se incrementa el grado de exigencia ética y jurídica que se hace a las empresas y agentes prestadores del servicio de salud.

Es esperable que a mayor comprensión sobre los procedimientos y técnicas idóneas que rigen un ámbito especializado de la ciencia, más grande es el poder de control sobre el mismo y mayores las posibilidades de evitar resultados adversos, lo que aumenta el grado de exigencia de responsabilidad.

Aunque el sistema de seguridad social está orientado por el principio de la solidaridad, ello no significa que la medicina sea una actividad de caridad o beneficencia, pues las entidades promotoras y prestadoras del servicio están organizadas bajo un modelo de economía de mercado en el que los afiliados al régimen contributivo y sus empleadores tienen que pagar por el servicio que reciben; mientras que en el régimen subsidiado los afiliados pagan una cotización que se financia con ingresos fiscales o de la solidaridad, lo que convierte al cliente en acreedor del derecho a una asistencia sanitaria de calidad “*en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.*” (Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 9°)

El rompimiento de los moldes clásicos en los que se enmarcaba el ejercicio de la medicina como profesión liberal, caracterizada por las obligaciones emanadas de la relación médico-paciente, ha hecho que el esquema de la responsabilidad civil fundado en la culpa individual se muestre insuficiente frente a las reclamaciones por daños a la salud producidos por la estructura organizacional de las entidades del sistema de seguridad social, pues bajo este nuevo modelo surge una amplia gama de problemas que ameritan una solución distinta a la luz del paradigma de sistemas.

No es posible, entonces, decidir las controversias jurídicas que involucran la responsabilidad de los médicos y de la estructura del sistema de seguridad social en salud bajo una interpretación tradicional del derecho civil concebida para endilgar responsabilidad en el ámbito exclusivo de las relaciones médicas interpersonales.

Bajo este nuevo enfoque, el primer punto que toca analizar –porque de él depende el tratamiento y la solución que se le dé al problema jurídico planteado– es el concerniente a la naturaleza jurídica de la obligación de la cual surge la responsabilidad que se reclama.

6.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud.

En la responsabilidad civil que surge de los daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud, el objeto,

fundamento y características del servicio de salud; la afiliación al sistema; la forma de pago y monto de las cotizaciones; el régimen de beneficios; las garantías y deberes de los usuarios; los deberes de los empleadores; la dirección, administración y financiación del sistema; su organización, control y vigilancia; y, en fin, todo lo concerniente a las obligaciones y derechos de los integrantes del sistema, sean prestadores o usuarios, está regulado por el Título II (artículos 152 y siguientes) de la Ley 100 de 1993 y disposiciones modificatorias y complementarias.

Poco queda a la iniciativa privada de las partes, salvo la posibilidad de escoger la entidad promotora de salud a la que tienen que afiliarse, así como la de acudir a la institución prestadora de su preferencia cuando ello es posible según las condiciones de oferta de servicios (artículo 153-4, *ejusdem*).

El artículo 153-2 de la Ley 100 consagra la obligación para todos los habitantes del país de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, por lo que todo empleador tiene la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. De igual manera, los trabajadores independientes o contratistas están obligados a cotizar al régimen contributivo en salud.

A su turno, el artículo 157 *ejusdem* establece los tipos de participantes en el sistema de salud, siendo éstos los afiliados mediante el régimen contributivo, los afiliados mediante el régimen subsidiado, y los participantes sin capacidad de pago que están vinculados en forma temporal mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.

Por su parte, el artículo 183 de ese estatuto prohíbe a las entidades promotoras de salud terminar en forma unilateral la “relación contractual” con sus afiliados o negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen.

No sólo la afiliación es un acto obligatorio para la población con capacidad de pago y para las EPS, sino que el monto y forma de hacer las cotizaciones también lo son, en la medida que están preestablecidos por la ley y sobre tales aspectos no existe

ningún poder de negociación. De igual modo, el régimen de beneficios es inmodificable por el querer de las partes, de suerte que es muy poco lo que queda al arbitrio de la voluntad.

La afiliación se produce por una sola vez, sin que ese acto esté sujeto a negociaciones o acuerdos de ninguna especie, y a partir de ese momento los participantes del sistema no pierden tal calidad, siendo beneficiarios de todas las prestaciones asistenciales consagradas en la ley, por lo que el vínculo legal que surge del sistema de seguridad social en salud comporta una relación legal permanente. Esta relación jurídica –se reitera– se establece por una sola vez y para siempre entre el usuario y el sistema de seguridad social en salud, mas no con una empresa o entidad específica.

Como participantes del sistema de seguridad social en salud, las personas esperan una eficiente prestación del servicio que pagan mensualmente mediante un aporte económico individual o familiar financiado directamente por el afiliado, o en concurrencia entre éste y su empleador; o bien a través de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad.

En su condición de clientes del sistema, los pacientes se presentan ante las instituciones prestadoras del servicio de salud en calidad de *usuarios del servicio público de salud* que administran y promueven las entidades de la seguridad social, por lo que el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario.

6.2. La imputación del daño a las empresas promotoras de salud, a las instituciones prestadoras del servicio y a sus agentes.

Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya *«función básica será*

organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el *juicio de atribución del hecho* a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «*son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley*».

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso

los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aque-

llos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

6.3. La diligencia y cuidado de las instituciones prestadoras del servicio de salud y sus agentes.

La atribución de un hecho lesivo a un agente u organización como suyo es necesario pero no suficiente para endilgar responsabilidad civil, como se ha explicado extensamente con anterioridad. Para esto es preciso, además, que el daño sea el resultado de una conducta jurídicamente reprochable en términos culpabilísticos.

La prudencia en el ámbito de la prestación del servicio de salud es el término medio en las acciones y operaciones profesionales, es no obrar por exceso ni por defecto según los estándares aceptados en los procedimientos y la práctica científica de una época y lugar determinados.

De igual modo se ha explicado que para la atribución de responsabilidad organizacional no basta con analizar la conducta aislada de los elementos del sistema, sino que debe valorarse el nivel organizativo como un todo.

La culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una *unidad de acción* selectivamente relevante que tiene en cuenta los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema. Por ello, el juicio de reproche ha de tomar en consideración, además de las acciones y omisiones organizativas, las fallas de comunicación del equipo de salud que originan eventos adversos cuando tales falencias podían preverse y fueron el resultado de la infracción de deberes objetivos de cuidado.

Según los estándares aceptados en la práctica profesional de la salud, los problemas de comunicación entre los proveedores de atención médica y entre ellos y sus pacientes afectan seriamente el desenvolvimiento de la atención y son una de las principales causas de responsabilidad por negligencia médica. (Fabián Vítolo, Problemas de comunicación en el equipo de salud, Biblioteca virtual Noble, 2011)

...

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “*cultura de seguridad del paciente*”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

Según los expertos en la materia, existe una cultura de seguridad «*cuando hay un esfuerzo organizacional centrado en salvaguardar el bienestar de los pacientes, que cuenta con el compromiso del personal y la jefatura. Todos los involucrados asumen la responsabilidad de la seguridad del paciente y su familia, y el personal de salud se siente seguro al comunicar instancias que comprometen el cuidado de un paciente o la ocurrencia de situaciones adversas*». (Barbara Soule. Seguridad del paciente).

Para poder realizar un trabajo eficaz, óptimo y conforme a los estándares de la ciencia, las organizaciones proveedoras de servicios médicos tienen el deber legal de implementar la cultura de seguridad del paciente. Esta es una de las operaciones empresariales más importantes para la disminución de errores médicos, y es una variable que cobra gran fuerza en la valoración que el juez civil realiza acerca de la diligencia y el cuidado que debió tener la entidad sobre un proceso respecto del cual ejercía control.

«*Una cultura de seguridad del paciente implica liderazgo, trabajo en equipo y colaboración, prácticas basadas en la evidencia, comunicación efectiva, aprendizaje, mediciones, una cultura de trato justo, pensamiento sistémico, factores humanos y una política de tolerancia cero*». (Ibid)

Los flujos eficientes de información son absolutamente importantes para lograr una atención integral, continua y de calidad según los estándares del ámbito médico; siendo la historia clíni-

ca uno de los instrumentos más valiosos –si no el máspreciado de todos– para efectos de transmitir una correcta información que redundan directamente en la salud del usuario. Tan importante como los conocimientos médicos y la pericia profesional al momento de aplicarlos, es la transmisión óptima de ese conocimiento al equipo de trabajo, al paciente y a su familia.

Lo anterior no sólo se debe a la garantía del derecho fundamental a la información, sino, principalmente, a que un quiebre en la comunicación de los profesionales de la salud aumenta enormemente las probabilidades de errores previsibles que la organización tenía el deber de evitar. Ello no es algo que traspase las posibilidades cognoscitivas de los miembros de la empresa de salud ni es una política que la organización puede adoptar o inobservar a su antojo, sino que es una verdadera obligación jurídica.

En efecto, la Resolución número 1995 de 1999 emanada del Ministerio de Salud, por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, define este instrumento como un documento *«en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención»*.

Con el fin de lograr la eficiente transmisión de la información consignada en la historia clínica, el artículo 5º *ejusdem* dispone que este documento *«debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma»*.

La violación de estas normas técnicas lleva implícita la culpa de la organización sanitaria cuando los daños ocasionados a los usuarios del sistema de salud pueden estar razonablemente relacionados con brechas en la comunicación que resultan del diligenciamiento y manejo inadecuado de la historia clínica.

Así, no consignar en forma clara, precisa y según los estándares legales y técnicos los resultados obtenidos por el médico en un

diagnóstico inicial, aumenta las probabilidades de que ante la presencia de un error, el profesional que atiende al paciente en una oportunidad futura persista en tal equívoco, y de esa forma se aumente la cadena de errores constitutivos de culpa por no actuar de conformidad con las pautas establecidas para la prevención, disminución y erradicación de eventos adversos.

En un sentido similar, el ocultamiento de los errores propios o ajenos detectados en los diagnósticos, tratamientos o procedimientos que realizan los profesionales de la salud aumenta considerablemente las posibilidades de que el error inicial se incremente por una conducta negligente. Mientras que el descubrimiento y la denuncia oportuna de tales errores demuestran una conducta prudente, honesta y ética encaminada a la disminución de los daños y a una atención humana, continua, integral y de calidad, como lo ordena la ley.

«...ninguno de los operadores sanitarios podrá excusarse y liberarse de responsabilidad con el argumento simplista de que “fue el otro quien lo hizo”, puesto que existe una responsabilidad conjunta y solidaria en virtud de la cual se exige al último que haya intervenido en la prestación del servicio mayor diligencia que al anterior facultativo, con el fin de revertir el efecto dañoso que el “error” antecedente hubiese causado». (Gustavo López-Muñoz y Larraz. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 21)

Es posible, entonces, que un diagnóstico o tratamiento parezca adecuado si se lo examina de manera aislada; pero que si se analiza en un contexto organizacional, haya sido defectuoso según los estándares médicos por la negligencia del profesional al no fijarse en el diagnóstico o tratamiento que hizo el médico que atendió al paciente en una oportunidad anterior y que estaba consignado en la historia clínica, infringiendo de ese modo los deberes de cuidado propios y organizacionales.

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o

repetición de tales fallas siendo previsible y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsible ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

El error al que aquí se alude es el “error negligente”, *«más claro aún: el que se origina cuando se quiebran por el agente causante del error los criterios y niveles exigibles y esperables de conducta profesional sanitaria y que, además, como consecuencia del cual se produce [o ha existido el riesgo de que se produzca] en el paciente un efecto lesivo y/o perjudicial. El hecho de que la medicina sea, aún en nuestros días de gran progreso tecnológico, más un arte que una ciencia dura como, por ejemplo, la matemática, la física, la química y que, debido al factor reaccional propio de cada enfermo no pueda predecirse un resultado exacto del tratamiento prescrito para curar una enfermedad o dolencia, NO significa que el “error”, dentro del contexto sanitario en que nos movemos, sea permisible ni tolerable. Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y de la prestación de todos los medios de diagnóstico y tratamiento disponibles, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados».* (Gustavo López-Muñoz y Larraz. *El error sanitario*. Madrid, 2003. p. 20)

La culpa de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia.

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES

La sentencia sustitutiva reviste una especial importancia en cuanto se refiere al tema de la responsabilidad civil extracontractual y en lo relacionado con la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas.

Si la sentencia afirma: *“Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.”*

El daño ocasionado por la estructura organizacional, podría considerarse como una nueva causal admisible de exoneración de responsabilidad para los agentes médicos?

Respecto a la responsabilidad civil extracontractual, deja claramente establecido la Corte que son tres los elementos de la responsabilidad:

1. El daño jurídicamente relevante: El criterio para establecer la existencia del daño, es normativo, *“lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico marcan las pautas para determinar lo que debe considerarse como daño.”*
2. La atribución del daño a un agente: Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente deberá estar probado que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control, y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitarlo.
3. El juicio de reproche culpabilístico: No basta con que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya, sino que debe valorarse si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige. El reproche civil no radica en haber actuado mal, sino en no haber actuado conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo.

La culpa civil es un error o anomalía que surge de la comparación de la conducta pasada con el estándar de conducta jurídicamente aceptado. El factor de reproche en sentido normativo es el producto de la confrontación del resultado acaecido con el resultado que se exige al sujeto como destinatario de las reglas de conducta de cada ámbito social o profesional.

La adecuación de la culpabilidad civil a valores jurídicos permite ampliar la visión de las instituciones jurídicas hacia un enfoque normativo. Permite comprender el fundamento de la culpabilidad de las personas jurídicas.

Al analizar este elemento, la Corte dice que La culpa sin representación es suficiente para endilgar responsabilidad. Una vez alcanzado el umbral de la culpa media es posible atribuir un juicio de reproche civil. Afirma que *“La culpabilidad extracontractual no admite graduación en la medida que para imponer la obligación de indemnizar no interesa la magnitud de dicho reproche subjetivo, ... La culpa extracontractual no admite graduación, por lo que no son aceptables los distintos niveles de culpa que para la celebración de negocios acuñó la tradición romana, recogidos en el artículo 63 de nuestro ordenamiento civil.”*

En cuanto hace referencia a la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas, la Corte sostiene la tesis de la Responsabilidad Sistémica, afirmando: *“Ciertamente es que los sistemas organizativos sólo pueden tomar decisiones y actuar a través de los seres humanos que los conforman, pero de ahí a dar por sentado que sólo son imputables las personas naturales hay una enorme distancia. Una cosa es que los procesos organizacionales con aptitud de ocasionar daños a terceros necesiten de la intervención humana para su realización, y otra bien distinta que esos procesos sólo sean atribuibles a los miembros de la organización en tanto individuos de la especie humana.*

Es factible –y de hecho ocurre con frecuencia– que no sea posible realizar un juicio de reproche culpabilístico a un individuo determinado o a varios de ellos como generadores del daño, pero que sí estén probados todos los elementos para endilgar responsabilidad a la persona jurídica por fallas, anomalías, imperfecciones, errores de cálculo o de comunicación, y, en fin, violación de los deberes de cuidado de la propia organización, perfectamente identificables, constatables y reprochables, lo que impide considerarlos como “anónimos”.

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

A fin de establecer lo que se entiende por ‘conducta empresarial’ generadora de responsabilidad civil, es preciso tener una comprensión básica del funcionamiento de las organizaciones y de la forma en que éstas toman decisiones con relevancia jurídica, pues sería un error intentar obtener una formulación teórica de aquel concepto sin detenerse a

analizar las explicaciones que se apoyan en los datos de la experiencia, en la medida que la realidad empresarial ha cambiado sustancialmente desde cuando se expedieron las normas que fundamentan el régimen general de responsabilidad civil, por lo que el simple hecho de copiar las formas antiguas no resulta satisfactorio para solucionar los problemas actuales.

...

En el análisis de un sistema complejo existen dos niveles de descripción: el de los procesos llevados a cabo por cada elemento del sistema y el de los procesos que tienen lugar en el sistema como un todo, y que están determinados por las interrelaciones entre los elementos.

Seguro de Responsabilidad Civil:

En cuanto al aseguramiento de la responsabilidad civil, surgen los siguientes interrogantes:

- A. Si la responsabilidad civil extracontractual no admite graduación, ¿Qué pasa con la exclusión de la culpa grave que se encuentra consignada en la mayoría de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguro de responsabilidad civil que se utilizan en Colombia?
- B. Si el criterio para determinar establecer la existencia del daño, es normativo, “*lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico marcan las pautas para determinar lo que debe considerarse como daño*”, ¿Qué pasa con la exclusión de la cobertura otorgada mediante el seguro en los casos de incumplimiento de las normas jurídicas por parte del asegurado?
- C. Si la prueba de la imputación de un hecho a un agente no se puede establecer a partir del análisis de la “*causalidad natural pura*”, porque las explicaciones físicas o mecánicas del comportamiento generador de un resultado no siempre son distinciones indiscutibles en el lenguaje jurídico y nunca lo son en materia de omisiones y responsabilidad indirecta, y para que el juez declare que un hecho

es obra de un agente deberá estar probado que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control, y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitarlo,

Y si la atribución de responsabilidad civil presupone libertad entendida como posibilidad de elección entre varias opciones según unas reglas de conducta social institucionalizada, “*independientemente del grado de consciencia que el agente tiene sobre las consecuencias jurídicas que podría acarrear el quebranto de tales reglas.*” ¿Cómo se justifica la exigencia que se encuentra en muchas pólizas en el sentido de que el hecho generador del daño debe ser “**accidental, súbito, repentino e imprevisto**”?

En lo que se refiere al tema de la liquidación de la indemnización de perjuicios, la sentencia tiene importancia en cuanto la condena por concepto de daño moral se profiere por \$60'.000.000 para cada uno de los reclamantes. La cuantía máxima por la que había condenado la Corte antes de esta sentencia era de \$55'.000.000 por reclamante. Este aspecto debe ser tomado en consideración al momento de suscribir pólizas de seguro de responsabilidad civil para establecer la suficiencia del amparo de los perjuicios extrapatrimoniales.

A partir de las decisiones adoptadas por las altas cortes en materia de responsabilidad civil, el sector asegurador se enfrenta a la necesidad de revisar y ajustar los términos y condiciones en que viene otorgando las coberturas, con el fin de lograr que el seguro de responsabilidad civil cumpla con los fines que le son propios, es decir con la protección del patrimonio del asegurado y el resarcimiento de la víctima.