



Universidad  
Nacional  
de Loja

**Universidad Nacional de Loja**  
Facultad Jurídica, Social y Administrativa

**Carrera de Derecho**

**Análisis jurisprudencial y doctrinario de la culpa virtual en el derecho civil  
ecuatoriano**

**Trabajo de Integración Curricular  
previo a la obtención del título de  
Abogado.**

**AUTOR:**

Bolívar Alejandro Naranjo Ajila

**DIRECTOR:**

Dr. Fransinl Alcívar Castillo Prado. PhD

Loja - Ecuador

2023

Loja 05 de abril de 2023

Dr. Fransin Alcívar Castillo Prado.

**DIRECTOR DE TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR**

**CERTIFICO:**

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Análisis jurisprudencial y doctrinario de la culpa virtual en el derecho civil ecuatoriano**, previo a la obtención del título de Abogado, de autoría del estudiante **Bolívar Alejandro Naranjo Ajila**, con **cédula de identidad Nro. 1104166952**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.




Dr. Fransin Alcívar Castillo Prado.

**DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR.**

## **Autoría**

Yo, **Bolívar Alejandro Naranjo Ajila**, declaro ser autor del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi Trabajo de Integración Curricular, en el Repositorio Digital Institucional - Biblioteca Virtual.

**Firma:** 

**Cédula No:** 1104166952

**Fecha:** 05/04/2023.

**Correo Electrónico:** bolivar.naranjo@unl.edu.ec

**Teléfono Celular:** 0968485395

**Carta de autorización por parte del autor, para la consulta, reproducción parcial o total y publicación electrónica de texto completo, del Trabajo de Integración Curricular.**

Yo, **Bolívar Alejandro Naranjo Ajila**, declaro ser autor del Integración Curricular denominado: **Análisis jurisprudencial y doctrinario de la culpa virtual en el derecho civil ecuatoriano** como requisito para optar al Título de **Abogado**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines Académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 05 días del mes de abril del dos mil veinte y tres, firma el autor.

**Firma:**



**Autor:** Bolívar Alejandro Naranjo Ajila

**Cédula No:** 1104166952

**Dirección:** Barrio San Pedro, calles: Colombia, Entre Brasil y Quebec.

**Correo Electrónico:** bolivar.naranjo@unl.edu.ec

**Teléfono Celular:** 0968485395

#### **DATOS COMPLEMENTARIOS**

**Director de Trabajo de Integración Curricular:** Dr. Fransinl Alcívar Castillo Prado. PhD.

## **Dedicatoria**

Dedico de todo corazón mi presente Trabajo de Integración Curricular, a Dios, cuyo amor y compasión no tiene fin, mi alegría es causa de este logro, resultado de su ayuda ya que, en mis peores momentos, cuando creo fallar, tú, Dios mío me extiendes tu mano para levantarme.

Con todo corazón, le agradezco a mi familia, especialmente a mis padres, no solo por estar presentes en esta etapa tan importante, sino en todo momento ofreciéndome lo mejor y dándome lo mejor a lo largo de toda mi vida, gracias por cada gota de sudor de su frente, a su trabajo y sacrificio, para que a lo largo de mis estudios no me faltara nada.

A mi pareja, estuviste a mi lado desde el primer día que comencé mi vida universitaria en buenos momentos e inclusive en los tormentosos siempre ayudándome, no fue sencillo culminar con éxito este proyecto, sin embargo, siempre me motivaste y me repetías que el día en que lo logré, estarías a mi lado, muchas gracias.

***Bolívar Alejandro Naranjo Ajila***

## **Agradecimiento**

A los distinguidos docente de la Universidad Nacional de Loja, quienes desde el primer día que estuve en su prestigiosa Institución, estos comenzaron a moldearme hasta el punto de convertirme en un profesional hecho y derecho habido de conocimiento, y en búsqueda de ser una persona útil para la sociedad

También quiero dedicar un agradecimiento especial a mi director de Trabajo de Integración Curricular el Dr. Fransinl Alcívar Castillo Prado. PhD, por haberme dado la oportunidad de recurrir a su capacidad y conocimiento científico, usted ha sido mi mano derecha en la realización de este complicado proyecto, es verdad que no ha sido nada fácil, sin embargo gracias a su importante ayuda esto ha sido un tanto menos complicado.

*Bolívar Alejandro Naranjo Ajila*

## Índice de contenidos

<b>Portada</b> .....	<b>i</b>
<b>Certificación</b> .....	<b>ii</b>
<b>Autoría</b> .....	<b>iii</b>
<b>Carta de autorización</b> .....	<b>iv</b>
<b>Dedicatoria</b> .....	<b>v</b>
<b>Agradecimiento</b> .....	<b>vi</b>
<b>Índice de contenidos</b> .....	<b>vii</b>
Índice de tablas .....	
Índice de figuras .....	
Índice de anexos .....	
<b>1. Título</b> .....	<b>1</b>
<b>2. Resumen</b> .....	<b>2</b>
2.1 Abstract .....	3
<b>3. Introducción</b> .....	<b>4</b>
<b>4. Marco teórico</b> .....	<b>6</b>
4.1 Concepto De Culpa .....	6
4.2 Concepto De Daño .....	6
4.3 Concepto De Daño Moral .....	7
4.4 Desarrollo Histórico De La Culpabilidad .....	8
4.5 La Culpa Virtual .....	9
4.5.1 Objetivo de la Culpa Virtual.....	11
4.6 Responsabilidad Civil del Estado .....	12
4.6.1 Responsabilidad civil subjetiva .....	13
4.6.2 Elementos De La Responsabilidad .....	13
4.6.2.1 Hecho Ilícito .....	13
4.6.2.2 Nexo Causal.....	14
4.6.2.3 Daño Causado.....	15
4.6.3 Requisitos del daño.....	16
4.6.4 La Carga De La Prueba .....	16
4.7 Constitución De La República Del Ecuador .....	18
4.7.1 La Ética Profesional En El Marco Constitucional.....	19
4.7.2 Diligencia Profesional .....	21
4.8 Código Civil.....	22
4.8.1 Responsabilidad Subjetiva Como Principio General Del Derecho Civil .	23
4.9 Derecho Comparado .....	23

4.9.1	Culpa Virtual En Colombia .....	23
4.9.2	Código Civil Colombiano.....	24
4.9.3	Culpa Virtual En El Código Civil Y Comercial Argentino.....	26
<b>5.</b>	<b>Metodología.....</b>	<b>27</b>
5.1	Materiales Utilizados .....	27
5.2	Métodos.....	27
5.3	Técnicas .....	29
5.4	Observación documental.....	29
<b>6.</b>	<b>Resultados .....</b>	<b>30</b>
6.1	Resultados de las Encuestas.....	30
6.2	Resultados de Entrevista .....	39
6.3	Estudio De Casos .....	49
<b>7.</b>	<b>Discusión .....</b>	<b>55</b>
7.1	Verificación de los Objetivos.....	55
7.2	Verificación del Objetivo General .....	55
7.3	Verificación de los Objetivos Específicos .....	56
7.4	Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal .....	58
<b>8.</b>	<b>Conclusiones .....</b>	<b>60</b>
<b>9.</b>	<b>Recomendaciones .....</b>	<b>61</b>
9.1	Proyecto de Reforma Legal .....	62
<b>10.</b>	<b>Bibliografía.....</b>	<b>64</b>
<b>11.</b>	<b>Anexos.....</b>	<b>67</b>
11.1.1	Formatos de Encuestas .....	67
11.1.2	Formato de Entrevistas .....	68
11.1.3	Certificado de Traducción del Abstract.....	71

### Índice de tablas

<b>Tabla 1.</b>	Indefensión del usuario por falta de pruebas.....	<b>30</b>
<b>Tabla 2.</b>	Indemnización proporcional al daño causado. ....	<b>32</b>
<b>Tabla 3.</b>	Dificultad sobre la prueba del daño causado .....	<b>33</b>
<b>Tabla 4.</b>	Vulneración de derechos .....	<b>35</b>
<b>Tabla 5.</b>	Tipificación de la culpa virtual a la legislación ecuatoriana .....	<b>37</b>



## Índice de figuras

<b>Figura 1.</b> Dato Estadístico sobre la indefensión del usuario por la falta de pruebas.....	<b>31</b>
<b>Figura 2.</b> Dato Estadístico sobre la indemnización proporcional al daño causado por parte del profesional .....	<b>33</b>
<b>Figura 3.</b> Dato Estadístico sobre la dificultad de la demostración de la prueba del daño ocasionado .....	<b>34</b>
<b>Figura 4.</b> Dato Estadístico sobre la vulneración de derechos que sufren los usuarios. .	<b>36</b>
<b>Figura 5.</b> Dato Estadístico sobre la necesidad de normal la culpa virtual dentro de la legislación ecuatoriana .....	<b>38</b>

## Índice de anexos

<b>Formatos de Encuestas</b> .....	<b>67</b>
<b>Formato de Entrevistas</b> .....	<b>70</b>
<b>Certificado de Traducción del Abstract</b> .....	<b>71</b>

**1. Título**

**“Análisis jurisprudencial y doctrinario de la culpa virtual en el derecho civil ecuatoriano”.**

## **2. Resumen**

El presente Trabajo de Integración Curricular lleva por título: **“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA CULPA VIRTUAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO”**, su importancia por desarrollar es debido a la realización de un estudio en vista de que la culpa virtual como elemento normativo para fortalecer la protección de los derechos de los ciudadanos que se ven en la indefensión al no poder demostrar en juicio la causalidad de los hechos que imputan en contra de un profesional que realiza su trabajo sin ética profesional y esta mala práctica de sus labores causa graves y desproporcionados daños a los derechos.

El estudio realizado demuestra que probar esta causalidad por parte de los usuarios que reciben un daño, es complejo ya que no cuentan con los medios necesario para que en base a pruebas reales demuestren los hechos alegados, es por ello que esta investigación pretende reformar la norma para incluir la culpa virtual, como medio para precautelar los derechos constitucionales.

Para este propósito, se aplicaron método y técnicas que permitieron realizar un estudio doctrinario y jurídico, como también se realizó encuestas y entrevistas a profesionales del derecho para el estudio de los datos, recurriendo a técnicas cualitativas y cuantitativas, obteniendo de ellas como resultado la necesidad evidente de plantear el proyecto de reforma al Código Civil, para evitar más vulneraciones a los derechos.

## **2.1 Abstract**

This degree thesis is entitled: "Jurisprudential and doctrinal analysis of virtual guilt in Ecuadorian civil law" its importance to develop is due to the realization of a study given virtual guilt as a normative element to strengthen the protection of the rights of citizens. They are defenseless by not being able to demonstrate the causality of the facts they impute against a professional who performs his work without professional ethics. This malpractice of work causes severe and disproportionate damage to rights.

The study shows that proving this causality by users, who receive damage, is complex since they do not have the necessary means to demonstrate the alleged facts based on objective evidence. This research aims to reform the standard to include virtual guilt to safeguard constitutional rights.

For this purpose, applying methods and techniques allowed a doctrinal and legal study. Surveys and interviews with legal professionals were also carried out to analyze the data, using qualitative and quantitative approaches. From this process, the researcher can conclude that there is an evident need to propose the reform project to the Civil Code to avoid further rights violations.

### 3. Introducción

El presente trabajo de investigación jurídico titulado **“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA CULPA VIRTUAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO”**, es importante mencionar que esta norma jurídica aún no se encuentra normada en la legislación de nuestro Estado Ecuatoriano, pues, no se considera la virtualidad de la culpa como un precedente para poder demandar la mala praxis profesional, ya que jurídicamente pone en riesgo la seguridad jurídica de las partes, al tener base en presunciones del daño causado al usuario, sin embargo, la jurisprudencia colombiana y argentina si acogen esta norma jurídica, basándose en que, **“SI NO SE HUBIESE INCURRIDO EN NINGUNA CULPA, NINGÚN DAÑO SE HABRÍA PRODUCIDO, POR LO QUE LA COMPROBACIÓN DEL DAÑO HACE PRESUMIR QUE HUBO CULPA”**, de ahí la necesidad de determinar en qué casos es factible la aplicación de la culpa virtual como mecanismo que asegure al usuario como tal, el trabajo ético y el buen servicio, dado que en la actualidad en nuestro medio, nos encontramos con profesionales desleales, poco éticos; y son varios los factores que contribuyen a que esto suceda, por un lado la corrupción es el pan de cada día en nuestro medio, pero también la formación en los hogares y los centros de educación coadyuvan a que esto suceda. De ahí la necesidad de normar el accionar de los profesionales con una disposición jurídica que vaya encaminada al desarrollo social y a la prestación de servicios éticos por parte de los profesionales. Es por ello, que nace esta interrogante de investigación, pues si bien es cierto en nuestro Código Civil se norma el daño con la reparación, este mismo accionar solamente es factible cuando existen los suficientes medios probatorios del daño causado, pero también nos preguntamos ¿Qué pasa con aquellos profesionales que actúan sin ética, y el usuario no cuenta con los medios probatorios que puedan determinar el daño causado?, como se garantiza que nuestros servicios sean éticos, que siempre se actúe con fiel apego a valores y principios morales. En el presente trabajo se verifica un objetivo general que consiste en: **“Realizar un estudio teórico, analítico, práctico y jurídico referente a la culpa virtual en la legislación ecuatoriana, para determinar las nociones que permitan demostrar la conducta culposa de los profesionales al momento de no desempeñar bien un servicio; para ello se determinara la necesidad de incorporar dentro de nuestro Código Civil una normativa que regule este accionar”**. Además, se verificó los objetivos específicos que se detallan a continuación: primer objetivo específico **“Efectuar un estudio teórico sobre la culpa virtual en la**

legislación ecuatoriana.”; segundo objetivo específico: “Realizar un trabajo de campo mediante encuestas y entrevistas a profesionales en la materia civil para determinar las dificultades que enfrenta el demandante para establecer la culpabilidad de los profesionales al momento de brindar un servicio.”; tercer objetivo específico: “Elaborar un proyecto de reforma al Código Civil ecuatoriano”.

El presente trabajo se encuentra estructurada de la siguiente manera: El Marco Teórico donde se desarrollan diferentes categorías: Concepto de Culpa, Concepto de daño, Concepto de Daño Moral, además temas como: Desarrollo Histórico de la Culpabilidad, Culpa Virtual, Responsabilidad Civil del Estado, Responsabilidad Civil Subjetiva, Responsabilidad civil subjetiva, Elementos de la Responsabilidad, La Carga de la Prueba, La ética profesional en el marco Constitucional, Diligencia profesional y Código Civil; en el derecho comparado se procedió a establecer las semejanzas y diferencias de leyes extranjeras en relación con la ley ecuatoriana, utilizando las legislaciones de Colombia y Argentina, desmenuzándola de la siguiente forma: Constitución de la República del Ecuador, La Ética Profesional en el Marco Constitucional, Diligencia Profesional; Código Civil, Responsabilidad Civil de Responsabilidad subjetiva como Principio General del Derecho Civil; para el análisis de la responsabilidad en la culpa virtual hemos analizado las legislaciones que mantienen vigente esta norma, así como, Colombia y Argentina, de la siguiente manera: Culpa Virtual en Colombia, Código Civil colombiano además de; Culpa virtual en el Código Civil y Comercial Argentino. Además, conforman el presente trabajo los materiales y métodos utilizados que sirvieron para obtención de información, así mismo las técnicas de la encuesta y 10 entrevistas, con ello también se ha logrado verificar los objetivos, uno general y tres específicos, cuyos resultados ayudaron a la fundamentación de la propuesta de reforma legal. En la parte final del trabajo de investigación se expone las conclusiones y recomendaciones mismas que se lograron extraer durante todo el desarrollo de la investigación, y con ello también se presentó el proyecto de reforma al Código Civil, para garantizar los derechos de los usuarios que se vulneran por la falta de ética profesional. De esta manera queda presentado el trabajo de investigación jurídica que se trata sobre el **“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA CULPA VIRTUAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO”**. Esperando que el documento sirva de guía a los estudiantes y profesionales del Derecho como fuente de consulta y conocimiento; quedando ante el Tribunal de Grado para su corrección y aprobación.

## **4. Marco teórico**

### **4.1 Concepto De Culpa**

Los hermanos Mazeaud plantean una definición muy útil y recurrida frecuentemente por la jurisprudencia actual: “Un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño” (Mazeaud, 1962).

Ospina afirma que la culpa es "El error de conducta, el desfallecimiento de actitud que, normalmente, se aprecia de acuerdo con el tipo abstracto del hombre recto y seguro de sus actos" (Ospina,1980).

La teoría dogmática de la culpabilidad, conforme Jakobs, se basa en la prevención general positiva. Se trata de analizar la imputación subjetiva, que se puede deducir y limitar desde criterios solo preventivos. (Gunther Jakobs, 1976).

La RAE, manifiesta “Reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad”.

Podemos entender de los conceptos, que la culpa en Ecuador no tiene un parámetro preestablecido, sino que varía frente a las clases de culpa señaladas en el artículo 29 del Código Civil ecuatoriano; la norma da como puntos de referencia, en una escala ascendente, en primer lugar, a la persona negligente a poco prudente, en segundo lugar, al hombre de comportamiento ordinario o normal y en tercer lugar a la persona juiciosa.

### **4.2 Concepto De Daño**

Dentro de la significación que vivifica la expresión daño está la idea de detrimento, menoscabo, lesión, perjuicio, etc., y en tal sentido se utiliza corrientemente dicha palabra.

Daño es la expresión que alude al detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio que de cualquier modo se provoca, aun cuando se trate de actos dirigidos por la persona o contra sí misma como puede resultar del suicidio o automutilación, y también aquel que ocasiona una persona en forma tal que implica en su conducta culpa o dolo, siempre que no hubiere Estado por mandato de la ley obligado a incurrir en tal hecho. (Falconi, 1995) Según el Dr. Ramiro Gracia Falconi, el daño no es más que la materialización del detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio, de una cosa, bien o persona.

Que también se puede expresar de situaciones o actos provocados por una persona contra sí misma, y de cuyo resultado se puede suscitar el suicidio o la automutilación.

También el autor nos menciona en su concepción que el daño también se puede expresar de forma tal, que no implicaría culpa o dolo, en su accionar, siempre que el accionante no debería estar obligado por mandato normativo a realizar dicha acción de daño.

Para que opere la acepción restringida de la expresión daño, se requiere la efectividad del mismo, en el aspecto material o moral de la persona o su patrimonio. (Falconi, 1995)

Según el tratadista, para que exista el concepto de daño, se requiere estrictamente que exista un perjuicio material o moral en una persona o un perjuicio en los activos de la persona que recibe dicho daño, de lo contrario no existiría la connotación de daño según lo manifestado por este autor.

Entonces podríamos definir el daño como el menoscabo que sufre una persona en un bien vital o en su patrimonio, el daño que debe ser cierto y no hipotético, también debe ser individualizado a una persona o grupo de personas, y por otra parte tiene que poder indemnizarse de forma cuantificarla de manera concreta.

Por su naturaleza el daño puede ser material, como daño al patrimonio en relación al daño emergente y el lucro cesante. El daño también puede ser personal, como daño moral y daño corporal.

Por su duración el daño puede ser instantáneo, donde la causa y el daño se produce de forma simultánea. También puede ser el daño duradero, donde la causa del daño se produce y es duradero en el tiempo. Y, por otra parte, pueden ser continuados, es decir que la causa se está produciendo de manera continuada. Se distingue los daños progresivos, en los que, si no se mitiga la causa, el daño va a seguir creciente. Y por último el daño sobrevenido, en los cuales se produce la causa y al tiempo aparece el daño.

Conocer el tiempo del daño es importante a efectos de la prescripción, porque el tiempo en el cual comienza a correr el plazo de la prescripción va a depender de si el daño haya terminado o si el daño sigue produciéndose.

#### **4.3 Concepto De Daño Moral**

El agravio moral ha sido definido de distintas maneras, atendiendo al criterio con que se encarga el problema y sin que las definiciones heterogenias implique posición contratada de los autores. (Falconi, 1995)



El autor aduce que el ataque de los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial, considerando que el daño moral puede ser también establecido como las afectaciones emocionales caudas por el acto atípico.

Se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extra patrimoniales, que cuentan con protección Jurídica. Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. (Falconi, 1995)

En cambio, el ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad, al honor, a la reputación incluida la de la familia, a la libertad, violación de secreto concerniente a la parte lesionada, etc., produce agravio moral.

Por lo que podemos entender que el daño causado por un profesional puede incluso afectar moralmente a una persona, por lo que la reparación tiene que ser integral para poder resarcir los daños causados.

#### **4.4 Desarrollo Histórico De La Culpabilidad**

En la antigüedad el daño causado se castigaba de manera tajante, pues todas las personas de los pueblos conocían la responsabilidad sin culpa pues la mayoría de los lazos surgían de las relaciones de semejanza, es decir, familiares, otras tribus, etcétera. (Vela, 1977, p. 138).

En tal razón, damos cuenta de que en épocas antiguas la culpabilidad existía entre lazos consanguíneos y/o la presunción, ya que como lo explica el autor, las tribus en conjunto lidiaban con otras tribus para lograr una estabilidad y armonía, a esto se le suma que al momento de juzgar el factor de presunción era un factor determinante relacionado con la culpa y el daño causado y no por la evidencia del hecho como tal.

La responsabilidad sin culpa se vuelve en el fundamento predominante de los pueblos antiguos, esto es decir del autor español Jiménez “cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de la justicia y dejan paso a la Constitución de un tribunal que juzga, la idea de retribución por la culpa se instala, en vez de la primitiva responsabilidad absoluta u objetiva”. (Jiménez, tomo II, pág. 105.)

Según este tratadista podemos evidenciar cómo progresa la corriente de la culpabilidad, explicando que en los pueblos antiguos aparece la idea de justicia y retribución por culpa, cambiando el antiguo pensamiento de juzgar la responsabilidad grupal u objetiva que vulneraba derechos.

## 4.5 La Culpa Virtual

Para Gabriele Vestri la culpa virtual está objetivada de un nexo adecuado de causalidad, el daño se reconoce de acuerdo a la negligencia, debiendo probarse la relación de causalidad siendo necesario la inversión de la carga de la prueba para lograr este objetivo. (Vestri, 2020).

El referido autor se refiere a la culpa virtual como el acto en el cual una persona se la relaciona mediante el nexo causal al daño por la negligencia del profesional, y que en esos casos se debería invertir la carga de la prueba, siendo el profesional el encargado de reparar el daño que causo.

Para el autor Aquilino Yáñez de Andrés, la jurisprudencia en materia de responsabilidad por culpa depende “del principio de la apreciación de la prueba en beneficio del más débil, cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño y la culpa del agente y «res ipsa loquitur» o «culpa virtual», en caso de daño desproporcionado, aunque no se conozca exactamente su causa”. (de Andrés, 2019)

Para el autor es necesario que al momento de procesar los casos de daños materiales o morales se configure el beneficio para el ofendido, que para lograr probar con exactitud los hechos, el profesional tiene la ventaja por la pericia y experiencia en la materia que tiene, por lo que en casos de daños desproporcionados es necesario la inversión de la carga de la prueba.

Para conceptualizar la culpa virtual es necesario saber que existe un daño desproporcionado que resulta de un acto anormal, insólito e inusual y grave en relación con los actos típicos que no causan daño. (Sánchez, 2013)

Para el autor la culpa virtual se configura cuando el acto es desproporcionado e ilícito dando como resultado el daño que debe ser reparado en su totalidad, siendo una obligación del profesional que actúa sin diligencia, por el supuesto que de haber realizado su trabajo con ética no se hubieran dado los daños.

El concepto de culpa virtual es la vinculación que va más allá de lo material, es una vinculación lógica entre un resultado grave desproporcionado y una conducta u omisión del dañador, que se tendrá por verdad hasta que no sea desvirtuado.

Es la vinculación con la causalidad adecuada, la que tiene que ser acreditada como uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil, esta causalidad muchas veces es difícil de acreditar, actualmente se aplican las denominadas presunciones

judiciales o presunciones omnes, es decir el juez de un hecho conocido, concreto extrae las vinculaciones las tendría por probado al hecho, pero un juez no puede simplemente dictar sentencia en base a presunciones.

“La presunción de culpa en la acción u omisión determinante del daño indemnizable al menos cuando se trata de un riesgo plausible o que ocurre en el ámbito de control del agente, a no ser que su autor acredite, en debida forma, haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate” (De Andrés, 2020).

Entonces se debería aplicar la doctrina de la culpa virtual, en los casos en los que existe un resultado catastrófico derivado de una práctica que inicialmente no tenía mayor complejidad, aplicable mayormente a los casos en los que la víctima pierde la vida, entonces no se estaría hablando de una presunción porque el daño causado es tal, que no se podría considerar a los hechos como una mera presunción.

“La Jurisprudencia ha fijado además que debe prestarse especial atención a la hora de calificar como negligente una conducta, no solo a la diligencia exigible según las circunstancias, sino también al sector de la vida social en que se produce la ocurrencia”. (De Andrés, 2020).

Tendríamos entonces que diferenciar una presunción con certeza, en la culpa virtual no existe una certeza, más bien habría una verosimilitud calificada, linda con la cuasi certeza. El juez en los casos difíciles, no cuenta con una norma civil que le permita aceptar una demanda por el hecho de no poder demostrar la relación de causalidad del daño generado por el profesional, por lo que tendría que desechar la demanda, dejando en la indefensión a la víctima.

“...la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de agotar la diligencia” (De Andrés, 2020).

Es entonces que se necesita que en la legislación civil se tipifique la culpa virtual como medio para que el juzgador tenga más medios para poder salvaguardar los derechos de las víctimas del daño desproporcionado, quienes se les vuelve muy difícil comprobar dicho daño, siendo la culpa virtual una herramienta que permita tener por comprada a prima facie una causalidad, en un estado preliminar.

En relación a las consecuencias dañosas que tienen un nexo de causalidad con el hecho que produce el daño, podemos hacer un supuesto, donde individualmente las normas se pueden llegar a interpretar de manera errónea, por lo que es necesario para que los jueces no conjeturen en un juicio, agregar en el ordenamiento jurídico la norma que permita a los jueces conjuntamente con la prueba de la culpa virtual sea aceptada la demanda y se resuelva a favor.

“La inversión de la carga de la prueba de la culpa que envuelve una aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia para obligar al autor de los daños a acreditar que, en el ejercicio de sus actos lícitos, obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos” (De Andrés, 2020).

Ya que se vuelve muy difícil probar la relación de causalidad por parte de la persona vulnerada, volviéndose necesario que con la culpa virtual lo que se presume o imputa de prima facie sea aceptado, en especial en los casos difíciles.

#### **4.5.1 Objetivo de la Culpa Virtual**

“De lo que se trata es de, en cada actuación, tener conciencia de aquello que genera responsabilidad que, como bien es conocido, puede ser civil o penal, y la primera, de índole contractual o extracontractual. En efecto, si se aprecia una infracción del deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente que tiene reproche civil o penal, ha de vincularse la conducta a uno de los distintos tipos penales que admiten su forma culposa (muerte o lesiones de ordinario) para fijar la pena y, en su caso, las responsabilidades civiles a que hubiera lugar. Quizá convenga recordar que conforme a la doctrina penal del Tribunal Supremo (en este ámbito coincidente con la civil en sus grandes parámetros), en el caso de culpa, no la constituye un mero error científico o de diagnóstico excepto cuando tales desaciertos constituyen una falta cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, como tampoco cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización. En estos casos, afirma la misma jurisprudencia, ha de acudir para su evaluación a las circunstancias de cada caso concreto con las dificultades que ello implica dada la propia naturaleza de la ciencia, tanto respecto de su contenido teórico,

carente de exactitud matemática, como respecto de lo que constituyen los constantes avances científicos, particularidades que, además, determinan en otro plano de la cuestión un grave escollo a la hora de permitir una reacción defensiva pos procesal al profesional denunciado” (Consejo General del Poder Judicial. Ministerio de Sanidad y Consumo de Madrid-España; 1995. p. 383)

Sobre la misma temática el (Consejo General del Poder Judicial. Ministerio de Sanidad y Consumo de Madrid-España; 1995. p. 383) determina que la culpa virtual se acopla a las circunstancias a la que está expuesta la supuesta culpa, pues son estos factores son los que determinan si existió o no una infracción por una conducta que no está apegada a la ética y la moral, aunque no existan pruebas a simple vista de esta infracción, existe el indicio de que se ha lesionado un derecho de una persona que no puede probar a simple vista dicha infracción, pero donde existe el daño causado.

Así como García lo dice en su obra que: “La ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, trasladando el centro de gravedad del sistema al concepto de lesión, lo que fuerza a reconstruirlo cuida” (García de Enterría, 2021).

Otra de los objetivos que busca la culpa virtual, como lo manifiesta el tratadista García de Enterría es probar la culpabilidad que muchas veces tiene el Estado en los procesos que buscan responsabilizar al profesional. Por el supuesto que en el marco constitucional es el Estado el responsable de que los profesionales actúen con ética al momento de realizar su trabajo.

#### **4.6 Responsabilidad Civil del Estado**

La Constitución ecuatoriana promulgada el 20 de octubre de 2008 prescribe en el art. 11 numeral 9 que: La responsabilidad estatal consiste en la reparación de las violaciones a los derechos por la falta o deficiente prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones en el ejercicio de potestades públicas, reparación que es integral conforme el principio garantista de protección a los derechos previsto en el art. 86.3. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Cuando hablamos de responsabilidad civil, es necesario determinar el daño causado por determinada acción u omisión como resultado de la negligencia del profesional.

Esta obligación de resarcir, el daño causado y los perjuicios derivados por una persona o por un tercero, y sin poder demostrar lo contrario. (Falconi, 1995, p. 39).

El tratadista manifiesta que esta responsabilidad dentro de un proceso es responsabilidad del que demanda.

Pero en casos de daños desproporcionados la carga de la prueba se invierte y la responsabilidad de probar los daños recae sobre el profesional y la entidad demandada.

#### **4.6.1 Responsabilidad civil subjetiva**

Es el segundo gran sistema de responsabilidad. La responsabilidad civil subjetiva surge ante un acto antijurídico que causa un daño que ha de ser reparado. El carácter subjetivo le viene dado por el hecho de que el criterio de imputación subjetiva que utiliza es la culpabilidad del autor. (Kelsen, H. (2005).

Es la responsabilidad del sujeto productor del daño. En términos generales, se estima que la responsabilidad extracontractual nace de un hecho no sólo ilícito sino también culpable; es decir, que el agente productor del daño ha de haber actuado con negligencia o culpa. De ahí que la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, o fundada en el criterio de la voluntariedad de la acción, sea denominada también responsabilidad por culpa. La culpa no deriva del resultado del acto sino del conocimiento que se tenga, antes de realizarlo, de su carácter ilícito. En todo caso, el autor de la ilicitud responde siempre del daño, con independencia del grado de negligencia.

#### **4.6.2 Elementos De La Responsabilidad**

Cuando se reclama una responsabilidad subjetiva se deben establecer de forma clara 3 elementos importantes:

##### **4.6.2.1 Hecho Ilícito**

Un hecho ilícito puede definirse como la conducta culposa de una persona que lesiona injustamente la esfera jurídica ajena.

Es decir que es indispensable que el demandante establezca la relación causa – efecto entre el hecho de la persona, cosa, etc.- y el daño que debe ser reparado.

Para Zeballos la responsabilidad por hecho ilícito “hace referencia a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, tal como la define la

Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos y la doctrina mayoritaria contemporánea (Zeballos, 2020).

El autor nos da a entender en el tema que nos compete, que una vez que se imputa a un profesional causante del acto dañoso, si este pertenece a una entidad anexa al Estado, deberá demandarse al Estado inclusive en el ámbito internacional para que se comparta la culpa del hecho ilícito realizado.

Por su parte Kelsen nos establece que el hecho ilícito es la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma, el hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito. (Kelsen, H. 2005).

Este autor hace referencia a que si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita.

#### **4.6.2.2 Nexo Causal**

El nexo causal se lo puede definir como una la relación de causalidad que existe entre una acción determinante de un daño y el daño producido. Este concepto se utiliza mucho en el ámbito de los seguros, y también en el de responsabilidad civil entre particulares. Si bien el Código Civil no lo menciona, se deriva de la obligación de reparar el daño causado. Es el elemento básico que da derecho a una indemnización, por otra parte, si no puede probarse adecuadamente, se pierde el derecho al resarcimiento que impone el Código Civil.

Para Rodríguez Monserrat el nexo causal en materia de daños se objetivista en que quien demanda tiene la responsabilidad de probar la existencia del accidente y del resultado lesivo, así como el nexo causal entre éste y una acción u omisión, pero la carga de la prueba no solo le corresponde al actor sino también al demandado reconviniendo para probar la certeza de los hechos. (Rodríguez, 2019)

Debe existir un deber de cuidado del demandado o que no debe existir imprudencia por parte del actor que haya ocasionado el hecho que lo daño.

El hecho de haber incumplido con ese deber causo el daño.

### 4.6.2.3 Daño Causado

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado” (Rodríguez, 2019).

El autor manifiesta que el daño causado debe ser reparado de manera integral, si por la negligencia del profesional se causa un daño desproporcionado, y es por esta falta de previsión que no se puede evitar el daño, requiere que el profesional repare.

Para el autor Rodríguez (2019) existe de una obligación la de reparar el daño causado que aparece de un acto ilícito. Debiendo repararse por obligación, no por responsabilidad, para de alguna forma resarcir el daño causado por el hecho ilícito.

Desde el Código Civil napoleónico y sus precursores se acuñó el aforismo de que no hay responsabilidad sin culpa, el fundamento de toda forma de responsabilidad es la culpa, eso quiere decir que ante la presencia de un daño una persona que se le pueda imputar un daño, como principio general en responsabilidades subjetivas o con culpa, no es responsable si no se logra atribuir a ese comportamiento una exigencia de tipo axiológica, es decir una culpa.

El daño causado de manera ilícita puede traducirse en un daño patrimonial en el sentido de pérdida o menoscabo de patrimonio, o daño moral como menoscabo de la imagen propia, o el daño causado se puede tomar como un perjuicio que es la privación de una ganancia lícita que se deja de percibir con motivo del hecho culposo.

El daño es un ingrediente esencial en la responsabilidad civil. No interesa que sea contractual o extracontractual. Y he llegado a calificarlo como uno de los elementos más determinantes, ya que, aunque se den el hecho, la culpa y el nexo, no existe obligación de indemnizar si no aparece claramente el daño.

Este criterio tiene una aceptación unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacional, así pues, señala ZANNONI:

*“El daño, constituye, de tal modo, uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica si no hay daño, pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa (en sentido lato –dolo o culpa-) u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía, etc.)”*

La terminología jurídica trastoca a veces el daño y el perjuicio, pretendiendo, por el primero, indicar el menoscabo de un interés cualquiera, y por el segundo, la lesión de



un interés jurídicamente protegido, es decir, de un derecho reconocido y protegido por las normas positivas.

#### **4.6.3 Requisitos del daño.**

El menoscabo tiene que ser referido en algo en concreto Generalmente Este es un bien que se destruye se deteriora o se modifica.

El interés lesionado tiene que ser propio haciendo referencia a la persona afectada es decir que no se puede reclamar el derecho a la indemnización cuando el daño es causado a otra persona a no ser que se trate de hacer uso de un derecho de reparación es decir el interés afectado debe ser el que la persona que intenta la acción, aunque se haga a través de su representante legal quién procesalmente lo reemplaza en efecto:

Bustamante Alsina afirma que, “El daño debe ser propio de quien reclama la indemnización Nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por otra persona”

En el caso de la muerte de una persona por obvias razones no es la persona muerta quién podrá intentar la acción en este evento son sus Herederos quienes han sufrido afectados directamente con su muerte o a quienes se les ha ocasionado trastornos daños económicos o Morales.

Hay ocasiones en donde los perjuicios de terceros pueden ocasionar daño propio pues es el directamente perjudicado quien tiene el interés pero a su vez hay terceros que dependen de él para poder entenderlo mejor tal sería el caso de una persona que es Herida es integridad física este puede reclamar como daño la imposibilidad de obtener una productividad normal generalmente la incapacidad para trabajar pero de él depende en numerosas personas como puede ser su cónyuge o compañera permanente sus hijos o sus padres que como terceros podrían pretender que se les indemnizara de los perjuicios sufridos con la lesión de la persona de donde nace su dependencia económica

#### **4.6.4 La Carga De La Prueba**

La carga de la prueba es un imperativo del propio interés, que se utiliza para asignar responsabilidades ante la falta de prueba. El riesgo de la prueba que no se pueda probar

conllevaría a perder el litigio. Cuando existe prueba, no hace falta recurrir a la carga de la prueba.

Para Sánchez García (2013) la carga de la prueba en materia de la culpa virtual se ve aliviada en relación de la doctrina italiana, que refiere que al existir un daño desproporcionado prima facie la carga de la prueba se invierte y la parte demandada es la encargada de probar su inocencia.

No hace falta demostrar la prueba de manera científica porque, se considera que la prueba en la culpa virtual es más sensitiva evidente, no hace falta una pericia para probar la prueba presentada, entonces en un juicio civil cuando una persona reprocha una acción u omisión a un profesional que ha producido un daño, se tiene en cuenta que el demandante es el que tiene la carga de probar que el demandado es el que ha causado el daño.

Sánchez García (2013) manifiesta que “presumir la culpa y el nexo causal a través de la evidencia (*res ipsa loquitur*), la anormalidad del resultado (culpa virtual) o de máximas de experiencia (*prima facie*), que encierran la misma idea de que, según las reglas de la lógica o de la experiencia humana, la conducta del profesional tuvo que ser negligente para causar ese resultado”.

A lo que se refiere el autor es que se puede calificar como culpa virtual a los casos en los que el daño desproporcionado es tal que no necesita probarse con prueba contundente, inclusive se utiliza como instrumento para facilitar la prueba a la víctima.

A veces resulta muy complicado el probar la culpa, el demostrar esa relación de causalidad, es así que la legislación establece criterios objetivos como lo son el no darle importancia de quien es la culpa, sino cual es la situación de riesgo para poder indemnizar.

“Al demandante le corresponderá probar el daño y el hecho de la propia condición de desproporción; el profesional, a su vez, está obligado a acreditar las circunstancias en las que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria a fin de probar, ora su diligente compartimiento, ora la ruptura del nexo causal; por último, la condición de daño desproporcionado es una cuestión de hecho que forma el juez atendido las circunstancias en las que el daño se produce”. (Sánchez, 2013)

En la jurisprudencia se establecen los criterios correctores como lo es la inversión de la causa de la prueba, ya que, en beneficio del más débil, es el demandado quien debe probar que no ha causado el daño, esto también hace referencia a la culpa virtual, ya que,

el demandado tiene más facilidad y disposición de la prueba por la proximidad y pericia que el profesional tiene.

Como criterio jurisprudencial la presunción en la culpa virtual es una presunción *iuris tantum*, que en principio se presume dentro de un juicio, pero que cabe prueba en contra.

En estos casos es necesario el agregar en el Código Civil un artículo sobre la culpa virtual, para que admita las presunciones que surgen o se emanan de la ley. Y en los casos de daños desproporcionados emanados de una acción o una práctica sin complejidad en sí misma, podrá usarse esa desproporción como una causalidad establecida *prima facie*, quedando a cargo de quien la niegue el deber de probarla.

#### **4.7 Constitución De La República Del Ecuador**

El Ecuador desde el año 2008 se conformó como un Estado constitucional de derechos y justicia, dándole a los ciudadanos un bloque de constitucionalidad, que blinda los derechos con principios, garantías y valores que se encuentran manifestados en el texto constitucional.

Entendemos que “el Estado constitucional de derechos se caracteriza por la existencia de una Constitución material, de carácter normativo y vinculante” (Hernández, 2015). Este tratadista se refiere a que la Constitución en un Estado constitucional de derechos se convierte en la norma máxima de protección de los derechos, y todos debemos respetarla tanto ciudadanos, autoridades públicas como privadas y el Estado mismo.

Al ser la Constitución la norma suprema de obligatorio cumplimiento de todos los ecuatorianos, es importante resaltar lo que en su art. 424 dispone: “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Se entiende entonces que, todo acto jurídico, norma, ley o decreto jurídico, debe estar en concordancia con la carta magna.

“En el ordenamiento jurídico, orden gradado y jerarquizado, la Constitución ocupa el nivel normativo superior, tiene la mayor jerarquía jurídica, a esto se denomina la superlegalidad o la supremacía de la Constitución”. (Salgado, 2003, pág. 58). Por lo que

se establece que la supremacía constitucional refiere que toda la normativa jurídica orgánica e inorgánica debe tener concordancia con la Constitución, de lo contrario pierde toda eficacia, y al ser inconstitucional debe ser reformada o interpretarse de la manera adecuada para no contraponer a la norma jurídica superior.

Con lo antes mencionado se entiende que la Constitución se convierte en la norma suprema que todos los ecuatorianos debemos respetar, entonces toda persona que vulnera los derechos enunciados en la Constitución debe ser sancionados y obligados a reparar el daño causado.

A lo antes referido se le suma lo que está tipificado el art. 76 numeral 3 “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley” (Constitución del Ecuador,2008). Esto para precautelar la seguridad jurídica establecida en el art. 82. Entonces se puede sancionar a una persona por un acto u omisión que se encuentre previamente tipificado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por lo que se ve necesario, para proteger los derechos enmarcados en la Constitución, y para que se respete por parte de los ciudadanos la carta magna, en especial en lo que en el caso de estudio nos compete, esto es que los profesionales con largos estudios cumplan con su trabajo con ética y diligencia acorde a su profesión, es necesario que se estipule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto es, en la norma civil ecuatoriana, un apartado que permita a los jueces el determinar con mayor facilidad la culpabilidad del profesional en casos de negligencia por sus actos u omisiones, que causen daños a otro, lo que se representa con más eficacia en la culpa virtual.

#### **4.7.1 La Ética Profesional En El Marco Constitucional**

Dentro de la norma suprema, además de garantizarse derechos, se estipulan responsabilidades que todos los ecuatorianos deben cumplir con obligación. Estos sin perjuicio de las demás que se encuentren en las leyes, con sujeción a la protección de los derechos.

Es así que, en la Constitución se manifiesta en su art. 54 inciso segundo “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u

oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas” (Constitución del Ecuador, 2008).

Lo que se refiere a que todas las personas y entidades que presten servicios públicos y privados, en especial a los profesionales en el ejercicio de su profesión deben tener responsabilidad del daño causado. Poniendo mayor énfasis en las profesiones cuyas actividades pueden poner en riesgo la integridad o la vida de las personas.

La ética como la calidad dentro de una profesión conlleva mucha responsabilidad en el actuar del profesional, así como en el desarrollo de sus trabajos, por ello, el profesional debe obtener el discernimiento necesario sobre los fines de su profesión, y hasta que momento procede dentro de las cuantificaciones legales y conductuales, y cuando los excede (García, 2010).

Es por ello que la ética es fundamental como medio de responsabilidad de los profesionales que realizan largos estudios y tienen en sus manos la integridad de las personas con el único fin de no vulnerar los derechos de las personas.

Por su parte, Prado (1999) conceptúa:

“El ethos de la profesión es el conjunto de principios, actitudes, virtudes y normas éticas específicas y maneras de juzgar las conductas éticas que caracterizan a un determinado grupo de profesionales. La ética profesional debe concentrar su atención en el tema de los valores y los principios a realizar en las profesiones. La ética se mueve siempre en el campo de la conciencia individual, desde un plano colectivo” (p. 27).

Entendemos entonces que para cumplir con la ética profesional se emiten leyes que rigen la responsabilidad de los profesionales, todo en concordancia con la jerarquía constitucional y los principios y deberes establecidos en la norma suprema.

Todos los ecuatoriano y ecuatorianas tenemos la responsabilidad y el deber de ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética (Constitución, 2008), esto se encuentra estipulado en el art. 83 numeral 12 de la carta magna ecuatoriana, lo tipificado es obligación de todos de respetar, dando como consecuencia una sanción al no realizar su profesión con ética.

En este sentido, Suarez manifiesta que “la ética es aquella que se refiere a los principios universales del actuar humano” (Suarez). El referido autor se refiere a que los valores y la moral, están entrelazados a la responsabilidad profesional, por el hecho que un profesional con moral personal, va a tener ética al momento de realizar su profesión.

Es así que un profesional que tiene largos estudios para realizar su trabajo, debe tener una conducta intachable, además de adecuarse a los contextos o ambiente profesional con ética de trabajar mejor y respetar así los principios y responsabilidades a los que está sujeto.

El tratadista Shishkin manifiesta que la ética y la moral significan lo mismo costumbre y hábito: “Las costumbres y los hábitos de nuestros remotos antepasados, que desconocían aun la división de la sociedad en clases, formaban precisamente su moral, y su autoridad era frecuentemente más fuerte que las normas y las normas jurídicas de la sociedad y las clases” (Shishkin, 1966, p. 17). Lo manifestado por el tratadista tiene importante sustento doctrinario en el sentido de que la ética y moral son llevadas con costumbre por la sociedad, y muchas veces las personas que desconocen de las normas, respetan los valores y principios de su trabajo con la siempre ética que respalda su labor. En el presente estudio resulta de gran importancia el entendimiento de la ética profesional ya que este sustenta el vínculo de las relaciones interpersonales, y de esta forma la responsabilidad profesional se ve sujeta tanto a las normas y leyes que rigen a todas las personas como a la ética que conlleva el ser personal y moral.

#### **4.7.2 Diligencia Profesional**

Una persona diligente no comete un error de conducta por lo que no causa el daño, esto refiere a que exponer a la víctima comparándolo con un ideal abstracto y objetivo de una persona diligente en esas circunstancias, es decir cuando un profesional es demandado se busca demostrar que actuó sin diligencia, y actuando de otra manera, con más diligencia hubiera evitado la culpa, entonces existe culpa del demandado por actuar sin diligencia.

Se realiza entonces un examen hipotético en el cual se hace referencia a que un profesional que en un mismo caso hubiera actuado de manera diligente, podríamos demostrar que el demandado actuó con culpa, con un comportamiento equivocado, entonces el actuar con error genera un daño y por lo tanto se causó con culpa, lo cual se enfoca en la culpa virtual, quien con dolo o culpa causa un daño es obligado a una indemnización.

Para cada caso es necesario la subjetivación, ya que la diligencia debe ser tomada para cada caso dependiendo de las circunstancias, ya que un profesional que actúa sin

diligencia, sin ética puede causar un daño diferente en otro caso, y se le reprochaba diferente para cada caso, con una indemnización proporcional al daño causado.

#### **4.8 Código Civil**

Dentro del tema que nos atañe, la culpa en la legislación ecuatoriana se encuentra enmarcada en el Código Civil ecuatoriano, por lo que se hace necesario el conocer sobre la culpa que se ve manifestada en el Art. 29 de la ley la cual distingue tres especies de culpa o descuido:

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

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro” (Código Civil, 2005).

La culpa grave, culpa lata o dolo es en la que incurren las personas que incurren en la negligencia absoluta de su comportamiento. La culpa leve es la responsabilidad en la que incurren las personas por su omisión o negligencia incumplen con su buen comportamiento, o medianamente diligente.

La culpa levísima es la culpa en la que incurre las personas sumamente diligentes. La cual, en las labores de su profesión, responde el profesional que incurra en la negligencia sumamente diligente, en la que debe requerir, la ética profesional.

La culpa levísima al ser la más gravosa, es en la que se incurriría el profesional que, al ser contratado por un trabajo, es obligado a prestar su suma diligencia, la cual debe ser pactada en un contrato. Pero el compromiso del profesional se ve inmerso inclusive en los contratos extra contractuales. Por lo que sería necesario una sanción por el

incumplimiento por negligencia del profesional. Lo cual requiere ser probado legalmente por el que se vea vulnerado.

#### **4.8.1 Responsabilidad Subjetiva Como Principio General Del Derecho Civil**

En el Art. 2033 del Código Civil ecuatoriano se manifiesta “El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado” (Código Civil, 2005).

El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización.

Es decir que quien con dolo cause un daño se refiere a un delito o quien con culpa cause un daño es un cuasi delito será obligado a la reparación o la respectiva indemnización

Una persona es responsable por los daños o perjuicios que causa a otra como consecuencia de una conducta intencional o imprudencial, esta culpa se extiende por actos de terceros cuando existe un deber de vigilancia a este tercero.

#### **4.9 Derecho Comparado**

##### **4.9.1 Culpa Virtual En Colombia**

En Colombia la tesis de la culpa virtual está en auge, ya que muchos tratadistas colombianos lo plantean, como lo hace Jorge Tamayo, tratadista colombiano que expone:

"Conscientes, ciertos ordenamientos jurídicos, los tribunales de justicia y los autores que con especialidad se han dedicado al estudio de esta materia, de las dificultades que enfrenta el demandante para establecer y demostrar la culpabilidad o la actuación deficiente de los profesionales de la medicina, ha sido elaborada la teoría de la denominada culpa virtual, con la cual se persigue facilitarles a los demandantes la demostración de la conducta culposa de los médicos, a fin de que respondan de los daños que su comportamiento negligente le haya ocasionado a la salud de sus pacientes. Sin renunciar al principio de que es el paciente quien tiene que demostrar la culpa del médico, por vía excepcional, la culpa se entiende establecida a partir de la demostración de ciertos indicios. "Es decir, la forma cómo ocurrieron los hechos le permite inferir al Juez que solo un



comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño" (Tamayo, 1995, pág. 637).

Entendemos entonces, en Colombia que un Juez puede eliminar cualquier causa posible como la responsable del daño y habiéndose acreditado las circunstancias y hechos en que ese daño se produjo, podría el Juez llegar al convencimiento de que el demandado actuó culposamente, aunque no se haya podido establecer con toda claridad en que consistió el comportamiento culposo.

No obstante, cabe mencionar que la culpa virtual no elimina el principio de la culpa probada a cargo del demandante y, pero invierte la carga de la prueba para establecer la responsabilidad del profesional.

Siempre hará falta que el demandante demuestre o incorpore al proceso una serie de graves indicios, a partir de los cuales el juez no tenga más remedio que concluir por inferencia lógica que el daño es imputable a la culpa de quien se encargó de la prestación del servicio, quien, a su vez, durante el desarrollo del proceso, ha tenido la oportunidad de probar que empleó una práctica correcta para evitar los daños ocasionados. La teoría de la culpa virtual bien podría ser resumida como sigue:

"Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa." (De Ángel Yágüez, 1951, pág. 71).

Por lo expuesto se nota que en Colombia en ese sentido la víctima de un daño es la obligada a probar la relación de causalidad entre la acción del demandado y el daño causado.

En ese sentido debería aceptarse las demandas, en consecuencia, que la relación de causalidad o nexo entre la conducta que se acusa de culpable y el daño sufrido con las presunciones.

La prueba de la relación de causalidad corre a cargo del perjudicado y, de alguna manera, esa relación de causalidad se invierte en la culpa virtual, que deberá quedar probada en el juicio.

#### **4.9.2 Código Civil Colombiano**

El primero de los elementos de la responsabilidad civil colombiana es el daño, su naturaleza como una de las fuentes de las obligaciones deriva de lo dispuesto por el artículo 1494 del Código Civil Colombiano, que hace alusión al "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona" (Código Civil Colombiano, 1873).

Aquí, el daño sólo será de relevancia para efectos de hacer responsable al profesional, cuando sea antijurídico y con una lo que permita considerar configurada su imputación.

En el Código Civil Colombiano se ha acogido en el artículo 2341 “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, es un requerimiento obligatorio de actuar o no actuar de tal manera que se evadan perjuicios a terceros. (Código Civil Colombiano, 1873).

Al momento de reparar un daño, la doctrina clasifica la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, bien por el incumplimiento de un contrato, bien por vulneración de principio general que impide causar daño a terceros.

En Colombia la responsabilidad civil tiene dos variables la culpa in eligendo o in vigilando, las cuales se presumían y la teoría organicista en derecho público, aplicada con algunas variaciones en el derecho privado, indicativa de la responsabilidad directa (artículo 2341 C.C.) de la persona jurídica cuando el daño sea causado por un hecho u omisión de sus directores o agentes, pero persistiendo la teoría de la responsabilidad indirecta.

En principio, la carga probatoria está determinada por el 1757 del Código Civil “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta” (Código Civil Colombiano, 1873).

La norma del Código Civil colombiano determina que para probar las obligaciones, en este caso la obligación de reparar perjuicios es de quien las alega.

El demandante es el llamado a probar la obligación de reparar, bien por incumplimiento de un contrato, bien por acontecimiento del “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona” (artículo 1494 del C.C.).

En casos de responsabilidad contractual y extracontractual, procede la aplicación del artículo 1604 del C.C.

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la

diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes” (Código Civil Colombiano, 1873).

Por lo que haciendo referencia al tema de estudio se nota que la culpa virtual es un tema fundamental para beneficiar a los usuarios de un proceso legal, que se les ha vulnerado sus derechos al contratar servicios de un profesional y este actúa sin ética.

#### **4.9.3 Culpa Virtual En El Código Civil Y Comercial Argentino**

Sobre la culpa virtual en Argentina, existen preceptos que determinan la carga de prueba para demostrar la culpabilidad corresponde al usuario que propone la demanda o alega los hechos.

Es así como lo estipula el artículo 1736 del Código Civil y comercial argentino sobre la prueba de la relación de causalidad manifiesta:

“La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca” (Código Civil y Comercial Argentino, 2015).

Manifiesta este precepto que la culpabilidad puede presumirse en ciertos casos, pero la ley deja a discrecionalidad de los jueces el determinar qué casos se puede aplicar, dejando muchas veces en la indefensión a los usuarios, por lo que se vería en la necesidad de ampliar este artículo para que se pueda determinar los casos, en relación a la desproporcionalidad del daño causado.

Así mismo el artículo 1726 manifiesta:

“Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” (Código Civil y Comercial Argentino, 2015).

Con respecto a este artículo se evidencia que el que produce el daño y es responsable en un juicio, debe indemnizar en lo posible para reparar el daño, pero en

casos de la culpa virtual es difícil demostrar el nexo causal que el vincule al causante del daño con el daño desproporcional, esto porque solo la presunción es la única prueba.

Por lo que se ve necesario la implementación de la culpa virtual, para poder precautelar los derechos de los usuarios que contratan un profesional, y que se ven ante la indefensión al no poder probar con pruebas reales la causalidad de los hechos, y simplemente contar con presunciones que muchas veces son daños desproporcionados y que se pueden apreciar a simple vista, por lo que aplicando la culpa virtual, se invirtiera la carga de la prueba, quedando en el profesional el probar si no actuó con negligencia.

## **5. Metodología**

### **5.1 Materiales Utilizados**

Entre los materiales utilizados durante el desarrollo del presente trabajo de investigación y los cuales me ayudaron a cumplir con los objetivos propuestos en el presente Trabajo de Integración Curricular recogiendo fuentes bibliográficas tenemos: Obras Jurídicas, Leyes, Manuales, Diccionarios, Ensayos, Revistas Jurídicas, Obras Científicas y Páginas Web de los organismos de diversos Estados, que se encuentran citados de manera idónea y que forman parte de las fuentes bibliográficas de mi presente trabajo.

Entre otros materiales se encuentran: Computadora portátil, teléfono celular, retroproyector, cuaderno de anotaciones, conexión a internet, impresora, hojas de papel bond, fotocopias, anillados, impresión de borradores del presente Trabajo de Integración Curricular y empastados de la misma, entre otros.

### **5.2 Métodos**

Los métodos son el conjunto de procesos que permiten el desarrollo y ejecución del presente Trabajo de Integración Curricular, para ello durante el proceso de investigación Socio - Jurídico, se aplicaron los siguientes métodos:

**Método Científico:** Es una serie de etapas que hay que recorrer para obtener un conocimiento válido desde el punto de vista científico; este método fue utilizado al momento de **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA CULPA VIRTUAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO** zar las obras jurídicas, científicas, desarrolladas en mi trabajo de investigación dentro de la revisión de literatura

que comprende el marco conceptual y doctrinario, cuyos datos complementarios constan en las citas y bibliografía correspondiente.

**Método Inductivo:** Es un método que va de lo particular a lo general; este método permitió analizar la culpa virtual como medio para garantizar el resarcimiento del daño causado con la falta de ética profesional, partiendo desde un enfoque en el ámbito nacional para luego estudiarlo a nivel internacional, obtener diferentes enfoques de algunos países, este método fue aplicado en la Revisión de Literatura.

**Método Deductivo:** Este método parte de lo general a lo específico; fue aplicado en el desarrollo de la investigación al analizar la culpa virtual como medio para garantizar el resarcimiento del daño causado con la falta de ética profesional en el ámbito jurídico de otras legislaciones hasta concluir que en nuestro país existe un vacío legal frente a este problema y debería proponerse una solución mediante una reforma legal. Este método fue aplicado en la Revisión de Literatura.

**Método Analítico:** Se utilizó este método cuando se realizó el análisis y comentario de cada una de las citas constantes en el Revisión de Literatura que comprende el marco conceptual, doctrinario, jurídico y derecho comparado; también fue aplicado al analizar e interpretar los resultados de las encuestas y entrevistas.

**Método Exegético:** Método empleado al momento de analizar las normas jurídicas utilizadas para la fundamentación legal del trabajo de investigación, estas son: Constitución de la República del Ecuador; Código Civil.

**Método Hermenéutico:** Este método permite interpretar textos jurídicos, que permiten entender el sentido de las normas jurídicas, este método se aplicó en la interpretación de las normas jurídicas, desarrolladas en el Marco Jurídico, en que se procede a realizar la interpretación de las leyes ecuatorianas pertinentes.

**Método Mayéutica:** Es un método de investigación que consiste en aplicar una serie de interrogantes a través de las cuales se va a descubrir conceptos que estaban ocultos en la mente del interrogado; este método se aplicó en las encuestas y entrevistas para la obtención de información relevante para el desarrollo de la investigación.

**Método Comparativo:** Este método permite contrastar dos realidades legales, mismo que fue aplicado en el desarrollo de la investigación a través del Derecho Comparado, en el cual se procedió a comparar la realidad jurídica ecuatoriana, con las sentencias de la corte constitucional colombiana; y en lo que compete a Ecuador específicamente en el Código Civil a través del cual se obtuvo semejanzas y diferencias de estos ordenamientos jurídicos.

**Método Estadístico:** El método estadístico permite recolectar datos cuantitativos o cualitativos de la investigación mediante el uso de las técnicas de la Entrevista y la Encuestas, aplicado al momento de realizar la tabulación, cuadros, representación gráfica para desarrollar el punto de Resultados de la Investigación.

**Método Sintético:** Consiste en resumir y unir los aspectos más relevantes dentro de la investigación. Este método fue empleado en todo el trayecto de la elaboración del trabajo de investigación; especialmente con la discusión de la verificación de objetivos, y fundamentación jurídica del proyecto de reforma legal, aplicando al momento de emitir un criterio luego de realizar un estudio minucioso de la temática.

### 5.3 Técnicas

**Encuesta:** Está conformada por una serie de preguntas las mismas que se diseñaron con la finalidad de conocer el criterio de 30 profesionales en el campo del derecho quienes tienen conocimiento sobre la problemática planteada.

**Entrevista:** Consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, se aplicó la entrevista a 10 profesionales especializados y conocedores de la problemática.

### 5.4 Observación documental

Mediante la aplicación de este procedimiento se realizó el estudio de sentencias, fallos, noticias que se han presentado en la sociedad en lo que concierne a la culpa virtual.

También se cuenta con datos estadísticos que sirven para la demostración y fundamentación del presente trabajo en lo relacionado con el problema jurídico estudiado.

De los resultados de la investigación expuestos en las tablas, gráficos y en forma discursiva con deducciones, como de las interpretaciones de las cuales se derivan su análisis de los criterios y datos específicos, todo ello tiene como finalidad estructurar la Revisión de literatura, verificación de los objetivos y también permitirá desarrollar las conclusiones y recomendaciones dirigidas a resolver la problemática planteada.

## 6. Resultados

### 6.1 Resultados de las Encuestas

En esta sección se tratará la información obtenida con la técnica de encuesta fue aplicada a treinta profesionales del derecho especialistas en temas civiles, en un cuestionario conformado por cinco preguntas cerradas y sus posibles alternativas de respuesta, obteniendo los siguientes resultados:

**Primera Pregunta: ¿Considera que la falta de normativa sobre la culpa virtual, ocasiona que los jueces nieguen las demandas por que los hechos se basan en presunciones?**

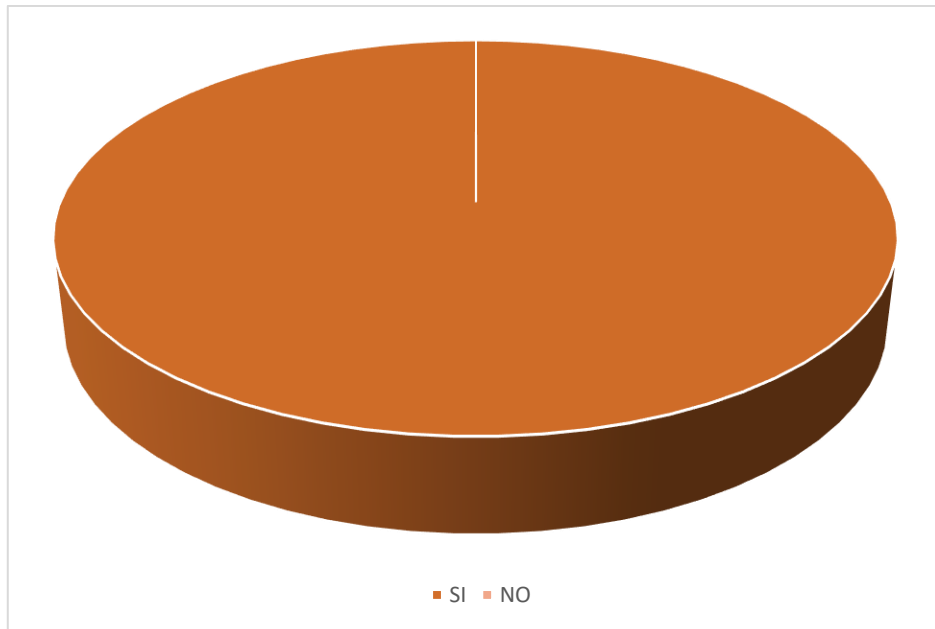
**Tabla Nro. 1**

*Tabla 1. Indefensión del usuario por falta de pruebas*

Indicadores	Variables	Porcentaje
SI	30	100%
NO	0	0%
<b>Total</b>	30	100%

**Fuente:** Profesionales del derecho especialistas en temas civiles.

**Autor:** Bolívar Alejandro Naranjo Ajila



*Figura 1. Dato Estadístico sobre la indefensión del usuario por la falta de pruebas*

**Interpretación:**

La primera interrogante realizada a treinta encuestados se determina que el 100% respondieron que la falta de normativa sobre la culpa virtual ocasiona que los jueces nieguen demandas donde los hechos se basen únicamente en presunciones, por el hecho que las presunciones son la única prueba que la persona vulnerada cuenta para defender sus derechos, siendo la normativa sobre la culpa virtual el único método para precautelar los derechos de las personas, al reconocer las presunciones como válidas e invertir la carga de la prueba en un proceso civil, permitiendo a la persona que recibe el daño, el demostrar el daño causado solo con lo visible y palpable, lo que se considera como presunciones para demostrar su vulneración.

**Análisis:**

Referente a este interrogante comparto con el criterio del 100% de encuestados al manifestar que, si se ve escindida la decisión de un juez de aceptar o desechar la demanda por falta de prueba, ya que muchas de las veces, es la falta prueba la que concurre en que no se pueda demostrar los hechos, que a simple vista se pueden apreciar, y es la simple presunción la que debe ser tomada en cuenta para precautelar los derechos de las personas afectadas.



**Segunda Pregunta: ¿Considera que los profesionales que realizan su trabajo sin ética profesional deben ser sancionados a una indemnización proporcional al daño causado?**

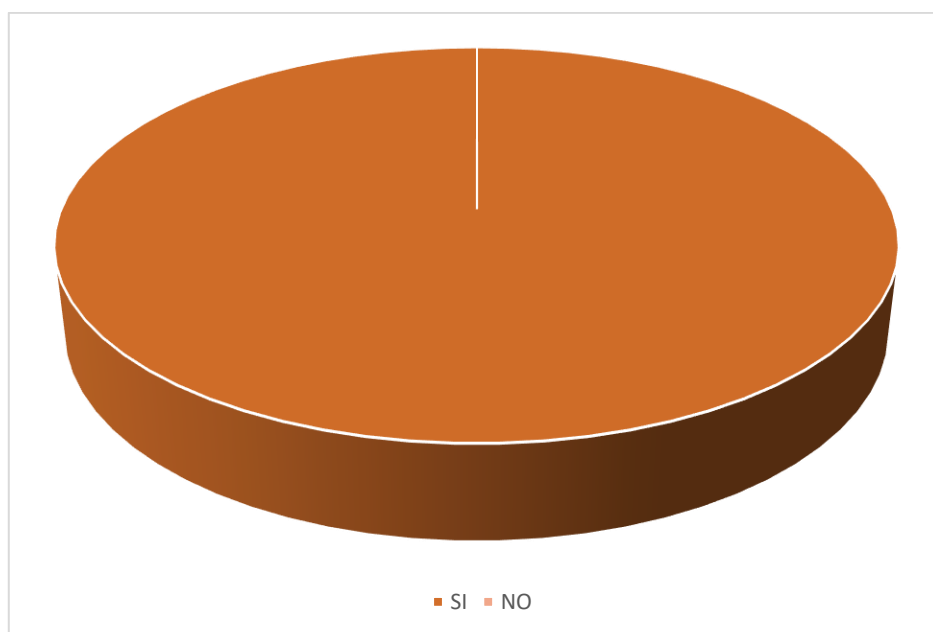
**Tabla Nro. 2**

*Tabla 2. Indemnización proporcional al daño causado.*

Indicadores	Variables	Porcentaje
<b>SI</b>	30	100%
<b>NO</b>	0	0%
<b>Total</b>	30	100%

**Fuente:** Profesionales del derecho especialistas en temas civiles.

**Autor:** Bolívar Alejandro Naranjo Ajila.



*Figura 2. Dato Estadístico sobre la indemnización proporcional al daño causado por parte del profesional*

**Interpretación:**

En esta interrogante se consideró lo referente a la ética profesional presentada por los profesionales cuyos extensos estudios requieren para la práctica de sus actividades, esto en la medida de la falta cumplimiento de sus funciones sin la ética profesional deberían de ser sancionados con una indemnización que sea proporcional al daño causado, donde se evidencio que el 100% de encuestados contestaron que si debe ser sancionado con una sanción acorde al daño causado en contra del profesional que actúa sin ética profesional en su trabajo.

**Análisis:**

Respecto de esta pregunta comparto con el criterio del 100% de encuestados quienes señalan que el profesional que actúa sin ética profesional, causa graves daños a sus clientes, quienes confían en la experiencia del profesional por sus largos estudios para que protejan sus intereses, por lo que es necesario una sanción que sea proporcional al daño causado para resarcir los derechos vulnerados.

**Tercera pregunta: ¿Considera que se vuelve difícil el probar para el demandante en un juicio, la culpabilidad de un profesional que actúa sin ética con prueba que demuestre que realizaron el daño?**

**Tabla Nro. 3**

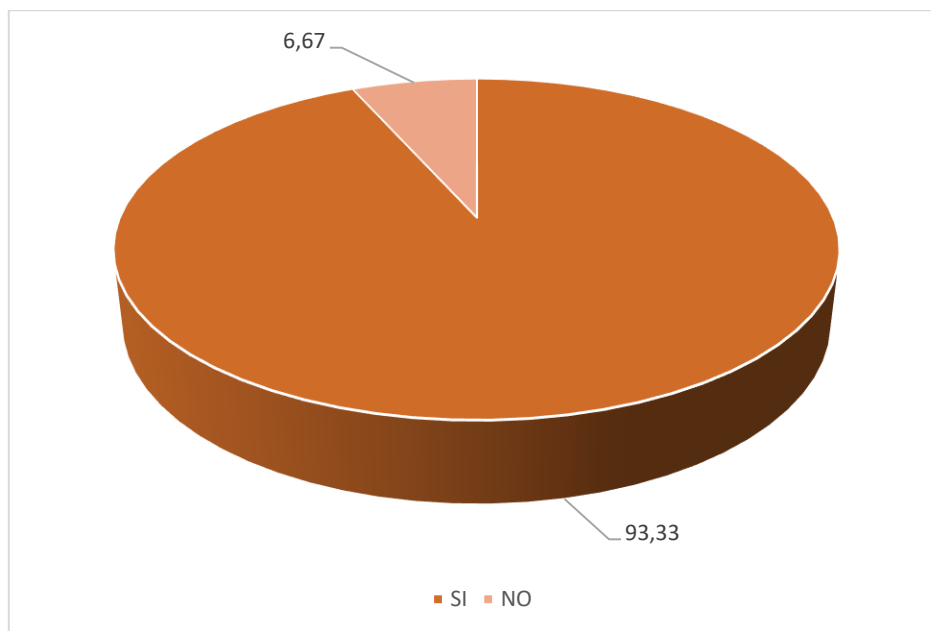
*Tabla 3. Dificultad sobre la prueba del daño causado*

Indicadores	Variables	Porcentaje
SI	28	93.33%
NO	2	6.67%

<b>Total</b>	30	100%
--------------	----	------

**Fuente:** Profesionales del derecho especialistas en temas civiles.

**Autor:** Bolívar Alejandro Naranjo Ajila



*Figura 3. Dato Estadístico sobre la dificultad de la demostración de la prueba del daño ocasionado*

**Interpretación:**

En esta interrogante los resultados arrojados determinan que 28 profesionales del derecho que equivalen a 93.33% dicen que si están de acuerdo que en la presentación de una demanda civil de daños ocasionados por un profesional que actúa sin ética profesional, se vuelve una tarea difícil para las personas, por el hecho que se desconoce de la profesión, y para poder probar el daño causado con prueba solo se cuenta muchas de las veces solo con presunciones, lo que ocasiona que se deseche la demanda, dejando en la indefensión de las personas cuyos derechos han sido vulnerados, por el contrario, dos encuestados que representan el 6.67% contestaron que no se vuelve difícil el probar la mala práctica profesional porque el solo daño causado es suficiente prueba.

**Análisis:**

Concuero con la mayoría de los encuestados que mencionan que el probar la mala práctica de un profesional que actúa sin ética en un proceso civil genera en quien presenta la demanda una carga probatoria muy difícil, ya que por la falta de pericia sobre la profesión y la falta de prueba que demuestre que el daño causado fue hecho por el profesional, ocasiona que se vulnere sus derechos y quede en la indefensión, al contar únicamente con presunciones del hecho, y que el daño causado quede en la impunidad.

**Cuarta pregunta: ¿Cree usted que se vulnera el derecho de las personas a la seguridad jurídica, al no poder demostrar la culpabilidad del profesional en un juicio, por la falta de normativa sobre la culpa virtual?**

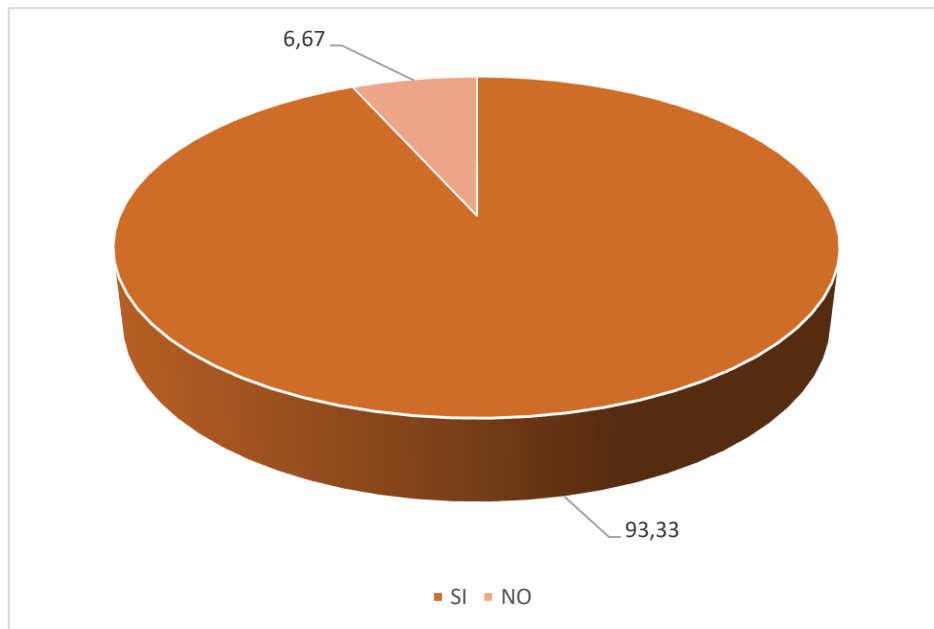
**Tabla Nro. 4**

*Tabla 4. Vulneración de derechos*

Indicadores	Variables	Porcentaje
<b>SI</b>	28	93.33%
<b>NO</b>	2	6.67%
<b>Total</b>	30	100%

**Fuente:** Profesionales del derecho especialistas en temas civiles.

**Autor:** Bolívar Alejandro Naranjo Ajila



*Figura 4. Dato Estadístico sobre la vulneración de derechos que sufren los usuarios.*

**Interpretación:**

En esta pregunta 28 de los encuestados que corresponden al 93.33% respondieron que, si se ve vulnerado el derecho de la seguridad jurídica de las personas, quienes por falta de normativa no cuentan con un mecanismo para demostrar lo que alegan, en el sentido que la única prueba que cuentan es el daño generado y al no existir una norma legal tipificada que permita a los jueces administrar justicia de manera que no se vea violentado los derechos, por otra parte 2 de los encuestados que corresponden al 6.67% que no se vulnera el derecho a la seguridad jurídica, por el hecho que si existen medios idóneos para precautelar el derecho a la seguridad jurídica dentro de los procesos legales.

**Análisis:**

Concuerdo con la mayoría de los encuestados que mencionan que el probar la mala práctica de un profesional que actúa sin ética, en un proceso civil genera en quien presenta la demanda una carga probatoria muy difícil, ya que por la falta de pericia sobre la profesión y la falta de prueba que demuestre que el daño causado fue hecho por el profesional, ocasiona que se vulnere sus derechos y quede en la indefensión, al contar únicamente con presunciones del hecho, y que el daño causado quede en la impunidad; por lo que para precautelar la seguridad jurídica como derecho fundamental de las personas es necesario la existencia de normativa preestablecida y tipificada sobre la culpa

virtual que permita a las personas que han recibido daños por parte del profesional que actúa sin ética profesional.

**Quinta pregunta: ¿Cree usted que es necesario incorporar un artículo en el Código Civil sobre la culpa virtual para precautelar los derechos de las personas que se ven en la indefensión, al no poder demostrar el daño causado por la falta de ética del profesional?**

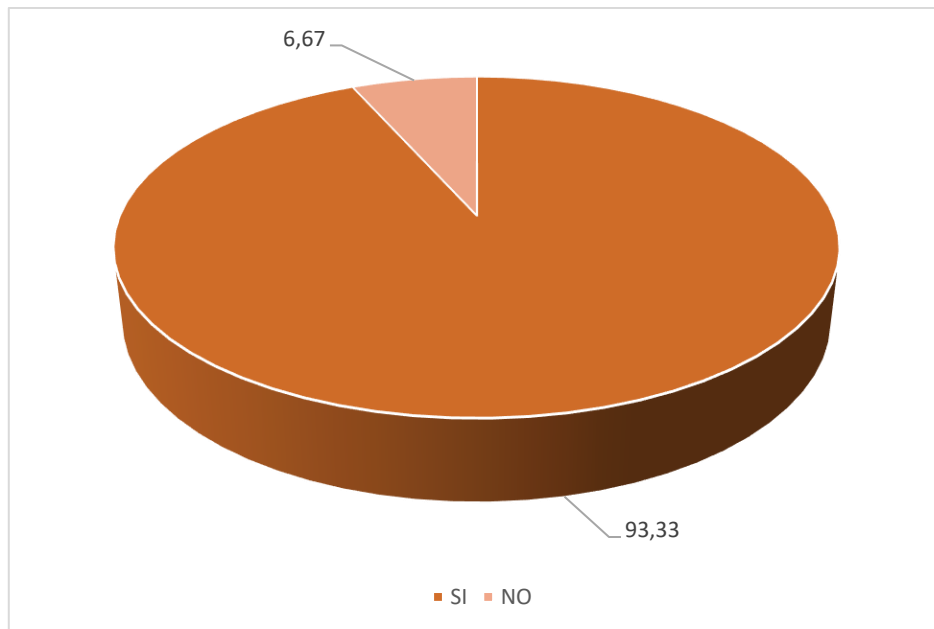
**Tabla Nro. 5**

*Tabla 5. Tipificación de la culpa virtual a la legislación ecuatoriana*

Indicadores	Variables	Porcentaje
SI	28	93.33%
NO	2	6.67%
<b>Total</b>	30	100%

**Fuente:** Profesionales del derecho especialistas en temas civiles.

**Autor:** Bolívar Alejandro Naranjo Ajila



*Figura 5. Dato Estadístico sobre la necesidad de normal la culpa virtual dentro de la legislación ecuatoriana*

**Interpretación:**

A la postre de la encuesta, para esta interrogante se aprecia que 28 personas correspondientes al 93.33% de los encuestados afirmaron que, para precautelar los derechos de las personas dentro de un proceso legal, al verse en la imposibilidad de demostrar con pruebas periciales los hechos que alegan ante un juez, se ven vulnerados sus derechos dejándolos en la completa indefensión, recibiendo una negativa de lo que demandan por falta de prueba, siendo necesario incorporar normativa expresa que incluya a la culpa virtual en el Código Civil Ecuatoriano. Yuxtapuesto, 2 encuestados que corresponden al 6.67% discreparon de la interrogante al manifestar que la normativa referente al daño ya se encontraba tipificada.

**Análisis:**

Coincido con la totalidad de los encuestados en que se hace necesario incluir un artículo donde se añada lo concerniente a la culpa virtual, lo que se vuelve imprescindible como medio para precautelar los derechos de las personas que se ven en la indefensión al no poder demostrar con pruebas el daño causado por el profesional que actúa sin ética.

Es por los resultados obtenidos en las encuestas que se confirma la problemática de investigación, ya que la falta de normativa referente a la culpa virtual vulnera derechos de las personas en general, por lo tanto, es necesario una reforma al Código Civil Ecuatoriano para incluir lo referente a la culpa virtual.

## **6.2 Resultados de Entrevista**

La técnica de la entrevista fue aplicada a diez profesionales del Derecho especializados y conocedores de la problemática, entre ellos Jueces y Abogados en libre Ejercicio, de quienes se obtuvo la siguiente información:

**Primera Pregunta: La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 54 inciso segundo dispone que “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas” ¿Considera usted, que se cumple con esta disposición constitucional?**

**Primer Entrevistado:** Considero que la responsabilidad por la mala práctica dentro del ejercicio de alguna profesión, no se ha cumplido como lo exige la Constitución de la República ya que muchas de las veces se ha vulnerado derechos constitucionales que ponen en riesgo la integridad de las personas, muchas de las veces al abusar de su condición, por lo que sería justo que se crease normativa específicamente para este precepto.

**Segundo Entrevistado:** Evidentemente los casos aislados no deben ser tomados como una generalidad, por ejemplo, la mala práctica médica está constituida como un delito la misma que está establecida en el art. 146 del COIP, sin embargo, si uno analiza la situación práctica de los médicos, son pocos en los que se denuncia la mala práctica médica, ya que son hechos aislados que se producen en gran parte por negligencia por parte de aquellos profesionales para lo cual la norma establece una sanción por lo tanto al establecer una sanción se determina responsabilidad para las personas que actúan infringiendo el deber objetivo del cuidado.

**Tercer Entrevistado:** Considero que muchas de las veces no se hacen efectivo este precepto constitucional, en cuanto la mala práctica, no es susceptible de verificación en



un juicio, dada la dificultad de la práctica de las pruebas estos casos, lo que provoca el estado de indefensión de los afectados.

**Cuarto Entrevistado:** La mala práctica profesional en muchos de los casos se vuelve inviable de probar en los tribunales, dadas muchas de las veces las formas en las que se produjeron las negligencias, y la falta de medios probatorios.

**Quinto Entrevistado:** No se cumple con esta disposición constitucional, porque existen muchos casos donde existe la mala práctica profesional, y son mínimos los porcentajes de personas que han demandado que se haga justicia.

**Sexto Entrevistado:** Claro que se cumple, porque al momento de realizar un servicio profesional, el profesional asume la responsabilidad y las obligaciones de este servicio, por ejemplo, en el campo de la salud y en el campo jurídico penal, donde se juega la vida y libertad de las personas.

**Séptimo Entrevistado:** Si se cumple lo que reza la Constitución, porque primero está la integridad de las personas, y al ser la constitución la norma suprema que prima ante las demás esto de tiene que cumplir de forma inmediata.

**Octavo Entrevistado:** La mala práctica profesional puede darse a cualquier gremio de su profesión, puede ser un abogado, ingeniero civil, medico etc., la aplicabilidad de la ley lo cual a esta establecido en la Constitución y por ende también en el Código Orgánico Integral Penal, debe cumplirse ya que somos entes de derechos y obligaciones, se ha visto muchos casos donde la mala práctica médica, el uso de la fuerza pública ha causado graves daños a la persona, pero también se ha seguido el procedimiento para la sanción respectiva.

**Noveno Entrevistado:** No se cumple, por la corrupción y eso genera en si una desestructuración social, ocasionando que las nuevas generaciones pierdan el rumbo adecuado de la ética profesional.

**Decimo Entrevistado:** No, porque influye el factor dinero antes que los principios morales, ha muchos profesionales que se dejan influenciar más por el tema económico que por el tema ético y moral de la profesión, arte u oficio.

**Comentario del Autor:** Comparto la opinión con los profesionales entrevistados, ya que, conforme a Derecho, la Constitución protege a las personas que contratan servicios profesionales, o de arte u oficio. Sin embargo, de ello, en la mayoría de casos esta disposición constitucional no se cumple, debido a la falta de valores y principios por parte de los profesionales que desempeñan estos roles. Es así, que se vuelve imprescindible que los derechos de las personas sean garantizados mediante una normativa que vincule la ética profesional, con el servicio de calidad y calidez que debe recibir el usuario de dichos servicios, para ello es importante que, a más de la conciencia ciudadana sobre la ética profesional, la normativa aplicable a este principio constitucional, se encuentre bien delimitado en nuestra norma jurídica, para garantizar la aplicabilidad de esta disposición constitucional.

**Segunda Pregunta: La falta de ética profesional y mala práctica en los ejercicios de su profesión. ¿Qué consecuencias acarrea para los usuarios de estos servicios?**

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Simplemente la vulneración a su integridad, a derechos que menoscaben o menosprecien el disponer información de buena calidad y con veracidad.

**Segundo Entrevistado:** La consecuencia que acarrea para los usuarios la falta de ética profesional o mala práctica está determinada básicamente en la vulneración de derechos, ya que por una parte la persona paga por un servicio y aquel servicio debe ser de calidad, si el servicio no es de calidad se transgrede derechos de los usuarios, no obstante pudiendo llegar a existir consecuencias o daños colaterales debido al negligente y precario ejercicio de la práctica profesional, en tal sentido dependiendo la rama o sector donde se produzca la mala práctica o la falta de ética profesional se ocasiona vulneración al derecho de propiedad, a la vida, a la integridad personal, entre otros derechos.

**Tercer Entrevistado:** Las consecuencias para las personas que acuden a un profesional que actúa sin ética son, el daño grave a su propiedad, inclusive la pérdida de sus recursos y el tiempo invertido, por el hecho de depositar su confianza en una persona que no cumple a cabalidad con sus labores para los cuales han sido contratados

**Cuarto Entrevistado:** Principalmente existe el daño tanto material como moral, el mismo que muchas de las veces es incuantificables, pues, la persona perjudicada sufre de

estados de ánimo perjudiciales para su salud mental, así mismo, existe el daño material que sería considerado como el perjuicio económico que sufre la persona por la mala práctica profesional.

**Quinto Entrevistado:** Consecuencias como el riesgo para el usuario si no conoce plenamente al profesional, puede tener un efecto negativo en el usuario.

**Sexto Entrevistado:** Acarrea penas exageradas de privación de libertad, mala praxis de la reparación integral de la víctima, el riesgo de perder la vida dentro de un centro penitenciario.

**Séptimo Entrevistado:** Conlleva varias consecuencias graves para los profesionales que incumplen, como la reducción de sueldos, despidos, etc.

**Octavo Entrevistado:** Las consecuencias que acarrea para el usuario es que se le pueda seguir un procedimiento judicial por la mala práctica profesional, arte u oficio, y, por consiguiente, una sanción.

**Noveno Entrevistado:** Genera una situación de calamidad, debido a que se perdería el enfoque de credibilidad profesional dentro de las diferentes áreas y profesiones que se desarrollan.

**Decimo Entrevistado:** Acarrearía consecuencias graves como lo pueden ser pérdida de recursos económicos, daño a la salud, a la vida, la libertad, en otras palabras, se estaría vulnerando los derechos de los usuarios que contratan sus servicios profesionales.

**Comentario del Autor:** Según el universo de entrevistados se perdería el enfoque de credibilidad del profesional que incumple sus roles o labores para las que fue contratado, a más de existir un perjuicio económico para la persona, así como su tiempo. En el caso de los profesionales de la salud, se pone en riesgo la integridad física y hasta la vida por la mala praxis profesional, en los casos de las profesiones en derecho, una mala defensa técnica acarrearía graves repercusiones para los usuarios, pues, a más de la pérdida de recursos económicos, se pone en peligro los derechos de libertad de las personas por la mala defensa técnica de la que puede ser víctima la persona vulnerada de sus derechos.

**A la Tercera Pregunta: ¿Qué derechos cree usted que se vulneran, por la falta de ética profesional?**

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Con la ética profesional se procuran, no solo los beneficios individuales, sino también el bien común, incumplir con las reglas de manera deliberada, puede resultar en sanciones por la legislación que protege los derechos de los destinatarios de los servicios profesionales, los mecanismos de inhabilitación profesional y los procesos institucionales de la destitución de los funcionarios públicos.

**Segundo Entrevistado:** Existe pluralidad de derechos que se vulneran por la falta de ética profesional entre los cuales se encuentran los que protegen al patrimonio de las personas, los que pueden llegar a atacar contra la integridad personal, los que protegen el derecho a la vida entre otros derechos, básicamente la vulneración del derecho responde de acuerdo al servicio que es prestado por el profesional que carece de ética profesional.

**Tercer Entrevistado:** Por la falta de ética profesional el usuario se le vulneran sus derechos de propiedad e integridad psicológica.

**Cuarto Entrevistado:** Los derechos vulnerados a las personas afectadas por la falta de ética profesional, son la vulneración de sus derechos patrimoniales y vulneración de su salud mental.

**Quinto Entrevistado:** Los derechos que se vulneran son: el objetivo que persigue el usuario y se vulneran sus intereses, por la falta de ética profesional.

**Sexto Entrevistado:** El derecho a la integridad, tanto física, mental y emocional.

**Séptimo Entrevistado:** El derecho a obtener un buen servicio profesional por parte de los profesionales en sus diferentes ramas laborales.

**Octavo Entrevistado:** Derechos de libertad, a la vida, igualdad, equidad.

**Noveno Entrevistado:** El derecho a la verdad y la libertad.

**Decimo Entrevistado:** El derecho a la tutela judicial efectiva, salud, trabajo.

**Comentario del Autor:** Según la opinión de las personas entrevistadas se vulneran derechos fundamentales de las personas, como sus derechos de libertad, vida, equidad, tutela judicial efectiva. Según el análisis realizado por el autor de este trabajo, podemos delimitar que todos los profesionales entrevistados concuerdan que existen vulneración de derechos de las personas por las malas prácticas profesionales, en el desempeño de sus labores.

**A la Cuarta Pregunta: El tratadista RICARDO DE ÁNGEL YÁGUEZ, sobre la culpa virtual, asevera: "Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa."**

**Con estas consideraciones, ¿Cree usted que es necesario incluir una reforma sobre la culpa virtual donde se dé más facilidad a los usuarios vulnerados por los profesionales que realicen sus funciones sin ética profesional, con el fin de subsanar el daño causado?**

**Respuestas:**

**Primer entrevistado:** Si es necesario una norma para sancionar a los profesionales que vulneren los derechos del usuario, por la mala práctica profesional.

**Segundo entrevistado:** La responsabilidad es atribuida a partir de la respectiva imputación que se realiza a la persona que presumiblemente es culpable de la afectación ocasionada al usuario, para todo este proceso es necesario establecer la culpabilidad de la misma ya sea a través de una prueba directa, una prueba iniciara que permita determinar la efectiva y respectiva responsabilidad.

**Tercer Entrevistado:** Si es necesario que exista una sanción proporcional al daño causado y como medio de prueba debe ser suficiente el daño causado, para que se demuestre el perjuicio para el usuario y sea aceptada la pretensión ante el juzgado.

**Cuarto Entrevistado:** Según la valoración de la prueba, el juzgador debería basarse en el daño causado al usuario, para resarcir los daños ocasionados por los malos profesionales que incumplieron con sus funciones para las que se les encomendó el servicio.

**Quinto Entrevistado:** Necesariamente debe existir prueba, pero tiene que ser prueba en donde se evidencie el daño causado, para poder sancionar al profesional que incumple con sus labores, pues aun que se determine el hecho, y el nexo causal no existe una obligación de indemnizar si no aparece claramente el daño.

**Sexto Entrevistado:** No estoy de acuerdo con el tratadista, respecto de que todo juicio debe ser probado con prueba, tanto documental, material, pericial y testimonial, respecto de la pregunta, se debe comprender, si el abogado en negligencia, no pidió a tiempo la prueba o entre otros casos puntuales, no asistió a la audiencia o a su vez no respondió dentro del término concedido, puede considerarse negligencia profesional.

**Séptimo Entrevistado:** Esta mal planteada la pregunta, porque como se va sancionar al profesional si no existe prueba alguna. En la descripción manifiesta que si existe perjuicio para el usuario. Si existe un perjuicio necesariamente tiene que existir evidencias de lo ocurrido porque no se puede sancionar a una persona sin que existan pruebas que lo incriminen o inculpen.

**Octavo Entrevistado:** No, si existiría un perjuicio para el usuario se debería presentar las pruebas del suceso, para que ambas partes tengan derecho a defenderse y a demostrar con pruebas sobre la práctica que se ha realizado.

**Noveno Entrevistado:** No, porque tiene que existir pruebas para que se determine que ha existido la mala praxis profesional e incumplimiento de la ética, y se pueda sancionar al profesional que incumplió.

**Decimo Entrevistado:** Si, porque dentro de nuestro medio existen muchos profesionales que no se rigen a la ética profesional, que simplemente por ganar más dinero o prestigio, perjudican a la sociedad.

**Comentario del Autor:** Del universo de entrevistados en un sesenta por ciento aseveran que se vuelve necesaria una regulación de la ética profesional en nuestra normativa jurídica, esto para precautelar los derechos de los usuarios y que se trabaje con ética y profesionalismo, apegados a la verdad y buena fe de los profesionales que prestan sus servicios. Así mismo, un porcentaje asevera que no es necesario la implementación,

pues, debe existir los medios probatorios para garantizar el derecho a la defensa de las partes involucradas.

**A la Quinta Pregunta: ¿Considera usted necesario incorporar la culpa virtual dentro de nuestro Código Civil, para normar el daño causado por la falta de ética profesional?**

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Si es necesario, pues se ha evidenciado que la falta de normativa en la legislación ecuatoriana es muy grande y es necesario robustecer las leyes en cuanto a la vulneración de derechos que le atañen a los usuario y consumidores, sería importante para garantizar el reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos en la norma suprema.

**Segundo Entrevistado:** Efectivamente toda incorporación que amerita determinar responsabilidad por falta de ética profesional deber ser incorporada en la norma jurídica, sin embargo, se debe tomar en consideración presupuestos jurídicos que permiten a la persona que se le imputa la responsabilidad defenderse ya que si aquello no se lo realiza se le está vulnerando el derecho a la legitima defensa, esto en razón de que puede existir causa de exclusión de la culpabilidad por lo tanto la culpabilidad es material.

**Tercer Entrevistado:** Considero que sí. Pues es necesario implementar normativa referente a la culpa virtual, para no vulnerar la seguridad jurídica y los derechos de las personas que se ven afectadas por el daño causado por la mala práctica profesional.

**Cuarto Entrevistado:** Según mi criterio debería existir una norma específica en nuestra legislación, para precautelar la no vulneración de derechos constitucionales, pues muchas de las veces, es esta falta de prueba física lo que impide que se sancionen a los profesionales que no cumplieron con su rol de servicio.

**Quinto Entrevistado:** Si, porque la falta de norma es la causa del perjuicio a los usuarios por la falta de ética profesional.

**Sexto Entrevistado:** Si. Porque no está establecido por medio de ley, pero por medio de resolución si existe.

**Séptimo Entrevistado:** Si, porque una vez que se estipule en nuestro Código, existiría un lineamiento de cuando es procedente o no la culpa virtual, solo si se demuestra mediante la norma ya establecida.

**Octavo Entrevistado:** Si se podría incorporar, pero estableciendo el derecho a la defensa y el debido proceso para las partes.

**Noveno Entrevistado:** No, porque dentro de la culpa virtual se puede ingresar e incorporar evidencias ficticias o manipular la información.

**Decimo Entrevistado:** No, porque de acuerdo a mi criterio personal, esta figura jurídica, debería ser incorporada en nuestro COIP, para que el profesional que incurra en esta figura jurídica sea sancionado con penas más drásticas y no solo con penas pecuniarias.

**Comentario del Autor:** Según el análisis realizado de las entrevistas efectuadas a los diferentes profesionales, nos encontramos en un escenario dividido, pues, si bien es cierto en su mayoría existe un consenso en la factibilidad de la implementación de esta nueva figura jurídica, para garantizar el derecho de las personas que ocupan los servicios de los diferentes profesionales. Así mismo, existe un sector de los entrevistados que no cree conveniente la implementación de esta figura jurídica, bajo el contexto de que no se puede juzgar a una persona por meras presunciones, si no, en base a las pruebas fácticas prestadas por las partes involucradas.

**A la Sexta Pregunta: ¿Qué sugerencias daría usted para garantizar el buen servicio y el trabajo ético, por parte de los profesionales que desempeñan diferentes funciones dentro de su ámbito laboral?**

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Se recomienda para garantizar el buen servicio o la ética profesional, el hablar con veracidad al momento de ofrecer algún tipo de servicio, y entender que las personas se acercan a un profesional para poder resolver sus problemas sociales, personales, laborales y demás por lo que es necesario ser consientes como ciudadanos para permitir mantener relaciones solidas entre el profesional y el usuario en el servicio que se esté prestando.



**Segundo Entrevistado:** La recomendación estaría determinada en establecer parámetros reglamentarios que permitan direccionar la conducta a presupuestos éticos, para con ello lograr que la prestación de los servicios sea efectuada en forma óptima y se garantice los derechos de todas las personas que ocupan aquellos servicios, es decir un mecanismo de carácter preventivo.

**Tercer Entrevistado:** Para los profesionales es necesario que su trabajo lo realicen con empatía y amor a su carrera profesional, que su desempeño profesional sea organizado y cuenten con todos los medios para cumplir a cabalidad sus labores.

**Cuarto Entrevistado:** Para realizar su trabajo, los profesionales deben actuar con íntimo apego a la ética y con respeto a los intereses de las personas que les confiaron el trabajo, tratando de llevar siempre el ejercicio de su profesión con la mayor madurez y responsabilidad posible.

**Quinto Entrevistado:** Debería existir conciencia en los formadores de los profesionales, porque si no los forman desde los centros de educación, no va existir nunca ética profesional.

**Sexto Entrevistado:** Que el profesional del derecho asuma la responsabilidad del juramento realizado al momento de incorporarse como abogado de la república del Ecuador, además que la práctica profesional no es un juego sino un trabajo que tiene obligaciones y responsabilidades.

**Séptimo Entrevistado:** Sugeriría que antes de ser profesionales seamos más humanos, más conscientes de nuestros actos y del trabajo que realizamos como profesionales que desempeñan sus diferentes funciones. Que se trabaje con honradez, responsabilidad y sobre todo con estricto apego y conocimiento a ley y norma.

**Octavo Entrevistado:** Para trabajar en base a nuestra profesión se debe realizar con ética cada trabajo, aplicando con honestidad los conocimientos adquiridos, la enseñanza de valores debe realizarse desde la casa, los conocimientos los profesores y la aplicación la persona que tiene el conocimiento y lo aplica.

**Noveno Entrevistado:** Que desde el inicio se firme un convenio de confidencialidad para que se pueda cumplir con la ética de la persona que se contrata.

**Decimo Entrevistado:** Primeramente, basarse en un principio moral, porque de ahí partiríamos a un buen ejercicio profesional.

**Comentario del Autor:** Del universo de entrevistados, podemos denotar que en su mayoría recomiendan, que los profesionales deben actuar con ética y estricto apego a la norma jurídica establecida para el caso, así mismo recomienda que los profesionales al regirse por estos principios deben garantizar el buen trabajo a sus usuarios y para ello lo factible es elaborar un contrato para de esta manera trazar los compromisos por parte de las personas que requieren los servicios profesionales; de la misma manera entrevistados aseveran que se debería realizar una mejor formación por parte de las instituciones (escuelas, colegios, universidades), para crear una conciencia del trabajo ético que deben cumplir los diferentes profesionales.

### **6.3 Estudio De Casos**

El presente estudio de casos se desarrolla con sentencias de la Corte de Estado de Colombia, analizando sus antecedentes y sentencia para ser interpretados, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no existe regulación sobre la culpa virtual emanada de un daño desproporcionado siendo necesario el siguiente estudio de expedientes.

#### **Caso No. 1**

##### **1. Datos Referenciales**

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Tercera. – Bogotá, D. E., veinticuatro (24) de octubre del dos mil dieciocho (2018)

Consejero ponente: Gustavo De Greiff Restrepo

Referencia: Expediente No. 5902.

Actor: M. H. A. D. P.

Recurso de Apelación contra Sentencia del 7 de julio de 2017 / Tribunal Administrativo de Boyacá.

##### **2. Antecedentes:**

La finalidad de la actora es reclamar daños y perjuicios por las secuelas permanentes causadas en el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Sogamoso, en la suma de \$30.000.000.00, por la gran invalidez de la demandante, por motivos de que el personal del I.S.S. le practicó a la actora una ligadura de trompas, para efectuar esta intervención

quirúrgica se aplicó anestesia raquídea, dando como consecuencia que la actora presente un dolor intenso en los miembros inferiores, molestias que se fueron incrementando hasta el punto de llegar a una lesión consistente en parálisis de los miembros inferiores de carácter permanente e irreversible con una incapacidad laboral parcialmente en el 100% (cien por ciento).

El Tribunal Administrativo de Boyacá procedió a dictar sentencia favorable a las pretensiones de la demandante, resolución que fue apelada ante la sala de lo contencioso administrativo.

En lo que atañe la doctrina tomada por la Corte de Estado manifiesta que basta el hecho dañoso para que de éste resulte presumida la culpa, resultando de esto la obligación de indemnizar perjuicios por causa de la negligencia.

La Sala declaró que se probó la falla o falta del servicio produciéndose el daño a causa de que los profesionales que realizaron la intervención quirúrgica no le practicaron a la lesionada un examen preanestésico, lo que produjo la parálisis, con lo que se demuestra que un profesional que toma todas precauciones del caso, realizando su trabajo con diligencia y cuidado, no causaría tales daños.

### **3. Resolución**

El 24 de octubre del 2018 la sala fallo a favor del demandante confirmando la sentencia de la sala emitida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 7 de julio del 2017 emitiendo:

- 1) El pago equivalente a mil gramos de oro en pesos, según el precio que certifique el Banco de la República colombiana a la fecha de ejecutoria de la providencia por perjuicios morales, causados por el sufrimiento y dolor intrínseco al daño sufrido producto de la parálisis permanente.
- 2) El pago de \$30.000. 000.oo.
- 3) El pago del lucro cesante por perjuicios materiales abstractos en relación a la incapacidad de cumplir sus labores como ama de casa.

### **4. Comentario del Autor:**

Como se puede apreciar en la legislación colombiana sobre la culpa o negligencia se encuentra tipificado en su precepto legal en los artículos 2341 al 2356 del Código Civil referentes a la responsabilidad en relación a la presunción de culpabilidad por el hecho dañino.

Ahora bien, cuando el demandado es una entidad estatal, el elemento culpa es reemplazado por el título de imputación denominado “falla del servicio”, consistente en

una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume, y no lo presta o lo hace de manera irregular en el espacio o en el tiempo. En general, la culpa o negligencia ha sido definida como el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo. La Corte Suprema ha reiterado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo o del profesional involucrado, sino sólo cuando provenga de una conducta negligente o descuidada en el servicio (Consejo de Estado-Colombia, sentencia numero 5902).

En el caso en concreto se puede evidenciar que la Corte Suprema de Justicia conforme el código civil califica a ciertas actividades como actividades peligrosas y de las cuales se presume la culpa al realizarlas sin diligencia y cuidado, y procede entonces la obligación de quien cometió el delito o culpa de indemnizar.

En las disposiciones del código civil colombiano se encuentra el artículo 2356 permite a los juzgadores que sus fallos se vean encaminados a favorecer a la víctima, que estipula que la carga de la prueba no es del damnificado sino del que causo el daño, imputando únicamente a este su malicia o negligencia.

Esta normativa no busca quebrantar lo preceptos sobre la presunción de inocencia, sino más bien se busca que en los casos donde la profesión tenga más riesgo de atentar contra la vida, esta negligencia o malicia sea elemento suficiente de prueba, obligando a los profesionales que ejercen actividades con peligrosidad a la vida el probar su inocencia, ya que se presume que esa labor se caracteriza por presumir que el hecho dañoso fue causado por negligencia o malicia del profesional.

## **Caso No. 2**

### **1. Datos Referenciales**

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Tercera. – Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de abril de e abril del dos mil dieciocho 2018)

Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo

Referencia: Expediente No. 9467 – indemnizaciones.

Actor: B. P. J.

Recurso de Apelación contra Sentencia del 24 de enero de 2017 / Tribunal Administrativo de Caldas.

## **2. Antecedentes:**

El proceso tubo origen en la demanda formulada en contra del Instituto de seguros sociales La Nación Colombiana reclamando el pago de perjuicios materiales y morales en favor de María Amanda Corrales Álvarez, por un tratamiento quirico en el que la víctima quedo cuadripléjica de sus miembros, con

La ruptura de la duramadre ocurrida en la intervención practicada a la víctima constituye una circunstancia que se presenta con frecuencia en este tipo de intervenciones, por lo que no se considera negligencia en el actuar de los profesionales, ni falla en el servicio.

Todos los especialistas que realizaron la intervención quirúrgica manifestaron haber realizado su trabajo diligentemente y conjuntamente con la prueba presentada, dieron motivos al tribunal para determinar que no existió falla en el servicio, sub índice que dicha intervención es de alto riesgo.

La sala afirma con los hechos probados que un servicio desarrollado con diligencia presenta ausencia en falla del servicio, por lo que la entidad accionada queda exonerada, pues la falla en el servicio es lo que causa el daño. Ya que no se puede garantizar el resultado deseado por el paciente, pero es obligación de los profesionales el comunicar sobre los riesgos y cumplir con diligencia su trabajo.

## **3. Resolución**

El 24 de octubre del 2018 la sala fallo confirmando la sentencia de la sala emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 24 de julio del 2017,

## **4. Comentario del Autor:**

Esta sentencia es de suma importancia puesto que denota una figura jurídica llamada la prueba de la ausencia de culpa la cual consiste en eliminar todas las culpas humanamente posibles, que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido determinantes del hecho perjudicial determinado.

Esta prueba llamada de ausencia de la culpa es considerada por la sala como una prueba imperfecta e indirecta, imperfecta porque no da certeza absoluta de quien causo el daño, e indirecta, porque no precisa el daño causado, pero tiende a certificar por eliminación que no es una culpa.

Por eso, cuando de las pruebas se deduzca que un profesional especialmente prudente y diligente probablemente habría incurrido en un error que cometió, no habrá lugar a endilgarle culpa a éste; puesto que la culpa sólo se deduce cuando se compara el comportamiento del profesional con la conducta abstracta que habría tenido una persona

diligente, y solo ahí el proceder del primero pueda ser susceptible de juicio de reproche (Consejo de Estado-Colombia, sentencia numero 9467).

Por lo que en la presente sentencia se rescata que, un profesional negligente es culpable de sus actos, ya que lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento, tomando en cuenta los medios disponibles y las circunstancias de cada caso.

### **Caso No. 3**

#### **1. Datos Referenciales**

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Tercera. – Santafé de Bogotá, D. C., primero (1) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Referencia: Expediente No. 16836.

radicación número 50001-23-31-000-2019-04744-01.

Acción de reparación directa.

Recurso de Apelación contra Sentencia del 27 de abril de 2017/ Tribunal Administrativo del Meta.

#### **2. Antecedentes:**

El proceso inicia el 16 de abril de 2015 por la desaparición del señor Julio Serrano Patiño, sus familiares demandan al ministerio de defensa por los perjuicios morales y materiales que sufrieron. Solicitando una indemnización equivalente a 1000 gamos de oro.

La persona desaparecida era alcalde de Mesetas, Meta desde 2011, quien denunció las actuaciones de diferentes militares ante las autoridades gubernamentales, quienes violaban derechos humanos y afectaban la tranquilidad y seguridad de esa comunidad.

Miembros militares incautan el arma de dotación del señor Serrano, y posteriormente mientras desarrollaban diligencias, es interceptado el señor Serrano por vehículos quienes dispararon, testigos que quedaron heridos manifestaron que tanto el señor Serrano como el vehículo gubernamental habían desaparecido. Pese a las denuncias de los familiares del desaparecido y las investigaciones de distintas autoridades no se ha podido hallar al señor Serrano, ni se ha hallado su cadáver.

El tribunal a quo denegó la apelación solicitada por los demandantes por falta de prueba, por cuanto la desaparición no permitió concluir que fue producida como consecuencia

de la acción u omisión de miembros del ejército, sin existir relación causal entre el decomiso de las armas por parte de los miembros del Ejército y la desaparición, pese a que dicho hecho pudo constituir un factor causal, no fue determinante para la producción del daño.

### **3. Resolución**

Revocase la sentencia apelada, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, el 1 de abril del 2019 y, en su lugar se decide:

Declararse patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por la desaparición del señor Julio Serrano Patiño, ocurrida desde el 16 de abril del 2015.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional pagar las siguientes cantidades, a título de indemnización por perjuicios morales:

Cien salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los familiares del desaparecido.

Cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los servidores públicos que sufrieron los ataques.

### **4. Comentario del Autor:**

Esta sentencia refiere sobre la falla de servicio por no brindar protección a quien la requiere, en sentido de haber dejado sin posibilidad de defenderse existiendo responsabilidad del estado por omisión del deber de brindar protección.

La sala advierte la situación de riesgo en la que se hallaba el señor Serrano, ya que miembros del mismo partido político en esas fechas les ocurrieron hechos similares en otras regiones del país.

La sala considero que si se le atribuye al Estado la omisión al no conceder protección a un servidor público reconocido y que desde varios años ya era víctima de hechos violentos. Incluye además a esta responsabilidad estatal el hecho de que el desaparecido poseída salvoconducto para portar un arma y que miembros del ejército pese a tener conocimiento de la calidad de empleado público y su militancia política en la Unión Patriótica y por lo tanto del grave riesgo que corría su vida, en vez de protegerlo, lo privaron de su único instrumento con el cual podía intentar el ejercicio legítimo de su defensa, lo cual facilito su desaparición.

La falla en el servicio de protección por desaparición forzada, en el evento de delitos por omisión pura y de comisión por omisión, lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omiso y resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de

haberse realizado habría interrumpido el proceso causal, impidiendo la producción de la lesión.

A pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños de la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que nadie está obligado a lo imposible.

El hecho es atribuible al Estado por no habersele brindado a la víctima la protección que demanda, aunque no la hubiera requerido expresamente, en tanto se trataba de un servidor público.

## **7. Discusión**

### **7.1 Verificación de los Objetivos**

En el presente subtema se procede a analizar y sintetizar los objetivos planteados en el anteproyecto legalmente aprobado; existiendo un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación son verificados.

### **7.2 Verificación del Objetivo General**

El objetivo general que consta en el presente Trabajo de Integración Curricular legalmente aprobado es el siguiente:

**“Realizar un estudio teórico, analítico, práctico y jurídico referente a la culpa virtual en la legislación ecuatoriana para determinar las nociones que permitan demostrar la conducta culposa de los profesionales al momento de no desempeñar bien un servicio; para ello se determinara la necesidad de incorporar dentro de nuestro Código Civil una normativa que regule este accionar”**

El presente objetivo general se verifica en el presente trabajo con el desarrollo de la Revisión de la Literatura donde consta el marco teórico del que se desprende el marco conceptual, doctrinario, jurídico y derecho comparado, encontrando las siguientes categorías: desarrollo histórico de la culpabilidad, la culpabilidad en la época antigua, la Constitución de la república del Ecuador, responsabilidad civil y del Estado, la culpa, concepto; se analizan e interpretan normas jurídicas del Código Civil relacionadas a la culpa grave, leve, levísima, responsabilidad subjetiva como principio general del derecho



ecuatoriano, elementos de la responsabilidad subjetiva, causa y efecto o hecho ilícito, la culpa o nexo causal, daño causado, daño, daño moral, culpa virtual o daño desproporcionado, elementos, concepto, la carga de la prueba; en el Derecho comparado se procedió a analizar e interpretar normas jurídicas extranjeras acerca de la culpa virtual, y se realizó el análisis de sentencias de la corte constitucional colombiana, y la doctrina internacional en referencia a los temas: daño, culpa o falla del servicio, nexo causal, responsabilidad contractual o extracontractual en el derecho comparado, manifestación de la voluntad, responsabilidad por el hecho propio vs responsabilidad por el hecho ajeno, carga de la prueba en la doctrina colombiana, obligación de medio o de resultado, regla general en responsabilidad médica, excepciones, cirugía estética no reconstructiva, prueba de la culpa, régimen de las actividades peligrosas, régimen de la culpa probada, presunción de culpa, nunca del nexo, carga dinámica de la prueba, prueba del nexo.

### **7.3 Verificación de los Objetivos Específicos**

En el anteproyecto se plantearon tres objetivos específicos que a continuación se procede a verificarlos.

El primer objetivo específico es el siguiente:

#### **“Efectuar un estudio teórico sobre la culpa virtual en la legislación ecuatoriana”**

Este objetivo se logra verificar al momento de analizar el marco teórico, en lo referente a la parte jurídica de lo estudiado en el presente trabajo sobre la Constitución de la república del Ecuador y el Código Civil Ecuatoriano, donde se logró identificar la falta de normativa referente a la culpa virtual, a diferencia del estudio de derecho comparado en donde se demuestra que en otros países en su legislación reconocen la culpa virtual como medio para precautelar la seguridad jurídica y los derechos constitucionales de los ciudadanos. Dentro del marco doctrinario se realizó un estudio sobre la implicación de inexistencia de la culpa virtual en la legislación ecuatoriana, lo que se convierte en fuente de vulneración de los derechos de las personas que se ven limitadas en la reproducción de pruebas que les permitan demostrar los hechos referentes al daño que causa un profesional que actúa sin ética profesional.

El segundo objetivo específico es el siguiente:

**“Realizar un trabajo de campo mediante encuestas y entrevistas a profesionales en la materia civil para determinar las dificultades que enfrenta el demandante para establecer la culpabilidad de los profesionales al momento de brindar un servicio”**

Se verifica el presente objetivo específico con la aplicación de las técnicas de las entrevistas y encuestas, de las que se obtuvo información relevante para el presente tema de investigación; dentro de la encuesta en la primera pregunta ¿Considera que la falta de normativa sobre la culpa virtual, ocasiona que los jueces nieguen las demandas por que los hechos se basan en presunciones?, dentro de esta pregunta el 100% respondieron estar de acuerdo que la falta de normativa sobre la culpa virtual ocasiona que muchas de las demandas presentadas por clientes de profesionales que actuando sin ética profesional, causan un daño grave, sean desechadas por la autoridad competente, dejando en la indefensión. Con la pregunta segunda de la encuesta que dice ¿Considera que los profesionales que realizan su trabajo sin ética profesional deben ser sancionados a una indemnización proporcional al daño causado? En esta pregunta el 100% de los encuestados determinaron estar de acuerdo en que los profesionales que actúan sin ética profesional y con negligencia de sus actuaciones deben ser sancionados con una pena que sea proporcional al daño causado. Dentro de la encuesta en la tercera pregunta ¿Considera que se vuelve difícil el probar para el demandante en un juicio, la culpabilidad de un profesional que actúa sin ética con prueba que demuestre que realizaron el daño? En esta interrogante los encuestados en un 93.33% que corresponden a 28 encuestados manifestaron que las personas que se ven atosigados por la carencia de prueba probatoria del hecho causal que demuestre que el daño causado fue provocado por el profesional que realizo sus labores sin ética profesional y negligencia por falta de responsabilidad. Para la cuarta pregunta ¿Cree usted que se vulnera el derecho de las personas a la seguridad jurídica, al no poder demostrar la culpabilidad del profesional en un juicio, por la falta de normativa sobre la culpa virtual? En esta pregunta 28 de los encuestados que corresponden al 93.33% respondieron que, si se vulnera la seguridad jurídica, esto como principio y derecho constitucional, que se ve violentado al no existir una norma legal previa y tipificada. Así mismo dentro de la técnica de la entrevista en la pregunta cuarta que dice ¿Cree usted que es necesario incluir una reforma sobre la culpa virtual donde se adviertan sanciones proporcionales a los profesionales que realicen sus funciones sin ética profesional, con el fin de subsanar el daño causado? Con lo que mencionan los entrevistados que sí, ya que en la actualidad existe un vacío legal en este aspecto, que

amerita ser regulado de mejor manera, esto con el objetivo de precautelar los derechos de los usuarios en un juicio civil.

El tercer objetivo específico es el siguiente:

#### **“Elaborar un proyecto de reforma al Código Civil Ecuatoriano”**

Este objetivo se verifica con la aplicación de la quinta pregunta de la encuesta donde al preguntarles: ¿Cree usted que es necesario incorporar un artículo en el Código Civil sobre la culpa virtual para precautelar los derechos de las personas que se ven en la indefensión, al no poder demostrar el daño causado por la falta de ética del profesional?, el 93.33% expresaron que si se debe incorporar un artículo en el Código Civil sobre la culpa virtual para precautelar los derechos de las personas en los casos donde un profesional que actúa con negligencia y sin ética les causa un daño grave, y se ven en la indefensión al negárseles la demanda por falta de prueba que compruebe los hechos. Y en cuanto a las entrevistas en la pregunta quinta que dicen ¿Considera usted necesario incorporar la culpa virtual dentro de nuestro Código Civil, para normar el daño causado por la falta de ética profesional? La mayoría de los entrevistados mencionan que, si es necesario incorporar a la culpa virtual dentro del Código Civil, para normar el daño que es causado por un profesional que causa un daño grave por la falta de ética profesional, para no dejar en la indefensión y condenar a resarcir el daño causado de manera proporcional.

#### **7.4 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal**

Es necesario empezar indicando que La Constitución dentro de su bloque de constitucionalidad, blinda los derechos de todas las personas, garantiza los mismos y los protege con principios y valores que debemos seguir todos por igual, tomando en cuenta que la Constitución es la norma suprema y prevalece por sobre cualquier otra como lo estipula su art. 424, por lo que todo ordenamiento jurídico inferior debe mantener conformidad con las disposiciones constitucionales.

La Constitución de la República del Ecuador dentro de su art. 76 numeral 3 señala que nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este tipificado en la ley. En el artículo 54 se establece que las personas son responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión. En el art. 83 numeral 12, se estableciendo la responsabilidad y el deber de ejercer su profesión con ética. Por lo que

se entiende que la ética como responsabilidad de los ecuatorianos es una obligación que debe ser cumplida por todos, y debe existir una sanción para el profesional que actúa sin ética, sin diligencia y con negligencia de sus labores, porque ese actuar causa en la persona que lo contrata un daño, lo que se expone a simple vista, en esas circunstancias de que el daño es tal que para demostrar la culpa es suficiente comprobar el daño causado.

Según el tratadista Ricardo De Ángel Yáñez, sobre la culpa virtual, asevera: "Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa".

En el Código Civil en su art. 2022, la ley establece que los servicios profesionales que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. El art 2033 manifiesta que el mandatario es culpable hasta de la culpa leve cuando es mandatario remunerado. Así mismo la culpa leve se encuentra tipificada en el art 29 que se refiere a la falta de diligencia y cuidado a su trabajo. Pero al momento de establecer el nexo entre la culpa y el daño causado por el profesional y responsabilizar al causante del daño, es que ve imprescindible la culpa virtual. Por el supuesto que, al demandar ante la autoridad competente, se hace necesario el agregar en el Código Civil un artículo que tipifique la culpa virtual, para que se admita las presunciones que surgen de la ley. Y en los casos de daños desproporcionados cometidos por una mala práctica profesional se pueda usar esta desproporción como una causa probada, y que se invierta la carga de la prueba, es decir que para la culpa virtual cabe la prueba en contra.

Respecto al derecho comparado dentro del presente trabajo de investigación, se logró determinar que en países donde se establece la culpa virtual las sentencias terminan siendo favorables a las personas que demandan, cuyo daño recibido es desproporcionado y se convierte en la única prueba para sostener sus pretensiones, lo cual permite el proteger de mejor manera los derechos vulnerados de las personas.

Con los resultados de la investigación de campo se puede mencionar que dentro de las encuestas el 100% de los encuestados aluden que, si se vulneran derechos de las personas al negárseles el acceso a la justicia por falta de pruebas, lo que afecta a las personas que buscan justicia dejándoles en la indefensión, sin permitir que se sancione al profesional que causa el daño, así como lo señalo el 100% de encuestados. Según el 93.33% de

encuestados es difícil de probar la culpabilidad de los profesionales en juicio, por lo que se ve necesario el realizar una reforma al Código Civil para agregar la culpa virtual según el 93.33% de encuestados, y lograr así que las presunciones de la víctima puedan tener veracidad en un proceso legal y no dejar en la indefensión al usuario.

En cuanto a la opinión de los entrevistados supieron manifestar que se vuelve difícil el cumplir con lo tipificado en la Constitución en su artículo 54, por el hecho que el profesional que no cumple con su trabajo con ética profesional, mucha de las veces no puede ser sancionado por falta de pruebas, lo que haciendo referencia las consecuencias causadas por los profesionales que causan el daño los entrevistados manifestaron que se llega a causar daños al patrimonio, a la salud mental y psicológica, y un daño inmaterial grave, derechos que se ven vulnerados por los profesionales. Por lo que muchas veces es difícil probar es nexo de causalidad, y deja en la intensión al no poder demandar por el daño causado, también comentan los entrevistados que se ve necesario el incorporar a la culpa virtual en nuestro Código Civil para normar la culpa virtual y lograr así sancionar al profesional de actúa son ética, lo que contrapone a las responsabilidades establecidas en la Constitución.

De lo expuesto se evidencia la necesidad de reformar el Código Civil para incorporar un artículo sobre la culpa virtual para que el daño provocado por la falta de ética, en una mala práctica profesional sea sancionada, ya que existe un vacío legal en la normativa legal en mención por lo que al encontrarse estas situaciones los administradores de justicia se ven en la obligación de rechazar la demanda por falta de prueba, ya que no pueden considerar las pretensiones como única prueba, lo que deja en la indefensión a los afectados.

## **8. Conclusiones**

Una vez desarrollada la revisión de literatura y analizado los resultados de campo y sintetizada la discusión de los resultados del presente trabajo investigativo, se llega a las siguientes conclusiones:

1. Se demostró que la falta de normativa referente a la culpa virtual, no permite a las personas el demostrar el daño causado por los profesionales que actúan sin ética, lo que no permite a los jueces el dar una sentencia adecuada y sancionar.
2. El Código Civil establece las formas de demostrar la culpa, mas no incluye entre sus artículos a la culpa virtual, que permitiría que las presunciones de los usuarios afectados y el daño causado, sea suficiente para medios probatorios para demostrar el anómalo resultado.
3. De los resultados de las encuestas y entrevistas se considera pertinente que se realice una reforma legal al Código Civil con la finalidad de incorporar a la culpa virtual, con la finalidad de precautelar los intereses de los usuarios y hacer efectivos los derechos vulnerados por los profesionales que actúan sin ética.
4. Muchas de las veces no se logra demostrar la culpabilidad de los profesionales que actúan sin ética, por lo que la culpa virtual permitiera que se logre sancionar estos actos antijurídicos.
5. De acuerdo al estudio del derecho comparado acerca de la culpa virtual se evidencio que en legislaciones internacionales que han aplicado esta normativa referente al tema, han logrado que los derechos de las personas sean protegidos de mejor manera.
6. Se evidencia que dentro del Código Civil existe un vacío legal porque no se reconoce la culpa virtual como medio para precautelar los derechos de las personas usuarias que fueron víctimas de profesionales negligentes y no se haga efectivo los derechos dispuestos en nuestra Constitución.

## **9. Recomendaciones**

Las recomendaciones que se estima pertinente presentar son las siguientes:

1. Se recomienda al Estado ecuatoriano a través de los diferentes Ministerios el dictar capacitaciones orientadas a la responsabilidad de hacer sus labores con ética profesional, así como también los derechos que se pueden vulnerar al actuar con una mala práctica por parte del profesional.
2. Al Estado dar conferencias y charlas a la ciudadanía en general para dar a conocer sus derechos y formas en las que pueden defenderse del daño que les puede llegar a causar un profesional que actúa sin ética en sus labores.

3. Se recomienda a la ciudadanía en general a que denuncien las actuaciones de los profesionales que realicen su trabajo sin ética profesional, precautelando la defensa de sus derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador.
4. Se sugiere a las Universidades del Ecuador, a través de las carreras correspondientes, a formar a los estudiantes en sus carreras con ética y apego a la Constitución, y las consecuencias que conlleva su incumplimiento.
5. Se sugiere a los Profesionales ecuatorianos que lleven su trabajo con responsabilidad y ética, dándose cuenta que en sus manos se encuentra la confianza de las personas y la obligación de cumplir a cabalidad con lo determinado en la carta magna ecuatoriana.
6. Se sugiere a la Asamblea Nacional tome en cuenta el proyecto de reforma legal que se presenta para reformar el Código Civil, para incorporar la culpa virtual para garantizar de esta manera los derechos de las personas usuarias que se vulneran sus derechos por la mala práctica del profesional que actúa sin ética.

#### **9.1 Proyecto de Reforma Legal**

### **REPÚBLICA DEL ECUADOR**

#### **ASAMBLEA NACIONAL**

#### **CONSIDERANDO**

**Que:** el artículo 1 de la Constitución de la República declara al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, siendo su deber principal el respeto, protección y garantía de los derechos de las personas;

**Que:** el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República establece que el Estado está obligado a garantizar los derechos declarados en la Constitución y los instrumentos internacionales a todos los ciudadanos y ciudadanas sin discriminación alguna;

**Que:** el artículo 54 de la Constitución de la República establece las responsabilidades civiles por la mala práctica en el ejercicio de los profesionales;

**Que:** el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República establece el derecho al debido proceso en la garantía de no sancionar a una persona si el acto u omisión no se encuentra tipificado en la ley;

**Que:** el numeral 12 del artículo 83 de la Constitución de la República determina la responsabilidad de los ecuatorianos y ecuatorianas a ejercer su profesión u oficio con sujeción a la ética;

**Que:** de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución de la República establece que las leyes deben ser adecuadas por parte de la Asamblea Nacional conforme a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales;

**Que:** el primer inciso del artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador señala la supremacía constitucional, prevaleciendo sobre las demás normas ordinarias, por lo tanto, las normas infra constitucionales deben mantener concordancia con la Constitución;

**Que:** el artículo 29 del Código Civil tipifica la clasificación de la culpa, pero no especifica nada en relación a la culpa virtual.

**Que:** el artículo 2022 del Código Civil establece que los profesionales que suponen largos estudios tienen la obligación de cumplir con su labor conforme a un contrato de mandato.

**Que:** el artículo 2033 del Código Civil establece que el mandatario remunerado responderá civilmente hasta por la culpa leve.

**Que:** el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador atribuye a la Asamblea Nacional la facultad de expedir, codificar, reformar o derogar leyes;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales expide el presente:

## **PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL**

*Art 1. A continuación del art. 29, agréguese el siguiente artículo que dirá:*

*Art. 29.1.- Culpa virtual. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma, sin*



*perjuicio de ello en los casos de daños desproporcionados emanados de una mala práctica profesional, podrá emplearse esa desproporción como una causalidad establecida prima facie, en donde la carga de la prueba se invertirá.*

**Artículo Final:** Quedan derogadas las demás disposiciones legales que se opongan al presente proyecto de reforma.

**Disposición Final:** El presente Proyecto de Ley Reformativa al Código Civil entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los -- días del mes de -- del año --.

f.....

f.....

Presidenta de la Asamblea Nacional

secretario

## **10. Bibliografía**

### **Obras Jurídicas**

BUERES, A. J. Responsabilidad civil de los médicos. Argentina, Edit. Hammurabi.

DE ANDRÉS, A. Y. (2019). La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia. Evolución y perspectivas. Diario La Ley, (9367), 1.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). España, Ed. Civetas S.A., 1995.

FALCONI R. J. Manual de practica procesal civil, el juicio por el daño civil (referente a la Legislación ecuatoriana) Primera edición, Quito – Ecuador, 1995.

GARCÍA, E. Z. 2010. La formación ética del contador público. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México.

GUNTHER JAKOBS, Alemania, Schuldt und Prevention, 1976; Strafrecht, AT, 1 ed., 1983.

HERNÁNDEZ, M. (2015). Estudios de Derecho Constitucional. Colección Profesional Ecuatoriana.

HENRY Y LEÓN. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual.

JIMÉNEZ DE AZUA, tratado, tomo V, pág. 102.

MAZEAUD HENRY Y MAZEAUD LEÓN, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Europa-América, Buenos Aires, 1962.

OSPINA F. GUILLERMO: Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis - Bogotá, 1980.

PÉREZ V., Á. Teoría General de las Obligaciones. Colombia, Editorial Temis, 1955. (Volumen III, Parte II).

RODRÍGUEZ, M. P. (2019). El nexo causal en accidentes de tráfico. Aspecto jurídicos y biomecánicos. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, (69), 17-38.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [27/02/2023].

PRADO-GALÁN, J. 1999. Ética, profesión y medios: la apuesta por la libertad en el éxtasis de la comunicación. Universidad Iberoamericana. México.

SALGADO, H. (2003). Lecciones de Derecho Constitucional. Digital Docutech.

SHISHKIN A.F. Ética Marxista, traducción Andrés Fierro y Adolfo Sánchez. Editorial Grijalbo S.A. México D. F., 1966

SUÁREZ Y.B. Las relaciones interpersonales y la ética en los docentes. Dirección Municipal de Educación Boyeros, la Habana, Cuba.

SÁNCHEZ, García M. M. El daño desproporcionado. I. Estudios y consultas. N°8/2013.

TAMAYO y TAMAYO, Mario. El proceso de la investigación científica. México. Editorial Limusa. 1995.

URIBE HOLGUÍN, R. De las Obligaciones y del Contrato en General. Colombia, Ed. Rosarista, 1980.

VALLEJO, F. “La responsabilidad civil médica”. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, mayo - noviembre 1.993, p. 62. (No 300 – 301).

VESTRI, G. (2020). Reflexiones sobre la carga de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad patrimonial de la administración pública en situación de emergencia. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, 7(1), 127-142.

VELA T. S., culpabilidad e inculpabilidad, teoría del delito Editorial Trillas México, 1977.

ZEBALLOS, S. R. (2020). Evolución histórica de la responsabilidad internacional por hecho ilícito, desde los clásicos hasta la Sociedad de Naciones. *Revista Tribuna Internacional*, 9(17).

### **Leyes**

CÓDIGO CIVIL. (2005). *Código Civil*. Quito: Ediciones Jurídicas.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Jurídicas.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. (1873). *Código Civil*. República de Colombia, Colombia.

### **Sentencias**

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de julio de 1989. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia Número 5902). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 1997. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. (Sentencia Número 9467). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de abril de 2009. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. (Sentencia Número 16836).

### **Linkografía:**

<https://1library.co/article/culpa-virtual-teor%C3%ADas-reglas-prueba-permiten-aligerar-prueba.6qm8698z>

<https://www.elsevier.es/es-revista-revista-calidad-asistencial-256-articulo-la-culpa-el-ambito-responsabilidad-13075832>

**11. Anexos**

**11.1.1 Formatos de Encuestas**



**Universidad Nacional de Loja Facultad Jurídica, Social y Administrativa**

**Carrera De Derecho**

**Entrevista Dirigida A Profesionales Del Derecho**

1. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 54 inciso segundo dispone que “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas” ¿Considera usted, que se cumple con esta disposición constitucional?

.....  
.....  
.....

2. La falta de ética profesional y mala práctica en los ejercicios de su profesión. ¿Qué consecuencias acarrea para los usuarios de estos servicios?

.....  
.....  
.....

3. ¿Qué derechos cree usted que se vulneran, por la falta de ética profesional?

.....  
.....  
.....

El tratadista RICARDO DE ÁNGEL YÁGUEZ, sobre la culpa virtual, asevera: "**Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido,**

**por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa."**

4. Con estas consideraciones Con estas consideraciones, ¿Cree usted que es necesario incluir una reforma sobre la culpa virtual donde se adviertan sanciones proporcionales a los profesionales que realicen sus funciones sin ética profesional, con el fin de subsanar el daño causado?

.....  
.....  
.....

5. ¿Considera usted necesario incorporar la **Culpa Virtual** dentro de nuestro Código Civil, para normar el daño causado por la falta de ética profesional?

.....  
.....  
.....

6. ¿Qué sugerencias daría usted para garantizar el buen servicio y el trabajo ético, por parte de los profesionales que desempeñan diferentes funciones dentro de su ámbito laboral?

.....  
.....  
.....

**11.1.2 Formato de Entrevistas**



**Universidad Nacional de Loja Facultad Jurídica, Social y Administrativa**

**Carrera De Derecho**

**Encuesta Dirigida a Profesionales del Derecho**

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del título de Abogado, titulada: **“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA CULPA VIRTUAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO”**; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario, resultados que permitirán obtener información para la culminación de la presente investigación.

Instrucciones: El problema a tratar es aplicar la doctrina de la culpa virtual, en los casos en los que existe un resultado catastrófico derivado de una práctica profesional que actúa sin ética profesional, entonces no se estaría hablando de una presunción porque el daño causado es tal, que no se podría considerar a los hechos como una mera presunción”.

Al respecto, el tratadista RICARDO DE ÁNGEL YÁGUEZ, sobre la culpa virtual, asevera: **"Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa."**

### CUESTIONARIO

1. ¿Considera que la falta de normativa sobre la culpa virtual, ocasiona que los jueces nieguen las demandas por que los hechos se basan en presunciones?

Si ( )    No ( )

¿Por qué?

.....  
 .....  
 .....

2. ¿Considera que los profesionales que realizan su trabajo sin ética profesional deben ser sancionados a una indemnización proporcional al daño causado?

Si ( )    No ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

3. ¿Considera que se vuelve difícil el probar para el demandante en un juicio, la culpabilidad de un profesional que actúa sin ética con prueba que demuestre que realizaron el daño?

Si ( )                      No ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

4. ¿Cree usted que se vulnera el derecho de las personas a la seguridad jurídica, al no poder demostrar la culpabilidad del profesional en un juicio, por la falta de normativa sobre la culpa virtual?

Si ( )                      No ( )

¿Por qué?

.....  
.....

5. ¿Cree usted que es necesario incorporar un artículo en el Código Civil sobre la culpa virtual para precautelar los derechos de las personas que se ven en la indefensión, al no poder demostrar el daño causado por la falta de ética del profesional?

Si ( )                      No ( )

¿Por qué?

.....

Gracias por su colaboración

### 11.1.3 Certificado de Traducción del Abstract

Loja, 15 de marzo de 2023

Lorena Patricia Sinche Salinas con número de cédula 1104990450, Magíster en Enseñanza del idioma inglés como Lengua Extranjera, con registro de la SENESCYT número 1021-2021-2363754.

CERTIFICO:

Haber realizado la traducción textual correspondiente al resumen del trabajo de titulación: **“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA CULPA VIRTUAL EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO”** de autoría de Bolívar Alejandro Naranjo Ajila con número de Cédula, 1104166952.

Es todo lo que puedo certificar en honor a la verdad, facultando al portador el presente documento para el trámite correspondiente.



Mgtr. Lorena Patricia Sinche Salinas

Cédula: 1104990450

E-mail: lory.sinche@gmail.com