

**La Infundada Doctrina Probable de la Corte Suprema de Justicia en Relación con la
Obligación de Seguridad Derivada del Contrato de Hospitalización**

Sergio Andrés Jaramillo Penagos

Facultad de Derecho, Universidad de Medellín

Notas de Autor

Sergio Andrés Jaramillo Penagos, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín

**La Correspondencia con esta investigación debe ser dirigida a Sergio Andrés
Jaramillo Penagos**

Asesor, Esteban Aguirre Henao

Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho, Medellín

Contacto: sergjape@gmail.com

2022

Contenido

Introducción	5
Capítulo Uno.....	9
Origen y Aplicación de la Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Contractual	9
<i>Crisis de la Obligación Accesorio de Seguridad</i>	<i>13</i>
Capítulo Dos	16
Incumplimiento Imputable en la Responsabilidad Contractual	16
<i>La Tridivisión de la Culpa</i>	<i>17</i>
<i>Presunción de Culpa Contractual</i>	<i>19</i>
<i>Obligaciones de Medios y Resultado</i>	<i>24</i>
Ámbito de aplicación de las obligaciones de medios y resultado	26
Capítulo Tres.....	28
Criterios de Individualización	28
<i>La ley.....</i>	<i>28</i>
<i>Las Partes</i>	<i>30</i>
<i>Parámetros Doctrinales.....</i>	<i>32</i>
<i>La aceptación de la distinción entre obligaciones de medios y resultado por la Jurisprudencia Colombiana.....</i>	<i>35</i>
<i>Obligación de seguridad: Medios o resultado.....</i>	<i>40</i>
<i>Obligación de seguridad tácita o implícita derivada del contrato.....</i>	<i>41</i>
<i>Obligación de seguridad como objeto del contrato.....</i>	<i>45</i>
Capítulo Cuatro	49

Obligación de Seguridad y el Contrato de Servicio Médico	49
<i>Obligación de Seguridad en el Acto Médico</i>	<i>50</i>
<i>Obligación de seguridad en los actos paramédicos</i>	<i>56</i>
Capítulo Cinco.....	58
Actos Extramédicos: Contrato de Hospitalización.	58
<i>Establecimientos Siquiátricos</i>	<i>61</i>
<i>Las Infecciones Nosocomiales</i>	<i>62</i>
Análisis Médico-Clínico	62
Análisis Jurídico.....	66
<i>La Responsabilidad Derivada de la Infección Nosocomial en el Derecho Español</i>	<i>67</i>
<i>La responsabilidad Derivada de la Infección Nosocomial en el Derecho Francés</i>	<i>70</i>
Infección nosocomial en el Derecho Argentino.....	74
La infección nosocomial en el derecho colombiano	75
La Infección Nosocomial en la Jurisprudencia del Consejo de Estado	75
<i>Razones dogmáticas.....</i>	<i>79</i>
Razones normativas	81
Razones científicas.....	82
A este respecto la Sección tercera indica:	82
Razones filosóficas	82
Capítulo Seis	86
Doctrina Probable de la Corte Suprema de Justicia en Relación con la Obligación de Seguridad en Materia Hospitalaria	86
<i>Concepto de Jurisprudencia</i>	<i>86</i>

El Precedente Jurisprudencial	87
Doctrina Probable	90
Fundamento Constitucional de la Doctrina probable.....	92
Fuerza normativa de la doctrina probable.....	93
La seguridad jurídica.....	94
Apartamiento del precedente y de la doctrina probable.....	95
Análisis de las Sentencias que Conforman la Doctrina Probable de la Corte Suprema en Relación con la Obligación de Seguridad Derivada del Contrato de Hospitalización	98
<i>El régimen de la obligación de seguridad</i>	<i>123</i>
Conclusiones	125
Apéndice.....	129
Referentes Bibliográficos.....	136

Introducción

A pesar de la loable teleología que iluminó la creación pretoriana de la obligación de seguridad en el derecho francés a comienzos del XX, esta institución se ha convertido en un verdadero escollo en el desarrollo armónico de los principios que iluminan la responsabilidad civil. La inclusión de una obligación tácita en aquellos negocios jurídicos en los que el deudor para ejecutar su prestación principal, debía salvaguardar la integridad física del acreedor o de sus bienes, ha logrado impactar no solo los cimientos mismos de la naturaleza de la responsabilidad contractual, sino que ha provocado un sin número de decisiones contradictorias en los altos tribunales, hasta el punto de afectar la seguridad jurídica del derecho interno de los países de tradición románico-francesa, bastión fundamental del Estado de derecho.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Colombia no ha sido ajena a estos inconvenientes teóricos, lo que ha originado en unas ocasiones sentencias que, ante hechos similares, y en otras ocasiones idénticos, la obligación de seguridad sea catalogada de medios y en otros eventos de resultado. De igual manera, y para los efectos puntuales del presente trabajo, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha erigido una doctrina probable en relación con la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización, caracterizándola como un típico deber de diligencia, posición que, como se verá en el curso de esta investigación, no se compecede con los lineamientos del derecho de daños, que la califican como una obligación determinada.

En este orden de conceptos, este estudio pretende efectuar en el primer capítulo un análisis teórico de la obligación de seguridad, su origen histórico, el nacimiento de las

obligaciones implícitas de seguridad en determinados actos jurídicos y la crisis que hoy experimenta esta institución debido al poco beneficio que reporta para el acreedor-víctima, el ámbito de la responsabilidad contractual para reparar los perjuicios ante el incumplimiento de una obligación tácita de seguridad, cuando en estricta lógica-jurídica los principios que deberían aplicarse serían los de la responsabilidad aquiliana.

En el segundo capítulo se examinará el factor de atribución en este tipo de obligaciones, específicamente en las obligaciones de hacer, y cuál ha sido el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia para establecer cuando el marco prestacional se encuentra satisfecho por el deudor. Para ello se verificará si existe un principio de presunción de culpa contractual en nuestro ordenamiento jurídico, o si por el contrario, atendiendo la naturaleza de la obligación, en unas ocasiones el deudor cumple con solo disponer todo lo que se encuentre a su alcance para obtener la satisfacción del acreedor, y en otras, solo podrá hacerlo alcanzando el resultado específico esperado por su cocontratante, siendo la primera una obligación de medios, y la segunda, una obligación de resultado.

En el tercer capítulo se estudiarán los criterios de individualización desarrollados por la doctrina que permiten establecer la presencia de una obligación de medios o de resultado. A continuación, se hará un recorrido por las principales sentencias de la Corte Suprema de Justicia donde se acoge la distinción y los criterios de individualización elaborados por la doctrina, y finalmente se verificará como se incorporan estos a la obligación de seguridad.

En el cuarto capítulo se expondrá la problemática aplicación de la obligación de seguridad en materia hospitalaria, se subdividirá el estudio de la responsabilidad médica en actos médicos, paramédicos y extramédicos. Analizando en el contenido de los dos primeros, la presencia de obligaciones de seguridad en ellos, y su naturaleza.

En el quinto capítulo se describirá la naturaleza jurídica de los actos extramédicos y los principales efectos adversos que pueden originarse en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato de hospitalización, haciendo alusión a la responsabilidad derivada de establecimientos psiquiátricos como la proveniente de infecciones nosocomiales. De esta última, se realizará en primer lugar un estudio médico-clínico, y posteriormente se efectuará una evaluación de diferentes ordenamientos jurídicos a fin de establecer la forma en que se ha resuelto este efecto adverso padecido por el paciente, para finalizar con el tratamiento que el Consejo de Estado colombiano le ha dado a través de diferentes etapas jurisprudenciales.

Por último, en el capítulo sexto, se examinarán las sentencias de la Corte Constitucional acerca de las características del precedente judicial y la doctrina probable en el ordenamiento jurídico colombiano, y seguidamente se revisarán pormenorizadamente las sentencias que fundan la doctrina probable de la Corte Suprema acerca de la obligación de seguridad en materia hospitalaria, para finalmente aportar las posibles soluciones, a fin de promover la certeza en la decisión judicial, consecuencia inescindible de la seguridad jurídica. Posteriormente, se evaluará la posición esgrimida por el Consejo de Estado en relación con la garantía que deben proporcionar las entidades públicas sanitarias a la integridad personal de los pacientes durante la estadía hospitalaria, y el régimen aplicable.

Ahora bien, el método principal que se utilizó en esta investigación fue el dogmático-jurídico, consistente en elaborar conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico. Para estos casos, la dogmática es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas a partir de los textos legales. Así, se procedió, tal como se indicó previamente, con el estudio detallado de la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales de derecho.

Igualmente, se hizo uso del método teórico-deductivo. Para este efecto, la investigación teórica, corresponde al tipo de investigación según el objeto, es decir, la que tiene como objetivo aportar elementos teóricos al conocimiento científico jurídico. En esta medida, se procedió a revisar diferentes tipos de literatura jurídica, haciendo un rastreo en países tan importantes como Francia, España y Argentina, para el derecho colombiano. Igualmente se investigaron autores colombianos que se han acercado al tema que nos compete en el presente estudio.

La investigación tiene, en consecuencia, el carácter de descriptiva, producto del análisis bibliográfico y científico relevante para el objeto de estudio.

Capítulo Uno

Origen y Aplicación de la Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Contractual

De las diferentes definiciones que la doctrina ha utilizado a fin de describir la obligación de seguridad, la más pertinente para este estudio es la ofrecida por Roberto Vásquez Ferreyra, que la establece como:

Aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato, a través de su interpretación con base en el principio de la buena fe. (Ferreyra, 1998. p 79).

La obligación de seguridad tal y como es conocida en nuestros días, tuvo su origen en el derecho francés con una sentencia de la Corte de Casación proferida el 21 de noviembre de 1911 en el caso "Zbidi Amida c. Compañía General Transatlántico". En esta sentencia el máximo tribunal de cierre francés, fijó su postura afirmando que en el contrato de transporte existía una obligación del transportador de llevar sano y salvo al pasajero a su lugar de destino.

La importancia de esta decisión estriba en que el transportador le asegura al pasajero su integridad personal durante el trayecto, y una vez acaecido el hecho dañoso, el deudor respondía a título contractual objetivo. A partir de ese momento, el pasajero estaba dispensado de demostrar la culpa del transportador, bastándole probar el infortunio como muestra del incumplimiento, para que se materializara la obligación indemnizatoria de su cocontratante.

Como puede observarse, la obligación de seguridad nació por la preocupación de la jurisprudencia de aligerar la carga probatoria de la víctima y obtener el resarcimiento efectivo de su daño, es decir, tenía un objetivo preciso:

El de dar a las víctimas de determinados accidentes corporales, en particular los de trabajo y transporte, el artificio idóneo para eludir la exigencia de la prueba de la culpa personal del empleador o del transportista a fin de obtener la reparación. (Prévôt, 2012).

A partir de ese momento, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de esta nueva obligación, creció de manera exponencial para aplicarla no solo a contratos que tenían la misma naturaleza del contrato de transporte, sino más importante aún, para incorporarla como una obligación tácita o secundaria en aquellos contratos donde para ejecutar la prestación principal, el deudor debía garantizar la integridad personal y/o los bienes del acreedor.

De esta manera, lo explica la profesora María del Carmen Cerutti:

Es así que en algunos casos se "ensanchó" el contenido del contrato, para incluir en el mismo prestaciones implícitas, que, aunque no estaban literalmente pactadas por las partes, se entendían como tenidas en mente por los contratantes al momento de celebrar el negocio. Como prometidas y aceptadas tácitamente. El efecto de esta reinterpretación fue el "descubrimiento" de nuevas obligaciones contractuales (ocultas o implícitas), con la consecuencia práctica de poner a disposición de la víctima un instrumento más sencillo para verse compensado, como eran los remedios legales por incumplimiento del contrato, y específicamente la responsabilidad contractual. (Cerutti, 2015. pp 1-26)

Y fue así, como lo explica el profesor Sebastián Picasso, que se establecieron obligaciones tácitas de seguridad en:

Los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las aerosillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termales, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, las colonias de vacaciones, los clubes, los establecimientos educativos, los médicos, quienes comercializan productos elaborados, etc. (Picasso S. , 2015. p. 146)

La razón de ser de este auge frenético de la obligación de seguridad obedeció a que, a comienzos del siglo XX, las diferentes instituciones de la responsabilidad civil extracontractual tenían un único factor de atribución, esto es, la culpa probada.

Así las cosas, y con el fin de beneficiar al acreedor de los efectos que irradiaba el contrato, se incluyeron estas obligaciones accesorias de seguridad, que en principio y en sana lógica debían resolverse a través de la responsabilidad delictual, para no someterlos a un régimen más estricto que truncaba la mayoría de las veces sus aspiraciones indemnizatorias. En palabras de Mireille Bacache-Gibelli: “la obligación de seguridad es la incorporación del deber general de prudencia, que ilumina la responsabilidad extracontractual, al contrato” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 244).

En este orden de ideas, la obligación de seguridad es el primer ejemplo del fenómeno conocido como la inflación obligacional como la denominó Jossierand, que consiste en “poner en el cuadro contractual más de lo que con él había hasta entonces, de surtir a la convención de compromisos sobreentendidos bastantes numerosos y estrechos para determinar la responsabilidad de las partes” (Prévôt, 2012, pág. 180).

Lo anterior significa que las obligaciones contractuales, no se limitan hoy a proporcionar a las partes la utilidad económica del contrato, ellas se identifican, en algunas ocasiones a deberes extracontractuales o normas generales de comportamiento.

Es por lo anterior que la doctrina ha clasificado las obligaciones contractuales en función de la intensidad del nexo causal que les une al contrato. Así en primer lugar:

Ciertas obligaciones contractuales por naturaleza no pueden acceder a la vida jurídica sin el soporte de un acuerdo de voluntades. Otras obligaciones proceden de deberes generales, no están unidas al contrato sino a título ocasional o accesorio. Sin embargo, la inejecución de estas dos categorías de obligaciones contractuales constituye una culpa contractual y compromete la responsabilidad de su autor. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 246).

Estas dos categorías han permitido, de igual manera a la doctrina, dividir las clases de daño que puede sufrir el acreedor producto de la inejecución contractual:

En primer lugar, el acreedor puede sufrir daños intrínsecos o consustanciales, son aquellos productos del incumplimiento de una obligación propia de la naturaleza del contrato. O puede sufrir daños extrínsecos o consecutivos a la inejecución, que son aquellos derivados del incumplimiento de un deber general de comportamiento incorporado al contrato. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 249).

En conclusión, la incorporación de la obligación accesorio de seguridad ha generado en la teoría de la responsabilidad civil, más dificultades que beneficios. Al no tratarse de una obligación típica contractual sino la incorporación de un deber extracontractual al acto jurídico, su tratamiento al momento del incumplimiento se materializa en la reparación de los daños causados al acreedor y no en el pago por equivalente de la ventaja contractual esperada por éste, que es la consecuencia de la no satisfacción de la obligación contraída por el deudor en virtud del contrato.

Crisis de la Obligación Accesorias de Seguridad

Con el pasar de los años, y en virtud del advenimiento de la responsabilidad objetiva o de pleno derecho en la responsabilidad extracontractual gracias a la revolución industrial, la doctrina¹ ha propugnado por descontractualizar las obligaciones accesorias de seguridad y someter los daños ocasionados por el incumplimiento de éstas, a su origen, esto es, a la responsabilidad delictual. En efecto, nada justifica hoy mantener bajo la égida del contrato estas obligaciones accesorias cuando en el régimen extracontractual, a donde pertenecen, la víctima tendrá las mismas o mejores ventajas probatorias que en el régimen contractual.

Así en palabras de Jourdain:

Hoy día parece aconsejable, por lo menos en un gran número de casos, hacer economía de la obligación contractual de seguridad que, cuando no es perjudicial para las víctimas (obligación de seguridad de medios), no les reporta utilidad alguna. La responsabilidad delictiva les permitirá fácilmente obtener la indemnización de los ataques a su seguridad corporal. (Prévôt, 2012, pág. 182)

La descontractualización de la obligación de seguridad tendría, en consecuencia, por efecto contribuir a relativizar,

El rol de reparación reconocido actualmente a la responsabilidad contractual y de ubicar siempre la reparación de afectaciones a la seguridad del acreedor sobre el terreno delictual. Ella presentaría entonces la ventaja de permitir a la víctima de beneficiarse del

¹ Geneviève Viney, Jourdain, Faure abad, Savaux, Bacache-Gibelli, Jean Carbonnier

régimen de la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas, en casos donde la obligación de seguridad es actualmente en términos de obligación de medios” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 250).

Pero retornar la obligación accesoria de seguridad a su hábitat natural, esto es, a la égida de la responsabilidad extracontractual, traería un beneficio indirecto que consistiría en que cuando la obligación de seguridad haga parte del núcleo esencial de la prestación del deudor, no existiría duda alguna que la conducta a desplegar por éste deberá estar encaminada a la satisfacción efectiva del interés del acreedor, es decir, en la garantía de su integridad personal o de sus bienes. Motivo por el cual, ante un incumplimiento defectuoso por parte del deudor, sólo la prueba de una causa extraña permitirá su exoneración eficaz de la relación jurídica trabada con el acreedor. Sin embargo, mientras que la obligación tácita continúe bajo la influencia de la responsabilidad contractual, los equívocos conceptuales se mantendrán en tanto la jurisprudencia no delimite cuando se está en presencia de una obligación de seguridad cuyo contenido sea la esencia del débito, y cuando aquella ha sido contraída implícitamente por el deudor. Pues, en ambos eventos el factor de atribución varía y, por ende, la responsabilidad no se compromete de manera homogénea, como se analizará posteriormente.

Una solución adicional, un poco más radical, a fin de retornar la obligación tácita de seguridad al marco de la responsabilidad extracontractual, se dio en el derecho Argentino con la expedición del nuevo Código Civil y Comercial en el año 2016. En esta codificación, la summa divisio entre responsabilidad contractual y extracontractual desapareció, por lo tanto, el régimen de ambas responsabilidades se orienta por unos principios homogéneos una vez acaezca el daño, sea producto de la inexecución de una obligación contraída válidamente por las partes contratantes o que sea producto de la responsabilidad aquiliana. Y por unos principios

específicos para casos puntuales en caso de incumplimiento obligacional o delictual. En este orden de ideas, la obligación tácita de seguridad se rige en el derecho argentino por los principios especiales de la responsabilidad extracontractual, y sólo la obligación de seguridad como obligación principal del deudor permanece bajo la órbita contractual. A este respecto la doctrina señala:

En cambio, el nuevo Código ha tenido claramente el propósito de erradicar del derecho común la denominada obligación “tácita” de seguridad, lo que se plasma en una “descontractualización” parcial de la seguridad en beneficio de la responsabilidad extracontractual (que viene ahora a absorber esos supuestos antaño sometidos al régimen obligacional). Lo que no ha impedido que algunos autores hayan deplorado —con una mezcla de desasosiego y perplejidad— la ausencia de la obligación de seguridad en el CCC o —peor aún— hayan intentado denodadamente trasvasar el viejo vino a los odres nuevos creados por la flamante legislación, procurando en vano descubrir adónde se oculta la obligación “tácita” de seguridad en el nuevo Código ; sin advertir que la total ausencia de referencias a ella en ese cuerpo legal se explica, precisamente, por la intención de excluirla expresamente del derecho común. (Picasso S. , 2018, pág. 392)

En nuestro ordenamiento jurídico, y aprovechando la coyuntura existente en cuanto a la reforma del Código Civil, sería de utilidad manifiesta una norma expresa que permita analizar la obligación tácita de seguridad en el marco extracontractual, lo que erradicaría de tajo la existencia de obligaciones de seguridad de medios, y en consecuencia, sólo las obligaciones de seguridad que acompañen naturalmente la prestación principal del deudor, se resolverán en el marco contractual bajo los principios esbozados por la Corte de Casación Francesa en su creación.

Capítulo Dos

Incumplimiento Imputable en la Responsabilidad Contractual

La responsabilidad profesional médica no ha sido ajena a la incorporación de la obligación de seguridad, sea como la prestación principal del contrato o como una obligación tácita. Tradicionalmente se ha dividido la actuación médica en 3 momentos: Actos médicos propiamente dichos, actos paramédicos y actos extramédicos o de hospitalización. Sobre estos tres momentos se volverá más adelante con mayor profundidad, por ahora es importante resaltar que son los actos extramédicos el objeto de estudio de este trabajo, y se debe analizar con qué criterio de imputación se le va a atribuir al deudor un daño ocasionado al paciente, en ejecución de un contrato de hospitalización. Análisis que procedemos a realizar.

Inveterada ha sido la discusión doctrinal y jurisprudencial en nuestro país a fin de establecer si el incumplimiento imputable del deudor, específicamente en las obligaciones de hacer, debe obedecer a los principios establecidos por el artículo 1604 del Código Civil, esto es la presunción de culpa contractual ante el incumplimiento defectuoso del deudor y su tridivisión según la utilidad que reporte el contrato para las partes o, si deberá acogerse la distinción entre obligaciones de medios y resultado, originada en el derecho francés en los años 20. Así las cosas, se hará un análisis de ambas instituciones y luego verificar cual ha sido el criterio adoptado por Corte Suprema de Justicia.

La Tridivisión de la Culpa

Tanto el artículo 1604² del Código Civil como el artículo 63³ de la misma obra, son el fundamento de la tridivisión de la culpa en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ha sido objeto de dos críticas fundamentales por la doctrina especializada.

En primer lugar, la tridivisión de la culpa fue tomada por el jurista francés Robert Joseph Pothier del derecho romano, para explicar la responsabilidad por la pérdida de la cosa que se debe. En su obra Tratado de las Obligaciones, citada por el profesor Javier Tamayo indica:

Cuando es un cuerpo cierto lo que hace el objeto de la obligación, la obligación tiene todavía ese efecto respecto al deudor, que le obliga a tener cuidado conveniente para la

² “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. 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.”

³ *La ley 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 aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

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

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

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

conservación de la cosa debida, hasta tanto el pago se haya hecho; y si por falta de cuidado, la cosa pereciera, o se perdiera o se deteriora, estaría obligado al pago de daños y perjuicios que resultaron para el acreedor. El cuidado que se debe poner a esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos o cuasicontratos, de donde descende la obligación. (Tamayo, 2007, pág. 438).

Sin embargo, Andrés Bello siguiendo a Pothier lo incorporó al Código Civil colombiano no para la pérdida del cuerpo cierto sino como un principio general en todas las obligaciones. A este respecto Tamayo Jaramillo indica:

Ahora, el principio de la graduación de las culpas lo tomó Andrés Bello del pensamiento de Pothier. Pero resulta que también aquí hubo un infortunado implante, pues, Pothier nunca consideró que tal principio pudiera servir de criterio en todas las obligaciones, sino únicamente en la responsabilidad de la cosa que se debe. (Tamayo, 2007, pág. 439).

De lo anterior puede inferirse que, la utilidad a la que se refería Pothier no abarcaba todos los contratos y por consiguiente la pluralidad de obligaciones que resultan de ellos, solo hacía referencia a una obligación específica cuando el deudor debía conservar una especie o cuerpo cierto para luego restituirla al acreedor. En ese caso específico, si el contrato solo reportaba utilidad para el deudor de la especie o cuerpo cierto, éste debía emplear el máximo de diligencia en su conservación. Si reportaba utilidad para ambas partes, el deudor debía emplear una diligencia ordinaria y finalmente si solo reportaba utilidad para el acreedor, el deudor solo estaba obligado a obrar de buena fe en la conservación, siendo responsable única y exclusivamente de la culpa grave en la conservación de la cosa. Esta tesis tan interesante de Pothier no fue incluida en el Código Civil francés, ni aún para la pérdida del cuerpo cierto, es decir que, en el derecho francés cualquier tipo de culpa compromete la responsabilidad del deudor.

En segundo lugar, el artículo 1604 del Código Civil, confunde el concepto de contrato y obligación. El contrato como acto jurídico encaminado de manera irreflexible a originar relaciones jurídicas entre las partes, puede dar lugar a múltiples obligaciones que no pueden tener el mismo tratamiento al momento de producirse el incumplimiento del deudor.

Verbigracia, en el contrato de compraventa, que según las voces del artículo 1604 del Código Civil, permitiría la exoneración de ambas partes, acreedores y deudores entre sí, demostrando una diligencia ordinaria o mediana, sin embargo, el pago del precio por parte del comprador no puede estar sometido al régimen de la graduación de la culpa. El comprador no se exonera del pago, argumentando que fue prudente y diligente pero no pudo cumplir, básicamente porque las obligaciones de género, especialmente las dinerarias, no están sometidas al régimen de la culpa. En el mismo sentido, el vendedor no se exonera de la obligación de dar en sentido estricto, es decir, transferir el dominio al comprador, demostrando que, a pesar de la diligencia y cuidado empleados, no pudo efectuar la traditio.

Este mismo ejercicio puede hacerse con toda clase de contratos nominados e innominados, y se llega a la misma conclusión, no todas las obligaciones contraídas por las partes contratantes al momento de la celebración del acto jurídico poseen la misma naturaleza y por tal motivo, no pueden estar sometidas uniformemente al régimen de la culpa, y por ende a la tridivisión de la misma.

Presunción de Culpa Contractual

El inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil establece: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.”

En este inciso un sector de la doctrina ⁴ ha creído encontrar un principio de presunción de culpa contractual, que hace imposible la aplicación de la distinción de obligaciones de medios y resultado en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto el profesor chileno, René Abeliuk Manasevich señala:

Entre nosotros la distinción no resulta aceptable, pues la disposición del artículo 1547 (1604 del Código Civil Colombiano) presume la culpa contractual sin hacer diferencias y no es posible sostener la existencia de obligaciones de resultado extracontractuales, pero es digna de tomarse en cuenta en una futura modificación del Código, pues, como lo veremos más adelante contiene una gran parte de razón desde un punto de vista teórico. (Manasevich, 2001, pág. 305).

Las principales críticas a este supuesto principio de presunción de culpa contractual se pueden establecer de la siguiente manera:

En primer lugar, el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, no consagra un principio de presunción de culpa contractual, solo establece una carga de la prueba al deudor, para precisarle que tanto la diligencia y cuidado como la causa extraña como formas de exoneración, deben ser aportados por él. Deberá recordarse que la carga de la prueba en palabras de la Corte Suprema de Justicia es: “la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales” (MP

⁴ Guillermo Ospina Fernández. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis. Bogotá. Octava Edición. 2018

Ariel Salazar Ramírez, 2017). Y precisamente el inciso 3° es uno de los ejemplos de cómo el legislador plasmó esta carga en una norma sustancial.

En este punto se comparte el pensamiento del profesor Javier Tamayo quien expone:

En conclusión, lo que el inciso 3° del artículo 1604 está prescribiendo es que no son ni el juez, ni el acreedor ni terceras personas las que deben demostrar diligencia y cuidado. La prueba está en cabeza del deudor, pero ello no significa que absolutamente en todos los casos él deba probar la diligencia y cuidado. (Tamayo, 2007, pág. 475).

De otro lado, la presunción de culpa contractual más que un principio es una excepción, pues, solo se aplica a un número reducido de casos como se analizará a continuación. Se tiene así, como primera medida que el factor subjetivo es intrascendente en las obligaciones de no hacer, en las de dar cuerpo cierto o género (esto es transferir el dominio de la cosa) y en la de entregar en sentido material. Como puede observarse en este primer bloque de obligaciones, el deudor no se libera de su obligación demostrando diligencia y cuidado, sólo la causa extraña podría evitar su incumplimiento imputable.

Y en las obligaciones de género, ni la causa extraña lo liberaría conforme al principio que el género no perece (*Genus nunquam perit*). En las obligaciones de hacer en algunos casos el acreedor deberá demostrar la culpa del deudor para que exista el incumplimiento imputable y en otros éste solo podrá exonerarse a través de la causa extraña. Es el caso del contrato de mandato, el mandante siempre deberá establecer la culpa del mandatario para generar su responsabilidad ⁵.

⁵ Artículo 2184 del Código Civil: no podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le demuestre culpa.

En cambio, en el contrato de transporte, el transportador se obliga a llevar sanos y salvos a los pasajeros al lugar de destino⁶, obligación que solo cedería ante la presencia de una causa extraña.

En la responsabilidad por productos defectuosos regulada en el estatuto del consumidor (ley 1480 de 2011) la responsabilidad del productor o proveedor tampoco exige un factor subjetivo de atribución, y por tanto solo la causa extraña le permitirá exonerarse de responsabilidad.⁷ En la misma normatividad, la obligación del productor o proveedor de otorgar garantía de idoneidad y calidad sobre el bien solo cede ante la causa extraña.⁸

⁶ Artículo 982. Obligaciones del transportador

El transportador estará obligado, dentro del término por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

- 1) En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario, y
- 2) En el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino.

⁷ Ley 1480 de 2011 Art 22. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS POR PRODUCTO DEFECTUOSO. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;
3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;
5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;
6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

⁸ Ley 1480 de 2011 Art 16. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA GARANTÍA. El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

1. Fuerza mayor o caso fortuito;
2. El hecho de un tercero;
3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y

Así las cosas, la presunción de culpa del deudor solo se aplicaría para la pérdida de la cosa que se debe, en materia civil puesto que en materia comercial, solo la causa extraña exonera al deudor.⁹ En ese sentido el artículo 1730 del Código Civil en concordancia con el artículo 1606 de la misma obra prescriben: “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o culpa suya” y la segunda norma dispone “La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”, siendo este evento un verdadero caso de presunción de culpa contractual en la que el deudor podrá exonerarse demostrando diligencia y cuidado como lo prescribe el artículo 1606.

En materia extracontractual se puede encontrar otro evento de presunción de culpa en la responsabilidad por el hecho ajeno regulada en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil. En efecto, conforme los preceptos que gobiernan esta institución, una vez demostrada por la víctima la culpa del directamente responsable o el hecho objetivamente ilícito en la producción del daño, (dependiente, trabajador, hijo de familia, alumno, pupilo) surge para el civilmente responsable (patrono, padres, director de colegio, tutor) un presunción de culpa por falta de vigilancia de las

4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano.

PARÁGRAFO. En todo caso el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien.

⁹ Artículo 928 Código de Comercio. Obligación de entregar: El vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios, en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse; y si la cosa vendida es un cuerpo cierto, estará obligado a conservarla hasta su entrega so pena de indemnizar los perjuicios al comprador, salvo que la pérdida o deterioro se deban a fuerza mayor o caso fortuito, cuya prueba corresponderá al vendedor.

personas que están bajo su cuidado, pero podrá exonerarse demostrando que a pesar de la diligencia y cuidado le fue imposible evitar el daño ocasionado.

En conclusión, la presunción de culpa contractual no es un principio que gobierne el derecho de las obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico, solo tiene aplicación específica para casos concretos y específicos como se analizó en precedencia. Por tal motivo, la jurisprudencia colombiana desechó rápidamente este supuesto principio como factor de atribución e incorporó a nuestro derecho la distinción entre obligaciones de medios y resultado, la cual se explicará a continuación.

Obligaciones de Medios y Resultado

El “descubrimiento” de la distinción entre obligaciones de medios y resultado fue atribuida al profesor Rene Demogue en el año 1925, quien analizando los artículos 1137¹⁰ y 1147¹¹ del Código Civil francés, se percató que tenían formas de exoneración completamente diferentes para el deudor. En la primera de las normas mencionadas al deudor incumplido le bastará diligencia y cuidado en la conservación de la cosa para exonerarse de responsabilidad. Mientras que, en la segunda norma, solo podrá acreditar la causa extraña a fin de liberarse de

¹⁰ Artículo 1137 Código Civil Francés: “La obligación de velar por la conservación de la cosa, bien que el acuerdo tuviera por objeto sólo la utilidad para una de las partes o bien la utilidad común, someterá a quien esté encargado de ella al deber de aportarle todos los cuidados de un buen padre de familia. Esta obligación se extenderá en mayor o menor medida a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se explicarán en los títulos correspondientes a los mismos.”

¹¹ Artículo 1147 Código Civil Francés: “El deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, bien en razón del incumplimiento de la obligación, o bien en razón del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviniera de una causa extraña a él y que no le pueda ser imputada, sin que hubiera habido mala fe por su parte.”

responsabilidad por la inejecución de la prestación. Esta diferencia fue la que llevó al profesor Demogue a preceptuar que, en algunas prestaciones el deudor se obliga frente al acreedor a disponer de toda su diligencia y cuidado en aras de obtener la satisfacción esperada por su cocontratante, pero no al resultado mismo, a este tipo de obligaciones las denominó de medios. En otras ocasiones, el deudor se obliga para con el acreedor a obtener efectivamente una satisfacción específica, y a estas las designó como de resultado.

El profesor Christian Larroumet al explicar la distinción entre obligaciones de medios y resultado manifiesta:

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado fue ideada esencialmente en la doctrina y en la jurisprudencia, para explicar algunas diferencias de régimen jurídico de la responsabilidad contractual, es decir, de la responsabilidad en que incurre el deudor de una obligación contractual en caso de inejecución o de mala ejecución de la obligación a la cual estaba ligado para con el acreedor. (Larroumet C. , 1999, pág. 19).

En cuanto a la ontología de la obligación de resultado el profesor Larroumet señala:

En este tipo de situaciones el deudor está obligado a la reparación del daño sufrido por el acreedor, cuando no ha obtenido la satisfacción. En otras palabras, la prueba de la culpa del deudor por parte del acreedor no es una condición de la responsabilidad contractual.

Desde el momento en que el resultado prometido no se ha alcanzado, el deudor debe ser condenado a reparar el daño sufrido por el acreedor. Sin embargo, el deudor escapa a la imputación de la responsabilidad cuando prueba una causa extraña, es decir, cuando la inejecución de la obligación es imputable a un hecho que le es extraño y contra el que nada podía hacer. (Larroumet C. , 1999, pág. 22)

De otro lado en la obligación de medios, el deudor contractual se compromete únicamente a hacer lo necesario para alcanzar el resultado esperado por el acreedor, es decir, su responsabilidad solo se puede predicar “cuando no ha aplicado los medios necesarios para llegar al resultado previsto por las partes contratantes” (Larroumet C. , 1999, pág. 23). En este tipo de obligaciones a diferencia de las de resultado, la culpa del deudor es un elemento estructural de la responsabilidad y la carga de la prueba de ella se encuentra a cargo del acreedor, quien además deberá demostrar que el comportamiento poco diligente del deudor fue la causa *sine qua non* del daño por él padecido. En algunos casos taxativos, el legislador presume la culpa del deudor como en la pérdida de la cosa que se debe consagrada en el artículo 1730 del Código Civil.

Ámbito de aplicación de las obligaciones de medios y resultado.

Una vez establecida la estructura de las obligaciones de medios y resultado es fundamental precisar en qué tipo de obligaciones es viable o no efectuar la distinción. En efecto, en las obligaciones de no hacer, en las obligaciones de dar-entregar, en las obligaciones de género, en las obligaciones consistentes en pagar una suma de dinero, el deudor no se exonera demostrando que hizo todas las gestiones necesarias para obtener el resultado esperado por el acreedor, estas obligaciones serán siempre de resultado y algunas serán de resultado reforzada, pues, ni la causa extraña exonera como en la obligación de pagar una suma de dinero.

En este orden de condiciones, es en las obligaciones de hacer donde la distinción tiene plena cabida y donde encontramos su ámbito de aplicación.

A diferencia de las obligaciones de dar, que son siempre de resultado, las obligaciones de hacer pueden ser de medios o de resultado. Por lo demás son las únicas que son susceptibles de ser de medios o de resultado. La razón de esto es que si a veces se puede obligar al deudor a proporcionar un resultado determinado al acreedor (transportarlo sano

y salvo a su destino), otras veces bastaría con dejar a su cargo la obligación de procurar simplemente que se logre el resultado sin que esté obligado a garantizarlo (la obligación de conservar una cosa en buen estado). (Larroumet C. , 1999, pág. 23).

Este ámbito de aplicación fue corroborado por la Sala Civil de la Corte que preceptuó:

En el contexto antes descrito, y con especial referencia a las obligaciones de hacer, se ha señalado, en términos simples, que en algunas ocasiones el compromiso del deudor consiste en desplegar una conducta, actividad o comportamiento, con diligencia, sin garantizar que el acreedor obtenga un logro concreto o específico –obligaciones de medio o de medios-, al paso que en otros eventos la satisfacción del titular del derecho de crédito estará dada porque con el comportamiento debido se obtenga un resultado o efecto preciso y determinado –obligaciones de resultado. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

Capítulo Tres

Criterios de Individualización

Existen varios criterios que permiten establecer cuando una obligación es medios o de resultado, los cuales procedemos a analizar.

La ley

En algunas ocasiones es el legislador el que establece la naturaleza de la prestación a cargo del deudor. Así se observa verbigracia en el contrato de transporte.¹² Por cuanto, es por medio de regulación legal, que la obligación del transportador de llevar sano y salvo al pasajero, es de resultado y solo se libera de la misma, demostrando la causa extraña.¹³ Es importante resaltar lo preceptuado en el último inciso del artículo 992 del Código de Comercio, en el sentido

¹² Artículo 982 del Código de Comercio. Obligaciones del transportador: El transportador estará obligado, dentro del término por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1) En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario, y 2) En el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino.

¹³ Artículo 992 del Código de Comercio. Exoneración total o parcial de la responsabilidad del transportador

El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que, en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades no producirán efectos.

que son ineficaces las cláusulas que modifiquen el contenido de la obligación del transportador, es decir, que el legislador en virtud del principio del intervencionismo contractual¹⁴, prohíbe a las partes convertir la prestación del acreedor en una obligación de medios.

Otro evento en que la ley define el contenido de la prestación del deudor es en el contrato de mandato, en el cual como se señaló anteriormente, sólo la culpa probada del mandatario compromete su responsabilidad frente al mandante conforme lo establecido en el artículo 2184 del Código Civil, es decir, que la obligación principal es de medios, y permitirá la exoneración del deudor demostrando diligencia y cuidado en el encargo asignado.

De otro lado en la responsabilidad derivada por productos defectuosos, el artículo 22 del estatuto del consumidor, establece una obligación de seguridad de resultado en cabeza del productor y proveedor por los daños corporales y a los bienes causados por el producto defectuoso al consumidor, pudiéndose solo liberar mediante la prueba de una causa extraña.

Otro caso de individualización por parte del legislador lo encontramos en el artículo 104 de la ley 1438 de 2011¹⁵, por medio de la cual se reformó el sistema de general de seguridad social en salud, estableciendo que el acto propio de los profesionales de la salud en sus relaciones con el usuario es una obligación de medios. Es importante acotar desde ya, que todas las relaciones médico-paciente no obedecen a un criterio uniforme, por lo que es perfectamente

¹⁴ Christian Larroumet, Ob Cit. Entendido el proteccionismo contractual como una de las limitaciones del Estado a la autonomía de la voluntad de las partes.

¹⁵ Ley 1438 de 2011 Artículo 104. **AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL.** Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así: “Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

posible establecer obligaciones de resultado en el campo de la responsabilidad médica, dependiendo de la naturaleza de la prestación y la finalidad de las partes al momento de celebrar el contrato.

Las Partes

A falta de texto legal, las partes pueden pactar la naturaleza de las obligaciones contraídas, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada. Así lo preceptúa el último inciso del artículo 1604 del Código Civil¹⁶, e incluso el artículo 1732 del Código Civil¹⁷, autoriza a las partes para que el deudor se haga responsable de la causa extraña que impida el cumplimiento de la prestación.

Sin embargo, la facultad que tienen las partes para establecer las cláusulas que modifican el contenido de la obligación y su respectiva exoneración para el deudor, no es ilimitada. En efecto, en tratándose de contratos de libre discusión entre las partes, el límite se encuentra establecido en que las cláusulas contractuales no pueden atentar contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Así mismo cuando el incumplimiento del deudor obedece a culpa grave o dolo, la cláusula limitativa de la responsabilidad se torna en ineficaz, con fundamento en la imposibilidad condonar el dolo futuro como lo establece el artículo 1522 del Código Civil. Y finalmente la doctrina ha ido incorporando un nuevo límite “a las relativas al incumplimiento de

¹⁶ Inciso Final artículo 1604 Código Civil: “Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

¹⁷ Artículo 1732 del Código Civil: “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado.

una obligación esencial del contrato” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 456), esto es, será ineficaz aquellas cláusulas que modifiquen la prestación principal del contrato.

Ahora bien, en relación con los denominados contratos de adhesión, se ha desarrollado un orden público contractual, que tiene como finalidad que el Estado:

Proteja los intereses de un contratante contra lo que podría imponerle el otro contratante en el momento de celebrar el contrato cuyas estipulaciones no se han negociado libremente entre las partes. Es decir que el legislador interviene, ya sea prohibiendo determinada cláusula, ya sea imponiendo otra que quedará implícita en el contrato en caso de que no haya sido aceptada expresamente por las partes. (Larroumet C. , 1999, pág. 211).

La razón de ser de esta intervención estatal obedece a la situación de inferioridad en que se encuentra una de las partes contractuales frente a la otra la cual generalmente es un profesional, y por ende busca impedir abusos en esta clase de relación contractual desigual.

Nuestro ordenamiento jurídico a través del Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011), estableció en el artículo 43¹⁸ el derrotero de las cláusulas abusivas, las cuales son ineficaces de

¹⁸ ARTÍCULO 43. Cláusulas Abusivas Ineficaces de Pleno Derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

pleno derecho una vez sean pactadas en un negocio jurídico de consumo. Los numerales primero y tercero de esta norma prohíben limitar la responsabilidad del productor o proveedor e invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, esto es, impide que por convención una obligación que es de resultado para el acreedor sea transformada en de medios en perjuicio del consumidor.

Parámetros Doctrinales

Cuando ni la ley, ni las partes han definido el contenido de la prestación del deudor, la doctrina ha desarrollado una serie de parámetros que permiten definir si la obligación contraída por el deudor es de medios o resultado.

En primer lugar, se ha acudido al criterio del papel activo o pasivo que juegue el acreedor en la ejecución del contrato. Entre más activo sea el papel del acreedor en la ejecución de la prestación, menos control podrá tener el deudor y por ende menos probabilidades de alcanzar el resultado. En ese caso la obligación será de medios para el deudor. Por el contrario, si el acreedor juega un papel pasivo en la ejecución del contrato, como cuando entrega su seguridad física al deudor (contrato de transporte, responsabilidad médica), más control tendrá el deudor sobre el acreedor y por ende se incrementa el número de posibilidades de alcanzar la satisfacción en el contrato. En ese caso la obligación será de resultado.

Este criterio ha sido criticado por la doctrina, toda vez que, parte de un criterio subjetivo y relativo para determinar el contenido de la prestación. “En razón de cuáles circunstancias, o a partir de cuando es posible considerar que el acreedor de la obligación participaba activamente en la ejecución del contrato” (Prévôt, 2012, pág. 191).

El segundo parámetro es más aceptado por la doctrina, y corresponde al factor aleatorio. Si la satisfacción esperada por el acreedor “depende de algún acontecimiento incierto que escape a la previsión del deudor de la prestación, la obligación será de medios.” (Prévôt, 2012, pág. 193).

Por el contrario, si el aleas de obtener el resultado es demasiado bajo y el resultado depende única y exclusivamente del actuar del deudor, la obligación será de resultado. Lo anterior, por cuanto lo único que impediría que el acreedor obtenga la prestación ejecutada por el deudor, sería la presencia de una causa extraña.

Es el factor aleatorio el que impide a priori, determinar si la obligación del deudor es de medios o resultado, verbigracia en el contrato médico. Como premisa general, la obligación del médico es de medios, por cuanto,

Asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica, siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla siempre un elemento aleatorio, en el sentido que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos a su actuación, que escapan su control. (Prévôt, 2012, pág. 196).

Sin embargo, nada impide que conforme con el tipo de intervención, el método científico empleado por el médico, el riesgo de desarrollo mínimo y las condiciones de salud del paciente, el factor aleatorio sea ínfimo y por ende la obligación del médico en ese caso específico sea de resultado. En conclusión, si el factor aleatorio, por circunstancias endógenas o exógenas, es nimio, las únicas razones para que el acreedor no obtenga el resultado se limitan a la defectuosa

ejecución de la prestación por parte del deudor o a la intervención de una causa extraña, que obstaculizó un fluido desarrollo causal en la consecución de la satisfacción del acreedor.

El tercer parámetro desarrollado por la doctrina hace alusión a la naturaleza de la prestación contraída por el deudor. Fundamentada en los artículos 1603 del Código civil y 1621 de la misma obra,¹⁹ auscultar el contenido de la prestación es lo que le va a permitir al intérprete definir la finalidad que tenían las partes al momento de contratar. Constituye un elemento fundamental de interpretación del negocio jurídico, según las voces del artículo 1621y permite inferir cuales compromisos adquirieron los cocontratantes, lo hayan pactado expresamente o no.

En esta misma línea de pensamiento el magistrado Ariel Salazar Ramírez, en un salvamento de voto de una sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 05 de noviembre de 2013, hizo referencia a este tercer parámetro indicando que el significado de la relación contractual se encuentra marcado por la intención de las partes, motivo por el cual, de la mano de los artículos 1604 y 1621 del Código Civil, el intérprete deberá desentrañar la naturaleza de la prestación que emana de la voluntad de las partes, y es precisamente este análisis el que va a permitir inferir si la obligación contraída por el deudor es de medios o resultado. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013)

Así las cosas, razona el magistrado Salazar, la naturaleza de la prestación no es una cuestión accesoria al contrato, es un elemento determinante y decisivo que permite determinar el

¹⁹ Artículo 1621 del Código Civil: “en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen”

Artículo 1603 del Código Civil: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”

carácter de ésta, estructurando un presupuesto fundamental para su interpretación, como lo preceptúan los artículos 1621 y 1603 del Código Civil. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013)

Por lo tanto:

El sentido o finalidad del contrato, tal como las partes lo convinieron, se obtiene mediante la “interpretación integradora” prevista en el artículo 1603, según la cual “la ‘buena fe’ exige de cada uno de los contratantes el considerar como declarado por ambos y vigente como contenido del contrato y, por tanto, como conforme a su sentido, y como pactado objetivamente, de igual forma que si resultase exigido en el contrato mismo, todo aquello derivado no sólo de su tenor literal, sino de la finalidad objetiva reconocible del contrato, de la conexión con su sentido y de su idea fundamental; atendiendo, en el caso concreto, a los usos del tráfico existente y a los intereses de los contratantes”. (Se subraya) (KARL LARENZ. Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid, 1958. p. 118). (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

La aceptación de la distinción entre obligaciones de medios y resultado por la

Jurisprudencia Colombiana.

Desde finales de los años 30, la corte suprema de justicia aceptó la incorporación de las obligaciones de medios y resultado en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de verificar si el incumplimiento del deudor, le era imputable.

Así en sentencia del 31 de mayo de 1938, la sala civil desarrolla los conceptos básicos para la distinción. En la sentencia la Corte preceptúa que la tradicional distinción entre obligaciones de dar, hacer o de no hacer, no es suficiente para solucionar los problemas relativos a la culpa y a la carga de la prueba. Por ello, señala la providencia, debe acudirse a la

clasificación introducida por Rene Demogue, de obligaciones de medios y resultado, la que permite superar las dificultades que estos aspectos presentan. En ese orden de ideas, señala la Corte, en unas ocasiones la prestación del deudor puede tener por objeto un resultado determinado, y por ende el programa obligacional del deudor se concluye satisfactoriamente cuando se obtiene ese resultado deseado por el acreedor. Por el contrario, existirán prestaciones donde el deudor se obliga a aportar toda la diligencia posible a con mirar a satisfacer el interés del acreedor, pero no a obtener el resultado deseado efectivamente. (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 491)

En 1940, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la distinción entre obligaciones de medios y resultado, en el ámbito médico expresando que unas ocasiones, el médico al igual que el abogado, pone en práctica sus conocimientos sin hacerse responsable de la recuperación real del paciente. Sin embargo, en otros eventos, el galeno se compromete a obtener un resultado específico, como en la cirugía estética, motivo por cual, se comprometerá su responsabilidad al no alcanzarse el resultado previamente pactado. (Cardenas, 2009. pp. 181-202).

En 1942, refiriéndose a la responsabilidad médica derivada de la hidrofobia generada en un paciente por mordedura de un perro, la Corte se pronunció sobre el riesgo de desarrollo científico, esto es, a más progreso de la ciencia menos factor aleatorio recae en el galeno. En ese orden de conceptos, la Corte expresa que en aquellos eventos donde exista controversia científica la culpa médica puede ser excluida o disminuida, por cuanto, este factor aleatorio debe ser asumido por el paciente. Sin embargo, en aquellos casos donde exista un estudio científico plenamente desarrollado, como el mal de la rabia, se debe presumir que un médico prudente y diligente debe conocer los mecanismos suficientes para salvar la vida del paciente que ha

confiado en él. En consecuencia, la Corte encontró que en el asunto el régimen aplicable era la responsabilidad objetiva producto de una obligación de resultado del facultativo, y por ende la prueba de ausencia de culpa del médico, en este caso, no fue admitida (Cardenas, 2009. pp. 181-202).

En sentencia del 30 de enero de 2001, la corte rechaza la aplicación de la presunción de culpa contractual, efectuada por el tribunal al resolver el recurso de apelación argumentando:

El Tribunal de instancia en la sentencia examinada, al abordar la culpa en torno a la carga de probarla, afirma: ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

Este criterio del ad quem en manera alguna puede compartirlo la Corte, pues en él, como ocurre con algunas posiciones doctrinarias, se sienta un principio general absoluto de presunción de culpa contractual a cargo de los médicos, que ciertamente, como ha venido exponiéndose, es un tratamiento no equilibrado, y contrario a la previsión del inciso final del mismo artículo 1604 que invoca el Tribunal, donde luego del planteamiento inicial sobre la graduación de culpas y la carga de la prueba de la diligencia y cuidado, se establece que todo lo preceptuado, ‘se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes’.

La Corte en esta misma providencia indica que para establecer la carga de la prueba en la responsabilidad contractual, no es suficiente con acudir a la distinción entre obligaciones de medios y resultado, se hace necesario identificar el contenido de la prestación a fin de establecer cual de debe ser la conducta que debe desplegar el deudor, a fin de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato médico, y a partir de allí determinar los deberes jurídicos que incumben al médico. Una vez efectuado el análisis anterior, se podrá concluir si el régimen jurídico del contrato excepciona el principio establecido en los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil (MP Jose Fernando Ramírez Gómez, 2001).

El 05 de noviembre de 2013, la Sala Civil de la Corte tuvo la oportunidad de referirse de nuevo a la distinción, destacando:

En el contexto antes descrito, y con especial referencia a las obligaciones de hacer, se ha señalado, en términos simples, que en algunas ocasiones el compromiso del deudor consiste en desplegar una conducta, actividad o comportamiento, con diligencia, sin garantizar que el acreedor obtenga un logro concreto o específico –obligaciones de medio o de medios-, al paso que en otros eventos la satisfacción del titular del derecho de crédito estará dada porque con el comportamiento debido se obtenga un resultado o efecto preciso y determinado –obligaciones de resultado-. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

En la misma sentencia, la Corte acoge el criterio del grado de aleatoriedad del riesgo, a fin de establecer si la obligación del deudor es de medios o resultado, señalando:

En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado

por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua y, por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

Este criterio fue reiterado en sentencia del 26 de julio de 2019, en esta oportunidad la Corte expresó:

Y naturalmente se ha entendido que es de medios la obligación del médico porque subyacen infinidad de factores y riesgos, conocidos y desconocidos, que influyen en la obtención del objetivo perseguido, razón esta que ha permitido indicar que, en este tipo de obligaciones, el criterio para establecer si se está frente a una de ellas es el del azar o aleatoriedad del fin común deseado (el interés primario que se quiere alcanzar), toda vez que en las obligaciones de resultado esa contingencia es de suyo mínima. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Aunque en sentencia proferida el 01 de febrero 1993, la sala civil acoge el criterio del papel activo o pasivo del acreedor para establecer si la obligación del deudor es de medios o resultado. En dicha oportunidad indicó:

En el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa ninguna en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado,

mientras que en la hipótesis contraria, o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio al establecimiento deudor tan sólo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte. (MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 1993).

En la pluricitada sentencia del 05 de noviembre de 2013, la Corte reitera la tesis esgrimida por la Corporación en 1940, señalando que en responsabilidad médica es posible establecer en cabeza del profesional tanto obligaciones de medios como de resultado. En esta decisión en la que se discutía la responsabilidad médica derivada de una cirugía estética, la Sala puntualizó que en virtud del principio de la autonomía privada, el médico puede adquirir el compromiso de obtener un resultado específico, o cuando las contingencias que rodean el interés primario del acreedor son mínimas, en ambas hipótesis se está en presencia de una obligación de resultado. Verbigracia, en la colocación de un aparato ortopédico, la inmovilización de una extremidad, el implante de un mecanismo anticonceptivo, las labores médicas de certificación o los análisis de laboratorio.

Por el contrario, si la aleatoriedad del resultado es tal, que impida al facultativo obtener la satisfacción del acreedor con el solo despliegue de su conducta diligente, se está en presencia de una obligación de medios. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

Obligación de seguridad: Medios o resultado.

Habiendo definido que la distinción entre obligaciones de medios y resultado, constituyen el mecanismo idóneo a fin de determinar si el incumplimiento material del deudor en las obligaciones de hacer le es jurídicamente imputable, resta por definir si la obligación de

seguridad corresponde al régimen de una obligación de medios o si por contrario, el deudor al contraerla se obliga a obtener un resultado específico.

De acuerdo con los fundamentos teóricos expuestos anteriormente, es necesario diferenciar si la obligación de seguridad hace parte del núcleo esencial del contrato o si por el contrario es una obligación implícita del mismo.

Obligación de seguridad tácita o implícita derivada del contrato

La obligación de seguridad implícita fue incorporada por la doctrina y la jurisprudencia en algunos negocios jurídicos, por cuanto, se entendía que, para ejecutar su prestación principal, el deudor debía proteger la integridad física del acreedor o de sus bienes. Esta obligación tácita tiene como característica esencial, que un daño generado por su incumplimiento no pertenece en esencia a la órbita contractual sino al plano extracontractual, pues, el perjuicio que padece el acreedor no es producto de la inejecución pura y simple o defectuosa de la obligación principal del contrato, sino con ocasión de él. Con un ejemplo se puede entender mejor lo expuesto: el contrato de hospedaje u hotelería tiene como obligación principal suministrar una habitación y servicios del hotel al huésped, el cual como contraprestación deberá asumir un precio.

Ahora bien, en el contrato tácitamente el deudor también adquiere la obligación de velar por la seguridad del acreedor y sus bienes a fin de ejecutar eficientemente su prestación principal. Así las cosas, si el huésped sufre una caída en el lobby del hotel y como consecuencia de ella se genera una fractura, en estricta lógica jurídica, los perjuicios derivados de la lesión corporal corresponden al campo extracontractual, toda vez que, fueron causados no por la inejecución defectuosa de una de las obligaciones surgidas del negocio jurídico, sino con ocasión de mismo. Sin embargo, este deber de diligencia y prudencia de no causar daño a otro, fue

contractualizado y el acreedor en aras de obtener la reparación del daño causado, deberá ubicarse bajo los presupuestos de la responsabilidad contractual.

En ese mismo sentido, y ubicada la víctima en el campo contractual, deberá establecer el factor de atribución imputable al deudor, es decir, definir si esta obligación secundaria se encuentra bajo la égida de la obligación de medios o resultado. Prima facie, la obligación de seguridad es siempre de resultado, toda vez que en su origen tenía como finalidad favorecer probatoriamente a la víctima, amparándola en una responsabilidad contractual objetiva y por ende en ella no cabría la distinción.

Sin embargo, el caos doctrinal y jurisprudencial de incorporar obligaciones tácitas de seguridad en una cantidad amplia de contratos -hotelero, establecimientos de comidas, empresas de espectáculos, jardines infantiles, escuelas de conducción, bancos, cines, supermercados, carnicerías – ha llevado a la jurisprudencia a establecer obligaciones de seguridad de medios. (Prévôt, 2012, pág. 183).

Y la razón es entendible, en la gran mayoría de los contratos donde se ha incorporado una obligación tácita de seguridad, la integridad personal del acreedor no está bajo el control absoluto del deudor. En estos contratos, el acreedor tiene libertad de acción, no abdica su libertad de movimiento al deudor, en otras palabras, la integridad física del acreedor está sometida a un factor aleatorio alto que impide la garantía por parte de su cocontratante. Así en el ejemplo propuesto, para que la pretensión indemnizatoria del huésped contra el hotel tenga éxito, deberá demostrar el actuar culposo del deudor al no tomar las medidas de precaución suficientes para evitar este hecho dañoso. Y correlativamente, al hotel le bastará demostrar su ausencia de culpa para exonerarse de responsabilidad.

De otro lado, la incorporación de obligaciones tácitas de seguridad al contrato ha generado decisiones contradictorias de los tribunales al efectuar la calificación de medios o resultado. Así en la Corte de Casación francesa:

Se conocen ciertos tipos de obligaciones que han cambiado de categoría varias veces; por ejemplo: la obligación de seguridad de quienes explotan un telesquí, después de haber sido de medios se transformó en de resultado en 1968, después volvió a ser de medios en 1986, luego otra vez de resultado en 1995. Los tribunales son sensibles al papel activo o pasivo de la víctima, pero este no es el único elemento. Se llega a menudo a una casuística incierta, y la sola lectura de las revistas de jurisprudencia permite conocer en cada caso particular la solución en vigencia” (Prévôt, 2012, pág. 203).

En nuestro ordenamiento jurídico, existe un ejemplo paradigmático de sentencias contradictorias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con la obligación tácita de seguridad. Se trata del atentado terrorista perpetrado el 7 de febrero de 2003 en las instalaciones del Club el Nogal en la ciudad de Bogotá D.C, donde fue accionado un carro bomba con cerca de 200 kg del explosivo plástico C4, dejando como saldo trágico la muerte de 36 personas y más de 200 heridas. Dos procesos en relación con estos hechos llegaron a conocimiento de la Sala Civil de la Corte, el primero con sentencia del 29 de julio de 2015 y el segundo con decisión emitida el 23 de noviembre de 2020.

En ambos casos, las víctimas indirectas en ejercicio de la acción personal extracontractual incoaron las respectivas demandas a fin de ser declarado extracontractualmente el Club el Nogal y en consecuencia deprecaron las respectivas condenas indemnizatorias. En el primero, la Corte no accedió a las pretensiones de los demandantes, por cuanto, consideró que el demandado “contaba con los elementos necesarios para la seguridad de los asociados al

momento de la ocurrencia del daño, el cual fue ocasionado por un tercero. Las medidas superaban las exigibles para entonces y eran superiores a las de otras entidades similares” (MP Fernando Giraldo Gutiérrez, 2015). Es decir, según la posición fijada por la Corte, no se había demostrado el comportamiento culposo del demandado, por el contrario, se comprobó que actuó de manera incluso más prudente y diligente en la toma de las medidas de seguridad, que otra entidad de las mismas características en el sector.

Sin embargo, en un segundo proceso, la Corte no casó la sentencia de segunda instancia en la que el tribunal en su ratio decidendi señaló:

Respecto de sus socios o corporados, de las personas amparadas por acciones empresariales, así como de sus parientes o invitados, en cuanto a las condiciones de seguridad para su vida e integridad física dentro del establecimiento denominado club el Nogal, si tienen el carácter de una verdadera obligación de resultado. (MP Octavio Augusto Tejeiro, 2020). Acotando que la responsabilidad únicamente cedía ante la prueba de una causa extraña.

Lo más trascendental de la última decisión, es que los demandantes enrutaron sus pretensiones hacia la vía extracontractual, y por tanto, las mismas debían ser resueltas a la luz de la responsabilidad genérica con culpa probada establecida en el artículo 2341 del Código Civil. Empero, el tribunal a motu proprio, dispuso que la litis debían despacharse acudiendo a la obligación de seguridad de resultado, institución, que como se ha analizado, es de carácter netamente contractual.

En conclusión, para la Corte en el año 2015 el régimen aplicable era la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, en la que no se acogieron las pretensiones al no demostrarse la culpa del demandado. De otro lado en el año 2020, por idénticos hechos, el

régimen es la obligación de seguridad de resultado aplicable al ámbito extracontractual, y adicionalmente encontró probada la culpa en la vigilancia por parte del demandado, entre otras cosas, por la no utilización de caninos antiexplosivos en las puertas de ingreso al Club, exigencia que no hizo en la sentencia de 2015.

Basta observar ambas sentencias para inferir que es la seguridad jurídica, emblema del Estado de derecho la que está en peligro con este tipo de decisiones. Ante este caótico panorama, la Corte debería optar, como lo hizo el derecho argentino y como lo propugna un sector de la doctrina francesa, por analizar todos los daños causados con ocasión del acto jurídico en el ámbito extracontractual, incluyendo por supuesto, los daños originados por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad. Esta solución permitiría en primer lugar, que no se presentaran esta clase de equívocos en los jueces o tribunales, pudiendo la víctima beneficiarse de la presunción de culpa por el hecho de las cosas, y, en segundo término, el ámbito de la obligación de seguridad quedaría circunscrito, única y exclusivamente, cuando ésta haga parte del núcleo esencial de la prestación principal del deudor, en la cual no quedaría duda alguna que la obligación es de garantía, como se analizará a continuación.

Obligación de seguridad como objeto del contrato

Si pese a las críticas, se ha terminado por aceptar que, en la obligación secundaria de seguridad, se efectúe la distinción de medios y resultado, esto parece impensable cuando la obligación de seguridad es el objeto del contrato, es decir, cuando la causa de la obligación de una parte es que su cocontratante le va a garantizar la integridad personal y/o sus bienes. En este caso, la obligación necesariamente ostenta la característica de una garantía, puesto que, esta calificación “permite conservar una marcada utilidad en la maniobra de contractualización emprendida por la jurisprudencia en 1911” (Prévôt, 2012, pág. 226).

En este orden de conceptos, se comparte el concepto del tratadista francés Jourdain, quien expresa:

Cuando la seguridad corporal del acreedor es el objeto de la obligación, no puede admitirse un término medio; la ejecución no es susceptible de ser más o menos, la seguridad no se divide. Siendo la obligación de seguridad concebida en interés exclusivo de las víctimas, su reconocimiento solo se justifica, es decir, su objetivo solo se alcanza cuando es de resultado. (Prévôt, 2012, pág. 227).

La explicación lógico-jurídica de esta afirmación encuentra fundamento en que, cuando el acreedor entrega su seguridad física al deudor, éste en el orden normal de condiciones y salvo una causa extraña, puede garantizar la integridad personal de su cocontratante. En otras palabras, el deudor de esta obligación está en la capacidad física, intelectual e instrumental para garantizarle al acreedor su integridad corporal.

Siguiendo el planteamiento propuesto y mientras nuestro derecho de daños continúe bajo la égida de la Summa Divisio, el análisis que se considera el mas adecuado ante la presencia de una obligación de seguridad, deberá constar de dos momentos: el primero que podría denominarse ontológico, consistirá en identificar si la obligación de seguridad del acreedor es la prestación principal del deudor o hace parte de su núcleo esencial. Esto se logra, por medio del análisis del contenido de la prestación a la que se obligó el deudor, conforme las voces del artículo 1603 del Código Civil. Si la respuesta es afirmativa, la carga de la prueba de la responsabilidad, no admitirá un más o un menos, siempre será una obligación determinada y por ende, se estará en presencia de una responsabilidad de pleno derecho, cuya exoneración sólo cederá ante la prueba de una causa extraña.

Por el contrario, si en este primer momento se arriba a la conclusión que la obligación de seguridad es implícita o secundaria, y por ende no constituye la obligación principal del deudor, se deberá acudir al segundo momento de razonamiento. En él, la carga de la prueba de la responsabilidad, si estará sometida a la distinción entre obligaciones de medios y resultado, debiéndose acudir a los criterios esbozados en precedencia (ley, pacto expreso entre las partes factor aleatorio, el papel activo o pasivo del acreedor, naturaleza de la prestación) y concluir si la prestación del deudor quedará satisfecha con el despliegue de diligencia y cuidado en procura de obtener el resultado esperado por el acreedor, o si por contrario, solo la satisfacción del acreedor extingue la obligación deudor, debiendo éste demostrar la causa extraña como único mecanismo de exoneración contractual si el interés primario no se alcanza.

La adopción de estos dos momentos permitiría en consecuencia, acoger la decisión que mejor se compadezca con los principios teóricos que iluminan la obligación de seguridad. Ello implicaría someter únicamente a la distinción de obligaciones de medios y resultado, las que tengan el carácter de implícitas, mientras que, las que ostenten el carácter de principales, siempre serán de resultado.

Dos ejemplos permitirán comprender el argumento planteado. El 28 de mayo de 2019, la Sala Civil de la Corte, tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la obligación de seguridad derivada de la conducción de energía eléctrica en relación con los usuarios de servicios públicos domiciliarios. En dicha oportunidad la Corte señaló:

De manera que cuando se aborda el estudio de una responsabilidad civil contractual, es necesario determinar si media obligación de seguridad; y, en caso afirmativo, establecer si es apenas un débito genérico de diligencia, o incluye también la exigencia de conjurar todo riesgo, y asumirlo en caso de llegar a ocurrir. (MP Luis Alonso Rico Puerta, 2019).

De acuerdo con lo expuesto, la inferencia trazada por la Corte es incompleta. Por cuanto, no todas las obligaciones de seguridad son dables sub-dividir las en de medios o resultado, se hace necesario preliminarmente indagar si la obligación de seguridad acompaña naturalmente la prestación principal del deudor o si por el contrario, es una obligación implícita, en cuyo caso solo estas últimas admitirían la división.

En junio de 2019 la Corte se refirió a la obligación de seguridad derivada sobre el paciente derivada del contrato de hospitalización, aspecto que será tratado de forma mas exhaustiva en el capítulo quinto de este trabajo. En esta oportunidad preceptuó:

Es pues, doctrina probable de esta Corporación, entender que la obligación de seguridad a cargo de centros de salud y hospitales, es dable subclasificarla en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados. En principio y de acuerdo con los estándares técnicos y científicos exigibles a la entidad, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que su paciente no adquiera en su recinto enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019)

En este evento es mucho mas palpable el yerro analítico en que incurre la alta Corporación, pues, de un lado, no se detiene a considerar que la obligación de seguridad que contrae el ente sanitario constituye el núcleo esencial de su prestación de hacer, y en consecuencia, según se advirtió en líneas anteriores, se está en presencia de una responsabilidad bajo la égida de un factor de atribución objetivo, que solo permite al deudor exonerarse descartando la causalidad, esto es, por medio de la causa extraña. Y de otro lado, al someter la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización, a la subclasificación de medios y resultado, colige que es de medios fundada en el factor aleatorio, como si se tratara de un acto

médico propiamente dicho, y no de un acto extramédico conforme se analizará en el capítulo siguiente.

Capítulo Cuatro

Obligación de Seguridad y el Contrato de Servicio Médico

La esfera médica no ha sido ajena a la influencia de los efectos producidos por contractualización de la obligación de seguridad. Para este efecto, la doctrina ha dividido la obligación médico-hospitalaria en tres actos: 1. Actos puramente médicos. 2. Actos paramédicos. 3. Actos extramédicos. El Consejo de Estado, con apoyo en el profesor José Manuel Fernández Hierro los explica de la siguiente manera:

1. Actos puramente médicos. - que son los de profesión realizados por el facultativo;

2.- Actos paramédicos. - que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo, suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral–, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

3. Actos extramédicos. - están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.

De todas formas, es bueno aclarar que la zona límite entre un acto médico y un acto paramédico constituye una *quaestio facti*, de donde la clasificación mencionada es de cierto modo elástica e indefinida. La palabra *para* es un prefijo que significa “junto a”, “al lado de” o “a un lado de”, vale decir que lo paramédico concerniría a los servicios que se prestan junto a los médicos o al lado (o a un lado) de ellos. La latitud de la expresión paramédico podría depender en ciertos casos no sólo de los hechos sino también de las interpretaciones.

Comoquiera que sea, nos parece que la clasificación tripartita de Fernández Hierro, más allá de cualquier dificultad –que, por lo demás, siempre va a presentar toda división de especies– es completa y entonces merece ser aceptada. (CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2000).

Obligación de Seguridad en el Acto Médico

El acto médico propiamente dicho;

Se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal. (CP Ruth Stella Correa Palacio, 2011).

Desde varios años la jurisprudencia ha sido constante en afirmar que la obligación derivada del contrato médico, en la que nace una relación jurídica entre médico y paciente, es de medios. El médico no se compromete a curar al paciente, sino a proporcionarle los cuidados

esmerados, cuidadosos y conforme a la experiencia adquirida de la ciencia, es decir, debe actuar conforme a la *lex artis*. En consecuencia, el paciente tiene la carga de la prueba de demostrar una culpa en el profesional que guarde causalidad *sine qua non* con el daño padecido. El fundamento de esta obligación de medios es generado por el *alea terapéutico* que rodea la actividad médica, lo que impide al médico garantizarle al paciente un resultado determinado. Así lo estableció en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 104 de la ley 1438 de 2011²⁰.

Sin embargo, este principio no es absoluto, por cuanto en materia de responsabilidad médica existen diversos eventos donde es posible establecer obligaciones de resultado a cargo del profesional de la salud. Así lo expresó nuestra Corte Suprema:

El meollo del asunto, entonces, se encuentra en establecer cuándo la relación entre el profesional de la salud y el usuario, calificada ahora como de 'medio' por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, deja de ser tal.

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que (...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien

²⁰ ARTÍCULO 104. **Autorregulación Profesional.** Modificase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así: “Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma. (MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2017).

Ahora bien, la discusión doctrinal ha surgido, cuando en desarrollo del acto médico se le causan al paciente lesiones, no en la ejecución del acto médico sino con ocasión del mismo, en otras palabras, el daño generado al paciente no ostenta un nexo causal con el acto médico principal, en el denominado accidente médico. En este aspecto la doctrina ha encontrado una obligación de seguridad accesoria en cabeza del médico, que tiene como finalidad proteger al paciente de toda afectación que pueda surgir en su integridad durante todo el acto médico. La pregunta que surge es, si esta obligación accesoria es de medios o resultado.

En el derecho francés, la Corte de Casación Francesa tiene una posición opuesta al Consejo de Estado. La primera considera que el acto médico está sometido a una obligación de medios, incluyendo la obligación accesoria de seguridad, y por tanto el paciente deberá aportar la prueba de la culpa del médico para comprometer su responsabilidad. Según palabras de la Corte: “la reparación del aleas terapéutico queda por fuera en el campo de las obligaciones por las cuales un médico es contractualmente obligado respecto de su paciente” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 521).

A su turno, el Consejo de Estado estableció el principio según el cual:

Cuando un acto médico necesario al diagnóstico o al tratamiento del paciente presente un riesgo por el cual la existencia es conocida, pero cuya realización es excepcional, y ninguna razón permite pensar que el paciente sea particularmente expuesto, la responsabilidad del servicio público de hospitalización es comprometido, si la ejecución de este acto es la causa directa del daño sin relación con el estado inicial del paciente

como con la evolución previsible de este estado y presentando un carácter de extrema gravedad. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 523).

En esta decisión el Consejo de Estado francés plantea el principio de la responsabilidad objetiva sin culpa, en caso de accidente médico, es decir, cuando el daño no guarda relación causal con el estado inicial del paciente o con la evolución previsible del mismo.

Empero, y pese a continuar aceptando el principio de la responsabilidad por culpa del médico, la Corte de Casación atenuó un poco su criterio, en la adopción de dos reglas:

La culpa por ineptitud (impericia) y la culpa virtual. En el primer criterio, la Corte infiere la existencia de la culpa médica, cuando se materializa un riesgo que no era inherente al acto médico o se verifica uno de carácter excepcional. Esto es, la única explicación para la ocurrencia de este daño fue la falta de pericia o la ineptitud del médico en la realización del acto médico. A título de ejemplo: Se dedujo la responsabilidad de un médico que había perforado el esófago de un paciente durante una dilatación endoscópica. La perforación del esófago en un paciente por endoscopia es de rara ocurrencia, y solo puede obedecer a la mala praxis del galeno (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 525).

En el segundo criterio, la Corte deduce la responsabilidad del médico ipso facto del daño, es decir, de la característica del daño se infiere necesariamente que este se ha producido por la culpa médica. Es la aplicación del principio latino *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí sola), este tipo de inferencia es aplicado por la Corte en tratamientos corrientes o análisis corrientes o en hipótesis de olvido de instrumentos o de compresas en el cuerpo del paciente.

Al aplicar cualquiera de las dos instituciones, surge adicionalmente una presunción de causalidad a favor de la víctima, por cuanto, se presume que la culpa por ineptitud o la culpa virtual fueron la causa del accidente médico padecido por el paciente.

La Sala Civil de la Corte Suprema en Colombia también ha acogido el concepto de culpa virtual. En este sentido se indicó:

Que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) (...); o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *ibídem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma] (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado. (MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2017).

Pese a los paliativos esgrimidos por la Corte de Casación francesa, los cuales son acogidos en su totalidad por nuestra jurisprudencia, se considera que el criterio que guarda más coherencia lógico-jurídica es el adoptado por el Consejo de Estado francés, es decir, en presencia de un accidente médico surgirá una responsabilidad de carácter objetivo en cabeza del médico. En efecto, si el daño que sufre el paciente no guarda ninguna relación de causa-efecto entre el acto médico inicial y el daño finalmente causado, es decir, el daño no obedece a la materialización de un riesgo inherente, nada impide establecer una responsabilidad objetiva en cabeza del médico, de la cual solo pueda exonerarse a través de la causa extraña, pues, sería la única causa capaz de desvirtuar el nexo causal entre el accidente médico y el resultado dañoso.

Con un ejemplo se clarifica mejor las consecuencias de optar por una u otra posición:

Un paciente acude al odontólogo, por un dolor intenso en uno de sus cordales superiores. El profesional recomienda extraer la pieza dental, debido a que está aprisionando los dientes contiguos. En el procedimiento, el odontólogo cercena el nervio sublingual, nervio que no estaba involucrado en el procedimiento y no era un riesgo inherente de éste, materializándose en este caso el accidente médico.

Conforme con la tesis del Consejo de Estado francés, la culpa no es elemento estructurante de la responsabilidad en este evento, por lo que el profesional sanitario deberá demostrar para exonerarse, que entre su actuar profesional y la ruptura del nervio, existió una causa extraña.

De acuerdo con la tesis expuesta por la Corte de Casación, la culpa en este evento se da por demostrada, sea por vía de la culpa por ineptitud al materializarse un riesgo excepcional o por la culpa virtual al contrastar el daño causado con el acto médico inicial. En este caso, la víctima queda dispensada de su prueba, adicionalmente se presume que la culpa virtual o la culpa por ineptitud fueron la *conditio sine qua non* del accidente médico. En este evento, al médico podrá liberarse de responsabilidad, desvirtuando la culpa virtual o demostrando una causa extraña que impidió generar el nexo causal entre la culpa médica y el daño padecido por el paciente.

En conclusión, tanto la Corte de Casación francesa como la colombiana, acoge el criterio de la obligación de medios para el actuar médico incluyendo aquellos daños que no guarden relación directa con el acto inicial, y sobre los que existe una obligación de seguridad accesoria. Sólo que sobre éstos últimos crea una culpa virtual o por ineptitud, que permite dar por probada

la culpa del médico, así como la presunción de causalidad entre el actuar culposo y el daño ocasionado al paciente.

Obligación de seguridad en los actos paramédicos

Como se vio anteriormente, el Consejo de Estado ha descrito los actos paramédicos como: Las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo, suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral–, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos. (CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2000)

El análisis de cada uno de estos actos arroja una conclusión ineludible, la obligación que pesa sobre estas actuaciones es de resultado. En efecto, el suministro de suero, inyectar calmantes o antibióticos, no presentan un factor aleatorio que el profesional de la salud no pueda controlar. Depende únicamente de la capacidad del facultativo encargado de realizar estas conductas, llevarlas a cabo sin complicaciones para el paciente. La experiencia médica adquirida permite reducir en estos eventos casi en su totalidad el alea terapéutico, por lo que el deudor está en condiciones de garantizar un resultado al paciente. Este criterio se afianza más, si dentro de los actos paramédicos se cuenta con la obligación de “suministrar medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos”, obsérvese que estas obligaciones no admiten graduación, el deudor no puede en estos eventos exonerarse demostrando que hizo todo lo posible por suministrar un medicamento en

buenas condiciones o que va a tratar de mantener en buen estado los instrumentos y aparatos médicos; estas son típicas obligaciones de resultado que no exigen la prueba de la culpa por parte del paciente, pues, le basta demostrar que el suministro del medicamento defectuoso fue la causa de su daño o que el instrumento y aparato médico ocasionaron su perjuicio, sin tener la carga de la prueba de demostrar el actuar culposo del ente hospitalario, verbigracia, la falta de mantenimiento de los equipos.

Como lo hemos mencionado anteriormente, la jurisprudencia colombiana ha acogido el criterio de la aleatoriedad y el contenido de la prestación, como mecanismos a fin de dilucidar si el deudor se obliga a obtener la satisfacción esperada por el acreedor o no. En este sentido se pronunció la Sala Civil de la Corte:

La Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que “(...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado

por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y, por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario. (MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

En conclusión, en los actos paramédicos el alea del profesional de la salud es exiguo, motivo por el cual, no hay razón válida para negar la obligación de resultado en cabeza del personal de la salud a cargo.

Capítulo Cinco

Actos Extramédicos: Contrato de Hospitalización.

El contrato de clínica u hospitalización es aquel por el que, a cambio de un precio un ente hospitalario se obliga no sólo a prestar los servicios de hotelería, higiene, alimentación y seguridad en las instalaciones sino, también a proveer un personal idóneo para la ejecución del acto médico. (Aguad Deik, 2003). Son unidades operativas que tienen por objeto la prestación del servicio de salud preventiva, de recuperación, de diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de personas sanas o enfermas; deben estar habilitados por la autoridad sanitaria competente y cumplir reglamentaciones expresas relacionadas con características edilicias, equipamiento, recursos humanos, aspectos técnicos, finalidades y servicios ofrecidos. Deben adecuar su

accionar al ordenamiento jurídico vigente, cumpliendo fielmente las obligaciones que le fija la normativa de naturaleza técnica y la tributaria, laboral y de la seguridad social; también deben ejecutar en tiempo propio sus obligaciones frente al recurso humano que forma parte de la institución y prestar en debida forma el servicio de salud adoptando las medidas necesarias para salvaguardar la indemnidad física de los pacientes. (Prévôt, 2012).

En consecuencia, la obligación principal del centro hospitalario es suministrar al paciente los cuidados respectivos y velar para que durante su estadía no sufra ningún daño en su integridad corporal, es decir, procurando la no producción de efecto adverso alguno. Este último fue definido por el Consejo de Estado como:

Aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria, que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud –entendidos en sentido genérico–, desde diversas esferas u órbitas legales. (CP Enrique Gil Botero, 2009).

A su turno el anexo técnico de la resolución No 1446 de 2006 expedida por el Ministerio de Protección Social lo define como: “las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a esta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no-calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales que potencialmente pueden incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas.”

Siendo, así las cosas, se puede concluir con certeza que la obligación asumida por el deudor en este tipo de contratos es de resultado, y en consecuencia, todos los efectos adversos que sufra el paciente en ejecución del contrato de hospitalización, estarán sometidos al régimen de la responsabilidad objetiva, en el que la exoneración del ente sanitario solo podrá lograrse a través de la causa extraña.

La anterior conclusión se sustenta en que, el paciente en este tipo de contratos entrega totalmente su seguridad física al centro hospitalario, quien, en cumplimiento de su obligación, debe preservarla. De otro lado, el acreedor-paciente no juega un papel activo en la ejecución del contrato, por el contrario, se encuentra bajo las órdenes y cuidados del deudor, desempeñando un rol pasivo en la convención. Y finalmente preservar la integridad del paciente, no conlleva aleatoriedad en el resultado para el deudor. Éste se encuentra en la capacidad de garantizar al paciente su indemnidad corporal, pues, bajo su control y dirección se halla el acreedor, por lo tanto, solo una causa extraña impediría al deudor alcanzar esta garantía. A este respecto, los hermanos Mazeud y Tunc, citados en sentencia proferida por el Consejo de Estado enseñan:

A la obligación de los cuidados se agrega a veces una obligación de seguridad, consistente en la obligación de evitar que le ocurran accidentes al enfermo; y ... esa obligación es normalmente una obligación “determinada”. Pasa así cuando el contrato médico va acompañado de un contrato de hospitalización.

La situación es aquí diferente de la del cliente de un hotel. Por el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad, y no quiere tenerla: le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad; se confía a ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de la causa ajena liberaría, pues, al que haya hospitalizado a un enfermo. La solución es indiscutible

cuando se trata de un alienado o de un nervioso agudo, por consistir la finalidad esencial en garantizar, contra el propio enfermo, la seguridad de él. (CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2000).

Ahora bien, en el contrato de hospitalización, se presentan dos clases de eventos que requieren un análisis más detenido. Son ellos las infecciones nosocomiales y las afecciones en pacientes siquiátricos.

Establecimientos Siquiátricos

La obligación de vigilancia y cuidado que adquieren los establecimientos siquiátricos sobre esta clase de pacientes es de una diligencia superior a la normal, por cuanto, “evidentes razones médico-científicas que cargan sobre el establecimiento de salud mental el deber de proteger la integridad corporal del paciente, que naturalmente (dadas sus particulares condiciones preexistentes), resulta proclive a dañarse, vale decir, es juzgado de considerable peligrosidad” (Prévôt, 2012).

En esta clase de contratos existe una obligación de preservar la integridad personal del paciente de resultado reforzada. En efecto, no todas las modalidades de causa extraña liberan de responsabilidad al establecimiento siquiátrico, solo la fuerza mayor y el hecho exclusivo de un tercero podrían tener la capacidad de desvirtuar el nexo causal. El hecho exclusivo de la víctima, como se indicó, no reuniría la característica de la imprevisibilidad factor estructurante de la causa extraña, por cuanto, es totalmente previsible para el hospital siquiátrico que un paciente con esta clase de trastorno intente atentar contra su vida o su integridad personal.

En estos casos;

La relación causal entre las fallas de cuidado y el resultado de suicidio es indudable, dado que son pacientes cuya guarda o custodia está a cargo del deudor de la prestación. La obligación tendiente a evitar el suicidio requiere, una diligencia especialísima del médico tratante del equipo y de sus auxiliares. (Prévôt, 2012, pág. 275).

Las Infecciones Nosocomiales

Con el fin de analizar de manera coherente el estudio de la infección nosocomial, se abordará en dos subsecciones: Una desde el punto de vista médico-clínico, y la otra desde el punto de vista de jurídico, específicamente la responsabilidad que deriva para el ente sanitario una vez el paciente contrae la infección.

Análisis Médico-Clínico

Las infecciones de carácter nosocomial se han convertido en un problema de salud pública en el mundo, debido a la elevada tasa de morbilidad de los pacientes. La profesora Bibian Cabedo Arce citando las estadísticas de la OMS expuso:

En todo momento, más de 1,4 millones de personas en el mundo contraen infecciones en el hospital. Entre el 5% y el 10% de los pacientes que ingresan a hospitales modernos del mundo desarrollado contraerán una o más infecciones. En los países en desarrollo, el riesgo de infección relacionada con la atención sanitaria es de 2 a 20 veces mayor que en los países desarrollados. En algunos países en desarrollo, la proporción de pacientes afectados puede superar el 25%. En los EE.UU., uno de cada 136 pacientes hospitalarios se enferma gravemente a causa de una infección contraída en el hospital; esto equivale a 2 millones de casos y aproximadamente 80.000 muertes al año. En Inglaterra, más de 100.000 casos de infección relacionada con la atención sanitaria provocan cada año más

de 5.000 muertes directamente relacionadas con la infección. En México, se calcula que 450.000 casos de infección relacionada con la atención sanitaria causan 32 muertes por cada 100.000 habitantes por año. Se calcula que las infecciones relacionadas con la atención sanitaria en Inglaterra generan un costo de 1.000 millones de libras por año. En los Estados Unidos, la cifra es de entre 4.500 millones y 5.700 millones de US\$. En México, el costo anual se aproxima a los 1.500 millones. A nivel de los estados miembros de la Unión Europea se estimó en el año 2009 “que en la UE las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (IAS) afectan por término medio a uno de cada 20 pacientes — es decir, a 4,1 millones de pacientes— y que cada año unos 37 000 fallecimientos se deben a las consecuencias de una infección de esta clase. (Arce, enero-junio 2015. 133-156).

Esta misma organización ha intentado definir las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias como:

Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento de ser internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento. (Weingarten, 2012).

La infectóloga Cristina Ajenjo Hernández, citada por el profesor Prévôt en su obra, define la infección nosocomial como,

Aquel proceso infeccioso que ocurre durante la hospitalización de un paciente o después del egreso, que no se encontraban presentes ni en incubación en el momento de la

admisión, cualquiera sea la causa que motivó la hospitalización. Este período incluye 30 días en caso de cirugía limpia, o hasta un año en prótesis valvular u ortopédica siempre y cuando el agente causal sea compatible. (Prévôt, 2012, pág. 247).

Ahora bien, la comunidad científica ha logrado identificar como nosocomiales un número importante de infecciones. En las más trascendentales se pueden enumerar las siguientes

- “Neumonía asociada al ventilador
- Staphylococcus aureus
- Staphylococcus aureus resistente a la meticilina
- Candida albicans
- Pseudomonas aeruginosa
- Acinetobacter baumannii
- estenotrofomona maltofila
- Clostridium difficile
- Tuberculosis
- Infección del tracto urinario
- Neumonía adquirida en el hospital
- Gastroenteritis
- Enterococcus resistente a la vancomicina
- Legionelosis.

De las anteriormente relacionadas, dos son las más comunes: la infección del tracto urinario y la neumonía, siendo esta última “la causa más común de muerte entre las infecciones nosocomiales y es la principal causa de muerte en las unidades de cuidados intensivos” (boundless-microbiology, s.f.)

Ahora bien, en los principales factores de riesgo que influyen en la vulnerabilidad del paciente a contraer la infección, se pueden encontrar tres. El primer factor que convierte al paciente en huésped susceptible de infección consiste en que: “las personas hospitalizadas ya se encuentran en un "mal estado de salud", lo que afecta su defensa contra las bacterias” (boundless-microbiology, s.f.), aunado a la inmunodeficiencia generada por los medicamentos.

El segundo factor hace relación a que “Los dispositivos invasivos, por ejemplo, tubos de intubación, catéteres, drenajes quirúrgicos y tubos de traqueotomía, evitan las líneas naturales de defensa del cuerpo contra los patógenos y proporcionan una ruta fácil para la infección.” (boundless-microbiology, s.f.).

Y, por último, “Los tratamientos de los pacientes pueden dejarlos vulnerables a la infección: la inmunosupresión y el tratamiento antiácido socavan las defensas del organismo, mientras que la terapia antimicrobiana (eliminando la flora competitiva y dejando solo organismos resistentes)” (boundless-microbiology, s.f.)

Finalmente, las formas de transmisión de infección nosocomial se pueden sintetizar de la siguiente manera. La primera y más frecuente, ocurre por contacto directo. Este tipo de transmisión se origina cuando;

Las gotitas que contienen microbios de la persona infectada se impulsan a una corta distancia a través del aire y se depositan en el cuerpo del huésped; Las gotitas se generan a partir de la persona de origen principalmente al toser, estornudar y hablar, y durante la realización de ciertos procedimientos, como la broncoscopia. (boundless-microbiology, s.f.)

La segunda, denominada transmisión por vehículo “se aplica a los microorganismos transmitidos al huésped por elementos contaminados, como alimentos, agua, medicamentos, dispositivos y equipos.” (boundless-microbiology, s.f.).

La tercera es la transmisión por vectores la cual “ocurre cuando vectores como mosquitos, moscas, ratas y otras alimañas transmiten microorganismos”. (boundless-microbiology, s.f.)

Y por último la transmisión indirecta, que “implica el contacto de un huésped susceptible con un objeto intermedio contaminado, generalmente inanimado, como instrumentos, agujas o vendajes contaminados, o guantes contaminados que no se cambian entre pacientes”. (boundless-microbiology, s.f.)

Análisis Jurídico

Una vez efectuado el análisis científico de la infección nosocomial, es necesario indagar el tratamiento que ha recibido en el derecho comparado y en el derecho colombiano, a efectos de establecer el tipo de responsabilidad que los diferentes Estados han derivado en cabeza de los entes médicos, en el momento en que se verifica que el paciente ha adquirido este tipo de afección. Para llevar a cabo esta tarea, se tomará como referencia el tratamiento que el derecho Español, Argentino y especialmente el Francés, han ofrecido a la problemática de la infección nosocomial que sirvieron de base en la elaboración de esta investigación, por su profundidad y evolución; además de ser guías permanentes para nuestras altas corporaciones. Vale la pena resaltar, la influencia que el derecho francés ha tenido en nuestro derecho de daños, por cuanto, la elaboración de las diferentes instituciones que estructuran la teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico Colombiano, ha sido fruto de su recorrido a

través de la doctrina y la jurisprudencia francesa. Por ello la importancia al abordar un análisis detenido del tratamiento que le ha dado el derecho galo a este efecto adverso.

La Responsabilidad Derivada de la Infección Nosocomial en el Derecho Español

En el derecho español, en una primera etapa los tribunales partiendo de la carga dinámica de la prueba consagrada en la ley de enjuiciamiento civil en el artículo 217.6 (Artículo 167 Código General del Proceso colombiano), optaron por invertir la carga de la prueba, y, por ende, era al ente sanitario al que le correspondía la carga de demostrar el consentimiento informado al paciente y la adopción de las medidas de prevención a fin de evitar las infecciones nosocomiales. Así en sentencia del 22 de noviembre de 2010 citada por la profesora Bibian Cabedo Arce, el tribunal supremo señala:

Nuestra jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Aplicándola en el presente caso, en el que la actora ha probado la existencia de la infección y ha negado la prestación de un consentimiento informado a la intervención quirúrgica que le fue practicada, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la *lex artis*, aportando los documentos justificativos de que se informó a la paciente de los riesgos de la intervención y de que recabó su consentimiento, así como que adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene

la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta, cosa que no ha hecho.” (Arce, enero-junio 2015. 133-156).

Es decir, en esta primera etapa, si bien se invertía la carga de la prueba, el ente sanitario se exoneraba demostrando ausencia de culpa. En otras palabras, le bastaba demostrar que había tomado todas las medidas que estaban a su alcance para evitar que el paciente contrajera la infección, para exonerar de responsabilidad. Por lo que el tribunal español consagraba una típica obligación de medios en cabeza de la clínica. Como se verá **más** adelante, esta es la posición actual de la Sala Civil de la Corte Suprema en Colombia.

En una segunda etapa y producto de una interpretación realizada al artículo 141 de la ley 30 de 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) que estipula: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”, la jurisprudencia varió diametralmente su posición, y optó por la responsabilidad objetiva en eventos de infección nosocomial. En efecto, con fundamento en la norma antes relacionada, sólo permite la exoneración del ente hospitalario si se demuestra la existencia de una causa extraña o demostrando que la infección nosocomial adquirida por el paciente era de aquellas de imposible previsión debido a que la evolución de la ciencia médica no la ha permitido identificar.

Así en sentencia del 2008, la sala de lo contencioso administrativo de Murcia razonó de la siguiente manera:

Tampoco cabe apreciar la concurrencia de la circunstancia exonerante de la fuerza mayor (SS TS (3.a) de 4 Mar. 1983, 10 Nov. 1987, 3Nov. 1988, 11 Jul. 1995, 11 Sep. 1995, 30 Sep.1995, 18 Dic. 1995, 6 Feb. 1996, 26 Feb. 1998,11 May. 1999, 31 May. 1999) ya que no se ha probado que la infección viniera irresistiblemente determinada por una causa exterior al funcionamiento del servicio sanitario en la concreta prestación quirúrgica que no se hubiera podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica entonces existentes. Teniéndose apreciado por la jurisprudencia citada que, cualquiera que sea el grado de previsibilidad sobre la existencia o no de gérmenes nocivos que inopinadamente pudieran ser inoculados durante la actuación médica, su presencia en el establecimiento sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo de la persona paciente... no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud” (Arce, enero-junio 2015. 133-156).

En ese mismo sentido, la sala de lo contencioso administrativo de Asturias en 2013 expresó:

Como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada el día 8 de mayo, la recurrente contrajo una infección nosocomial por estafilococo de la que la demandada pretende eximirse en base a la afirmación de haber observado las adecuadas medidas desinfección hospitalarias, así como la apropiada profilaxis antibacteriana media hora antes de la citada intervención. Para solventar esta segunda cuestión hemos de reiterar

aquí la doctrina que esta Sala ha expuesto en resoluciones precedentes, entre las que podemos citar la Sentencia de fecha 12-5-2011, entre otras, en las que manifestamos que este tipo de infección se produce cuando se rompe la cadena de asepsia de tal modo que aunque las medidas generales observadas por el Servicio de Prevención sean correctas, ha de considerarse que, si surge la infección, es que no se llevaron a cabo de forma estricta o que la presencia de gérmenes en el establecimiento sanitario y su entrada en el organismo del paciente no son acontecimientos extraños al funcionamiento del Servicio y excluyentes, en consecuencia, de responsabilidad por causa de fuerza mayor; (Arce, enero-junio 2015. 133-156).

En síntesis, se puede concluir que el derecho español ha incursionado en la responsabilidad objetiva derivada de una obligación de resultado, materializada en la asepsia de las instalaciones, instrumentos y equipo médico de la institución. Sin embargo, introduce un elemento novedoso en cuanto a la exoneración del ente hospitalario diferente a la causa extraña, y es el relacionado con la no previsibilidad de la infección cuando científicamente la bacteria sea desconocida para el mundo médico. Es la aplicación del riesgo de desarrollo en la obligación de seguridad intrahospitalaria, esto es, el paciente asume el riesgo del desconocimiento científico acerca de un asunto determinado.

La responsabilidad Derivada de la Infección Nosocomial en el Derecho Francés

En una primera época, la Corte de casación francesa, en sentencias del 21 de mayo de 1996 y 16 de junio de 1998, impuso a cargo de las clínicas:

Una presunción de culpa en caso de infección nosocomial contraída por el paciente en la sala de operación. La víctima estaba exonerada, de este modo, de aportar la prueba de una culpa de asepsia a cargo de la clínica. Sin embargo, se desprendía de responsabilidad por

la prueba de la ausencia de culpa, es decir, por la prueba de haber suficientemente procedido a la esterilización y descontaminación. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 530).

Es decir, la obligación de seguridad en este estadio era analizada como una obligación de resultado atenuada, como la ha denominado la doctrina.

En un segundo momento, y a partir del 29 de junio de 1999, operó un cambio de postura de la corte de casación para establecer que la obligación de seguridad del centro hospitalario en relación con una infección nosocomial era de resultado. En aquella ocasión la Corte expresó:

El contrato de hospitalización y de tratamientos celebrado entre un paciente y un establecimiento de salud, pone a cargo de este último, en materia de infección nosocomial, una obligación de seguridad de resultado por la cual no puede liberarse sino aportando la prueba de una causa extraña” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 531).

En esta misma sentencia, la Corte extendió los efectos de la obligación de resultado al médico, basándose en que:

El deber de asepsia es una obligación fundamental de los médicos y el principio igualmente fundamental de su independencia profesional inalienable no le permite ampararse detrás de la acción o inacción de la clínica del establecimiento de salud donde ellos ejercen para pretender exonerarse de su propia obligación. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 532).

En sentencia del 27 de marzo de 2001, la corte de casación francesa precisó que el paciente ostenta la carga de la prueba de demostrar que la infección padecida tiene el carácter de nosocomial. Es decir, “pertenece al paciente probar que la infección presenta un carácter

nosocomial, en otras palabras, que ella ha sido contraída en un establecimiento de salud donde le han sido practicados los respectivos tratamientos. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 532) .

Lo anterior significa que el paciente tiene la carga de demostrar el nexo de causalidad entre la intervención y la infección. Sin embargo, esta prueba en muchas ocasiones es difícil de aportar para el paciente, debido al carácter técnico de la misma. Esa es la razón por la cual, es más beneficioso para la víctima presumir que si padece una infección y estuvo en calidad de paciente en una clínica, la infección tiene el carácter de nosocomial. Ello la liberaría de un aporte de prueba técnica, que en la generalidad de los casos no se encuentra en capacidad de demostrar.

Con fundamento en este precedente jurisprudencial, se promulgó en Francia el Código de la sanidad pública, el 4 de marzo de 2002, conocida como la ley Kouchner, y cuyo artículo L1142-1 preceptuó: “Los establecimientos, servicios y organismos en los cuales son realizados actos de prevención de diagnóstico o de tratamientos, serán responsables de los daños que resulten de infecciones nosocomiales, salvo si aportan la prueba de una causa extraña”. De este modo quedó positivizada en el derecho francés, la obligación de resultado a cargo del hospital derivada de una infección nosocomial, suprimiéndola en cabeza del médico quien, en adelante, sólo podrá ver comprometida su responsabilidad, si existe una culpa probada por la víctima.

A partir de la expedición de este Código se profirieron dos importantes sentencias por la Corte de Casación, en relación con las características de la infección nosocomial y la obligación de información del médico al paciente. En efecto, en sentencia del 4 de abril de 2006, la corte estima que la obligación de resultado:

No está limitada únicamente a las infecciones de origen exógeno, sino que igualmente se extiende a las infecciones de carácter endógeno. Es el caso de las infecciones que, sin ser transmitidas por el personal, el material utilizado o por otro paciente, resultan de

gérmenes ya presentes en la piel o en las mucosas del paciente y que devienen en patógenas con ocasión del acto quirúrgico que las hace migrar. (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 536) . Es decir, la Corte de casación le otorga el carácter de nosocomial a infecciones que pudo haber contraído el paciente con anterioridad a la intervención quirúrgica, pero que se catalizan en el organismo como consecuencia de ella.

De otro lado, en sentencia del 8 de abril de 2010, la corte de casación amplía el contenido de la obligación de información del médico al paciente, debiendo incluir los riesgos nosocomiales. Según la Corte:

Al pronunciarse de este modo, en presencia de un riesgo de infección nosocomial científicamente conocido como era en relación con este tipo de intervención, fundamentarse sobre la sola ausencia de culpa del médico en la realización de aquel para determinar el contenido de su deber de información, la corte de apelación ha violado el artículo 1147 y L1111-2 del Código de la sanidad pública” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 538). Lo anterior implica que la información suministrada por el médico debe contener no solo los riesgos graves y frecuentes que pueden materializarse en la cirugía, sino también las infecciones nosocomiales que pueda contraer el paciente durante la intervención.

Finalmente, el mismo Código de la sanidad pública creó la Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos (ONIAM), esta oficina cumple una función subsidiaria en eventos de infecciones nosocomiales. En efecto, sino prospera la demanda del paciente en contra del establecimiento de salud, al liberarse de su responsabilidad demostrando la existencia de una causa extraña, este fondo asumirá el valor total de la indemnización de perjuicios causados a la víctima. De igual modo, una ley promulgada el 30 de diciembre de 2002, estableció que si un

paciente fallecía producto de una infección nosocomial o se le causaba una incapacidad permanente superior al 25%, el fondo de solidaridad nacional asumiría el monto de los perjuicios. Es decir que la víctima en estos dos casos – muerte e incapacidad superior al 25%- “pueden elegir actuar sea contra el fondo de solidaridad nacional, sea contra el establecimiento de salud responsable de la infección” (Larroumet M. B.-G., 2012, pág. 541).

Infección nosocomial en el Derecho Argentino

El derecho argentino ha pasado por diferentes estadios en relación con la infección nosocomial. En una primera época se exigió la culpa probada de la institución hospitalaria, así en sentencia del 29 de septiembre de 2004 proferida por la sala civil y comercial, indicó:

Es procedente la demanda por daños y perjuicios incoada contra el hospital en el cual el actor fue internado quirúrgicamente, si su prótesis de cadera debió ser retirada como consecuencia de una infección operatoria, habiendo quedado acreditado que la omisión del tratamiento adecuado en la etapa posoperatoria configuró causa eficiente del daño, en tanto del defectuoso cumplimiento del control posterior a la operación constituye una hipótesis de mala praxis médica. (Prévôt, 2012, pág. 261).

Posteriormente la jurisprudencia acudió a la culpa presunta, relevando al paciente de esta carga probatoria, empero, la clínica podrá liberarse demostrando diligencia y cuidado. En sentencia del 03 de marzo de 2005, la Sala civil manifestó: “probada la infección hospitalaria cabe presumir la culpa del médico u hospital en la producción de aquella, pero éstos se liberarán si demuestran haber actuado con diligencia” (Prévôt, 2012, pág. 262).

Finalmente, la sala civil llegó a la conclusión que la infección nosocomial contraída por el paciente en el ente hospitalario generará una responsabilidad objetiva en cabeza del deudor,

quien solo podrá exonerarse demostrando una causa extraña. En sentencia del 21 de julio de 2006, la Corte preceptuó:

Corresponde hacer lugar a una demanda por daños y perjuicios contra una clínica si se encuentra comprobado que la actora contrajo un germen intrahospitalario, pues, surge patente el incumplimiento por parte del ente asistencial de su obligación tácita de seguridad, siendo su responsabilidad objetiva y, por ello, resultando totalmente irrelevante su ausencia de culpa” (Prévôt, 2012, pág. 264).

La infección nosocomial en el derecho colombiano

Las posiciones del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en relación con la responsabilidad derivada de la infección nosocomial, son diametralmente opuestas.

Mientras que el primero se identifica con el régimen adoptado por el derecho comparado, esto es, por una responsabilidad objetiva derivada de una obligación de resultado, la Corte Suprema ha optado por una responsabilidad subjetiva basada en una obligación de medios.

En este acápite se analizará la postura asumida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, y en el siguiente, el criterio esbozado por la Corte Suprema en la sentencia SC-2202 de 2019, estructurando el grupo de sentencias con las que la Corte Suprema ha edificado la doctrina probable sobre la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización.

La Infección Nosocomial en la Jurisprudencia del Consejo de Estado

En una primera etapa, la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicó la teoría de la falla presunta, conforme con la cual, en aquellos casos donde se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones nosocomiales, la entidad demandada tenía la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia. Se trataba en consecuencia de una

obligación de resultado atenuada, y por consiguiente, el ente hospitalario se exoneraba demostrando diligencia y cuidado en la asepsia de las instalaciones de la clínica y pese a ello, el paciente contrajo la bacteria.

Así en sentencia del 22 de octubre y 6 de noviembre de 1997, preceptuó:

(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia. (...). Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que, en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico. (CP Carlos Betancur Jaramillo, 1997)

En una segunda etapa, el Consejo de Estado abandona el criterio de la falla presunta, incluyendo las infecciones intrahospitalarias, y toma partido por la demostración de la falla del servicio, argumentando que en no todos los casos era razonable exigirles a las entidades prestadoras del servicio de salud que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para exonerarse de responsabilidad. Así en sentencia de 31 de agosto de 2006 expresó que era necesario regresar al régimen de la falla en el servicio, como principio general de la responsabilidad del Estado en materia médica, constituyendo la prueba indiciaria un medio idóneo a fin de demostrar no sólo el nexo causal entre la actividad médica y el daño, sino que adicionalmente, una adecuada valoración del material probatorio incluyendo los indicios,

permitirá al juez solventar la desigualdad presunta entre pacientes o familiares para demostrar la prueba de la falla. Concluye la Sección Tercera, argumentando:

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa. (CP Ruth Stella Correa Palacio., 2006)

En una tercera etapa, a partir del año 2012 y mantenida hasta hoy ²¹, el Consejo de Estado abandona la teoría de la culpa probada para predicar la responsabilidad objetiva del hospital cuando un paciente es víctima de una infección nosocomial. Apoyada en el derecho

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, Exp. 26.124. 34 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2013, Exp. 28.483. 2006-01328/36565 de mayo 18 de 2017 Cp: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Consejo de Estado Sección tercera Subsección B Exp 39612 Cp: Stella Conto Diaz del Castillo

francés (Código de salud pública o ley Kouchner) y en la teoría del riesgo, la sección tercera llega a la conclusión que sólo la existencia de una causa extraña permite la exoneración del ente sanitario en presencia de una bacteria intrahospitalaria que afecte la salud del paciente.

Este viro jurisprudencial comienza con la Sentencia del 19 de abril de 2012, en la que el Consejo de Estado reconoce que el ámbito de la responsabilidad médica no es homogénea de manera inmutable. Es decir, existirán eventos en los que el paciente tendrá la carga de demostrar la culpa médica, mientras que en otros sólo la causa extraña permite la exoneración del ente hospitalario. En aquella ocasión manifestó:

En relación con la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración, debe señalarse que no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho en otras palabras, que es consecuencia de un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico. También la actuación o actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra. Y no podría ser de otra forma, porque el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla del servicio, sino el daño antijurídico. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que: Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya decantada en principio por la H. Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta

Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. (CP Hernán Andrade Rincón, 2012).

En desarrollo de esta teoría, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril de 2014, estableció que existen razones dogmáticas, normativas, filosóficas y científicas para deducir una responsabilidad objetiva derivada de las infecciones nosocomiales.

Razones dogmáticas

El fundamento dogmático lo halla el Consejo de Estado en la teoría del riesgo. Presentada a principios del siglo XX por un sector de la doctrina francesa encabezada por Josserand y Saleilles, ha sido el fundamento de la responsabilidad objetiva, y especialmente de la responsabilidad por el hecho de las cosas. Conforme con ella, quien ha tenido la iniciativa de una actividad deberá asumir los posibles daños que de ella resulten. Dentro de las principales variables de la teoría del riesgo se encuentran: riesgo-creado, riesgo-beneficio y riesgo-alea.

En la providencia citada, el Consejo de Estado se pronunció de esta manera acerca del fundamento dogmático:

La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias en efecto se encuentra apoyada por la teoría del riesgo en la modalidad de riesgo alea. Como se sabe, en esta teoría el que lo crea se le tiene por responsable o como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia, “el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa. La teoría corresponde a la idea de que, en la sociedad del riesgo, los remedios a los daños causados a las víctimas tienen un

fundamento más allá de la culpa del agente y presentan variables que van desde los seguros, la seguridad social y la adjudicación judicial, tal como se indicó en el fallo de agosto 29/2013. Ello no ha sido obstáculo para que sectores de la doctrina aún continúen considerando la responsabilidad sin culpa como un ideal legislativo. (CP Danilo Rojas Betancourth, 2014).

En cuanto al riesgo-alea, la corporación se refirió a él en sentencia 25 de septiembre de 2013 en aquella oportunidad indicó:

De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-alea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”. (CP Enrique Gil Botero., 2013)

Hasta ese momento, la aplicación de la categoría de riesgo-alea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, había sido aplicado para la responsabilidad generada por la utilización de aparatos en el diagnóstico de enfermedades o en la ejecución de actos médicos. Sin embargo, consideró la Sección Tercera del Consejo de Estado necesario ampliar el margen de aplicación de la teoría a las infecciones nosocomiales, por cuanto, en todas estas situaciones el daño surge por la materialización de un riesgo previsible para el ente sanitario, pero es irresistible un muchas ocasiones. Así las cosas, en el teoría del riesgo-alea, es la clínica quien crea ambiente propicio para contraer la infección por el paciente, y en consecuencia, su

responsabilidad será de carácter objetivo, cuya única forma de exoneración será la demostración que el paciente ya había contraído la bacteria cuando ingresó al hospital. (CP Enrique Gil Botero., 2013)

Razones normativas

En cuanto a este fundamento señala la Corporación:

La salud es un servicio público a cargo del Estado, y es su obligación prestarlo con calidad, directamente o a través de particulares. El daño que se ocasione a las personas con ocasión de su prestación deviene en una responsabilidad estatal que puede generarse por una acción u omisión, como cuando el servicio es deficiente o inexistente; pero también cuando sin que exista falla alguna, hay un daño, que en todo caso no tiene por qué asumir el paciente. Como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia especializada en el tema hablan en tales casos de responsabilidad objetiva, una de cuyas formas de expresión es el riesgo. La Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-alea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”. (CP Danilo Rojas Betancourth, 2014).

Razones científicas

A este respecto la Sección tercera indica:

Para la Sala es claro que las bacterias que causan las infecciones asociadas al cuidado de la salud –IACS- no pueden erradicarse totalmente y por ello su prevención es solo parcialmente posible. Incluso algunos procedimientos muestran mayor exposición a la colonización bacteriana que otros. Así, las bacteriemias asociadas a catéteres urinarios o a tubos orotraqueales suelen tener una menor tasa de prevención que cualquiera otras. Si a ello se suman factores inexorables en la prestación del servicio de salud, como el sitio operatorio, la duración del procedimiento o la complejidad del acto operatorio no cabe duda tanto del riesgo real asociado al servicio de salud, como de la imposibilidad de llevarlo a cero. Pero es eso justamente lo que caracteriza el riesgo: ninguno es posible preverlo totalmente. Sin embargo, los remedios no pueden ser el abandono de la actividad o servicio o el planteamiento de alternativas falaces. La conducción de vehículos, por riesgosa que sea no debe plantear la parálisis del desplazamiento vehicular masivo, ni la defensa ciudadana la prohibición del uso oficial de armas. Mucho menos la parálisis de un servicio básico y vital como la salud, por la existencia de bacterias multirresistentes en los hospitales. (CP Danilo Rojas Betancourth, 2014).

Razones filosóficas

Con total acierto, y considerando que es el argumento más sólido para fundamentar la responsabilidad objetiva derivada de la infección nosocomial, el Consejo de Estado se pregunta: “Quien debe asumir el riesgo en escenarios como los descritos?”

¿En la medida en que los seres humanos son portadores de bacterias susceptibles de translocación con ocasión de procedimientos diagnósticos o quirúrgicos, por tratarse de “bacterias ambientales”, se está ante un típico riesgo permitido o riesgo general de la vida?

“¿Cuál de las partes concernidas en la adquisición de infecciones intrahospitalarias debe asumir el riesgo: la fuerte o la débil? ¿La realización de este tipo de riesgo debe ser tolerado por considerar en general beneficiosa la atención en salud?” (CP Danilo Rojas Betancourth, 2014)

Para resolver este interrogante tres teorías han sido las acogidas para resolverlos. La primera a través del análisis económico del derecho, conforme con el cual, deberá optarse por la solución más eficiente y, por ende, en la que menos recursos se despilfarren. Así pues, conforme con esta teoría, la infección nosocomial deberá ser tomada como un riesgo socialmente permitido y asumido por el paciente, con lo que se preservará la eficiencia del sistema.

La segunda teoría denominada justicia correctiva, parte del supuesto que la función reparadora de la responsabilidad sólo entra a operar cuando existe de por medio un comportamiento culposo de quien ha generado el daño, por lo que se justifica la corrección del mismo a través de la indemnización. Todos aquellos eventos no culposos, se denominan marginales, y, por tanto, no se encuentran en la cobertura del sistema. En este orden de ideas, la infección intrahospitalaria sólo será objeto de indemnización, en la medida en que exista un comportamiento negligente del ente sanitario en la asepsia de las instalaciones. Demostrada su ausencia de culpa, el hospital se exonerará por cuanto no existe fundamento alguno para corregir su comportamiento.

La tercera es la denominada Justicia distributiva desarrollada por Jhon Rawls,²² de la cual el Consejo de Estado echa mano para resolver el interrogante. En su trabajo la profesora Alejandra Zúñiga-Fajuri analizando el pensamiento filosófico de Rawls, indica:

La igualdad sería el fin del procedimiento de la posición original. Su objetivo se logrará a través de la selección de principios de justicia que, de una u otra forma, preserven que, en la vida diaria y una vez que se ha develado el velo de ignorancia, la igualdad se manifieste en las reglas que definan el funcionamiento de las instituciones sociales. Esto quedaría definitivamente expresado en la selección de principios que garanticen la igual ciudadanía y la igualdad de oportunidades equitativas. Este es el conocido "primer principio de justicia" que abona que cada persona tenga derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales y compatibles con un esquema semejante de libertades para todos. Entre ellas destaca la libertad de pensamiento y de conciencia; libertades políticas, como el derecho al voto y el derecho a participar en política, y la libertad de asociación además de los derechos a la integridad física y psíquica de la persona. (Zúñiga-Fajuri, 2011. pp.191-211)

Así las cosas, el principio de justicia desarrollado por Rawls aplicado al derecho de la protección a la salud, propende por:

El establecimiento de un Sistema Sanitario que logre alcanzar el objetivo de mantener, restaurar o compensar por la pérdida del "funcionamiento normal de la especie". En esa línea, y para procurar la igualdad de oportunidades entre los individuos, el Estado debiera

²² Rawls, John (1971), A Theory of Justice, Oxford: Oxford University

garantizar a todos un mínimo sanitario que se ocupe de las desigualdades en el funcionamiento normal fruto de las enfermedades y discapacidades. (Zúñiga-Fajuri, 2011. pp.191-211).

Con fundamento en este concepto de justicia distributiva, el Estado debe asumir las desigualdades en el funcionamiento normal del sistema de salud, y no desplazarlas al paciente quien es la parte débil de este vínculo. Así las cosas, las infecciones nosocomiales quedarán cobijadas por este concepto, y el riesgo de las mismas deberá ser asumido por el hospital. El Consejo de Estado al desarrollar este concepto expone:

La justicia distributiva no es un monopolio de la política –aunque sí su principal escenario-sino también pasible de adjudicación, lo que a partir de Rawls no parece discutible. Este supuesto, además, parece encontrar asidero no solo en las prácticas judiciales más recientes en casos relevantes, sino también en una cierta concepción de la función del juez, a saber, aquella asociada a servirse del caso para motivar los avances de la política pública –en especial la preventiva- relativa al asunto concernido. Una conclusión posible para la responsabilidad por infecciones nosocomiales es la siguiente: la normatividad vigente en materia de responsabilidad y derecho a la salud –v.g. artículos 49 y 90 constitucionales-, con apoyo en la dogmática estándar –doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera-, permiten imputar al Estado el daño causado a personas afectadas por bacterias intrahospitalarias. Además de la justicia correctiva y el análisis económico del derecho, el derecho de daños encuentra justificación en la justicia distributiva, fundamentos todos en los que el juez puede apoyar sus decisiones. De hecho, en el presente caso se impartirán órdenes que reflejan aspectos jurídicos, morales y de eficiencia. (CP Danilo Rojas Betancourth, 2014)

Capítulo Seis

Doctrina Probable de la Corte Suprema de Justicia en Relación con la Obligación de Seguridad en Materia Hospitalaria

Antes de emprender el análisis de las sentencias proferidas por la Sala Civil de la Corte, que edifican su doctrina probable acerca de la obligación de seguridad en materia hospitalaria, es menester efectuar un estudio de esta institución en el ordenamiento colombiano y las implicaciones que tiene en la seguridad jurídica como manifestación primigenia del Estado de derecho.

Concepto de Jurisprudencia

La jurisprudencia en época del emperador Justiniano fue definida como “Divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia” que significa: la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo e injusto”. En palabras de la Sala Civil de la Corte, para Justiniano y sus intérpretes era la ciencia de lo justo o injusto, la ciencia de las cosas divinas y humanas, la ciencia de los jurisconsultos o jurisprudentes. El profesor Guillermo Cabanellas, citado por la Sala Civil de la Corte, la define “como el conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro de los textos positivos o en otras fuentes del derecho” (MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2014)

A su turno, la Sala Civil de la Corte, propuso su propia definición, como “la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, marco dentro del

cual algunos la refieren exclusivamente a las decisiones de las altas cortes, mientras otros, a la generalidad de los mismos.” (MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2014).

Así las cosas, la jurisprudencia como fuente formal del derecho, según las voces del artículo 230 de la Constitución política, permite la construcción teórica sobre una determinada institución jurídica, “para referirlo a la prudencia que debe tener el juez al momento de resolver conflictos jurídicos sometidos a su conocimiento” (MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2014).

Ahora bien, la jurisprudencia da origen a dos instituciones en el marco de nuestro ordenamiento jurídico: el precedente y la doctrina probable.

El Precedente Jurisprudencial

Tal y como lo enseña la Sala Civil de la Corte, el precedente es:

Una decisión relativa a un caso particular que es anterior y primera frente a otras decisiones y que fija reglas utilizables para otros casos sucesivos o posteriores, en forma persuasiva o vinculante; y como tales, susceptibles de ser universalizada para ser aplicada como criterio de decisión, dando identidad jurídica y unidad conceptual al ordenamiento jurídico. (MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2014). Esto significa que la decisión primitiva de un juez o tribunal debe ser acogida de manera vinculante por el propio juez o por jueces de menor jerarquía (precedente horizontal y precedente vertical).

Tal fuerza normativa tiene el precedente, que el artículo 7 del Código general del proceso, obliga al juez a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, cuando cambie de criterio en relación con casos análogos.

La Corte constitucional tuvo oportunidad de referirse al precedente ante una demanda de inconstitucionalidad del artículo 7 del Código General del Proceso. En esta sentencia la Corte

dividió el precedente en constitucional y judicial. En cuanto al primero, lo subdividió a su vez en sentencias de constitucionalidad y sentencias de tutela. Las decisiones de constitucionalidad tienen su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política, mediante las cuales se les otorga el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Es la denominada:

Cosa juzgada constitucional, de la que surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto. Por lo tanto, estas decisiones no constituyen criterio auxiliar de interpretación, sino de obligatorio acatamiento en el ordenamiento jurídico nacional. (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015).

En cuanto a las sentencias de tutela, a partir de 1995, la Corte constitucional estableció la obligatoriedad del precedente en estas providencias, indicando:

Las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o el contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar. (MP José Gregorio Hernández Galindo, 1995).

Esta posición ha sido reiterada desde entonces por la Corte constitucional. Así en posterior sentencia de tutela expresó:

Si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma. (MP Alejandro Martínez Caballero, 2000).

En cuanto al precedente judicial, la Corte en sentencia de constitucionalidad, refiriéndose a las decisiones de todos los órganos de cierre, afirma:

Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. (MP Humberto Antonio Sierra Porto, 2008).

Posteriormente, en una nueva sentencia de constitucionalidad, la Corte sostuvo que la fuerza vinculante de las altas Cortes se origina en su calidad de órganos de cierre, y en virtud de esta condición tiene el deber de unificar la jurisprudencia en sus jurisdicciones. Esta unificación permite uniformidad en la interpretación y desarrollar el principio de igualdad de trato a las personas a través de la fuerza vinculante de las decisiones (MP Mauricio González Cuervo, 2011).

Finalmente, la Corte Constitucional, establece las fuentes de donde proviene la fuerza normativa del precedente:

(i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son.

(ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación

(iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado

(iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial. (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015)

Doctrina Probable

La incorporación de la doctrina probable en Colombia proviene del derecho español (doctrina legal) y del derecho francés (jurisprudence constante). El artículo 4 de la ley 169 de 1896 la define como: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

La Corte constitucional (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001), tuvo oportunidad de referirse a la doctrina legal, probable o jurisprudencia constante, afirmando que es propia de los sistemas jurídicos legalistas o mejor conocidos como civil law, en donde la jurisprudencia es considerada

una fuente auxiliar, pues no tiene la capacidad de generar obligaciones generales y abstractas, sino que se limita a interpretar la ley en su aplicación. Adicionalmente, indica la Corte, dicha interpretación tiene un mayor o menor grado de autoridad, pero exclusivamente frente a los jueces de menor jerarquía en sus decisiones y no como normas obligatorias para la administración en general.

Difiere este sistema del common law, pues, en los países con esta tradición, enseña la Corte, la ley surge de los casos, case law. Es decir, la regla no surge de la interpretación de una ley, sino que se trata de la implementación de una regla para la solución de un problema concreto en que los hechos juegan un papel fundamental. Una vez estructurada la regla resulta de obligatorio cumplimiento, tanto para los jueces inferiores como para los tribunales que la expidan e incluso frente a la administración. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

La doctrina probable en Colombia fue incorporada en el artículo 4 de la ley 169 de 1896, en un texto similar al artículo 37 de la Ley 61 de 1886 de España, en los siguientes términos:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. (Ley 169 de 1896. Art. 4. Doctrina probable en Colombia.)

Así las cosas, resalta la Corte, (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015), que esta definición de la doctrina probable resulta coherente con un sistema legalista o *civil law* en que la jurisprudencia tiene un carácter indicativo, con un grado de autoridad en cuanto a fuente auxiliar de interpretación de las normas legales, pero no construye por sí misma reglas autónomas capaces de generar efectos propios, ni a nivel de derechos, ni a nivel de sanciones o recursos.

Fundamento Constitucional de la Doctrina probable

Pero fue en el año 2001 donde la Corte constitucional desarrolló inextenso la institución de la doctrina probable, ante una demanda pública de inconstitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896, al que finalmente encontró exequible con el orden superior.

En esa oportunidad, la Corte estableció que el fundamento constitucional de la doctrina probable se halla en el artículo 13 de la carta política (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001), allí señaló que la igualdad, no es sólo un principio vinculante para toda la actividad estatal, sino un derecho fundamental de las personas. De este principio surgen dos garantías, indica la Corte: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato de las autoridades. En la actividad judicial, esta igualdad de trato se ve reflejada, entre otros aspectos, en la interpretación en la aplicación de la ley.

Estas dos garantías, (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001), resultan indispensables para darle pleno sentido a la expresión “imperio de la ley” al cual están sometidos los jueces, conforme las voces del artículo 230 de la Constitución política. Ahora bien, en un sistema legislado como el nuestro, para atribuir consecuencias a un número indeterminado de conductas, se requiere de la formulación de normas generales, impersonales y abstractas, pero para que la ley cumpla su función normativa y tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales, se necesita de la interpretación judicial.

En este orden de condiciones, indica la Corte, “la función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001)

Es esta interpretación la que permite atribuirle al texto normativo un significado que le permita cumplir con los fines constitucionales. Es decir, no se trata de aplicar la norma automáticamente, es necesario que el juez la interprete conforme a la complejidad social, erigiéndose así en un integrador dentro del Estado de derecho (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

Fuerza normativa de la doctrina probable

En la pluricitada sentencia, la Corte Constitucional fija los fundamentos de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema. Estos fundamentos son:

1. Proviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria
2. De la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades
3. Del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado
4. Del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

Este último fundamento de autoridad manifiesta la Corte (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001) es el que permite a la Corte Suprema al edificar la doctrina probable, confrontar reiteradamente la doctrina judicial con situaciones sociales concretas y así formular de manera adecuada los principios que fundamentan su decisión. Sin embargo,

Dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001)

La seguridad jurídica

Una de las consecuencias más importantes que se derivan de la doctrina probable es la seguridad jurídica. Esta como lo afirma la Corte (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001), es la certeza que la comunidad jurídica tenga de que la misma Corte Suprema, o los jueces de inferior categoría van a decidir casos iguales de la misma forma. En consecuencia:

La previsibilidad de las decisiones da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

Así las cosas, concluye la Corte, (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001), otorgarle a cada juez la posibilidad de interpretar y aplicar el texto normativo a su libre criterio, impediría que las personas desarrollen libremente sus actividades, conduciría a la anarquía social, por cuanto, se estaría contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

Desde el punto de vista subjetivo, indica la Corte (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001), la seguridad jurídica se relaciona con el principio de la buena fe consagrada en el artículo 83 de la

Constitución Política, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones imprevisibles, en relación con su comportamiento anterior frente a la misma situación.

Apartamiento del precedente y de la doctrina probable

Tanto la sentencia C621 de 2015 y C836 de 2001, fijaron en qué condiciones específicas podía el juez apartarse del precedente o la doctrina probable. Indica la Corte, en primer lugar, que la doctrina probable de la Corte debe modificarse cuando exista un cambio de legislación, pues, de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

En segundo lugar, la Corte y los jueces pueden abandonar la doctrina probable elaborada, cuando opere “un cambio en la situación social, política o económica que podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales”. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

En tercer lugar, y quizás el aspecto más relevante para este trabajo de investigación, los jueces pueden dejar de lado la doctrina probable de la Corte Suprema cuando:

No exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales, frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la

jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema. (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001)

Como se examinará más adelante, al analizar las sentencias sobre las que la Corte Suprema edifica la doctrina probable en relación con la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización, éstas son imprecisas, contradictorias y más importante aún, no desarrollan de manera armónica esta institución conforme a los principios de la responsabilidad civil, lo que obligaría a los jueces, en un caso concreto, a interpretar el sentido genuino que se le debe dar a esta doctrina de la Sala Civil.

En efecto, de las cuatro sentencias sobre las que se erige la doctrina probable, sólo la proferida el 18 de octubre de 2005 con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar, resuelve el asunto sometido a conocimiento de la Corte conforme la teleología que llevó a la Corte de Casación Francesa a la creación de la obligación de seguridad. En las demás, no se profundiza sobre la naturaleza de la prestación del ente hospitalario, ni sobre su contenido. Equiparando el contrato de hospitalización como acto extramédico que es, a un acto médico stricto sensu, y sometiendo la obligación de hacer del deudor a la clasificación de medios o resultado con fundamento en el factor aleatorio, cuando esta indagación no es apta estando en presencia de un elemento esencial de la obligación del establecimiento clínico como se razonó en líneas precedentes.

En cuarto lugar, la Corte Constitucional señala que producto de la fuerza normativa generada por la doctrina probable, la carga argumentativa de los jueces inferiores es mucho más

exhaustiva que la correspondiente a la Corte Suprema para apartarse de sus propias decisiones cuando las considere erróneas (MP Rodrigo Escobar Gil, 2001).

En cuanto al apartamiento del precedente, la Corte Constitucional estableció las condiciones para su materialización por parte de los jueces:

- 1) El juez puede apartarse tanto de los precedentes horizontales como de los precedentes verticales; pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones claras y válidas para distanciarse de los precedentes vinculantes
- 2) Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.
- 3) Asimismo, la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión, “el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades

judiciales –sea este precedente horizontal o vertical, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe. (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015)

En síntesis, del análisis jurisprudencial anteriormente expuesto se desprende que, la doctrina probable ostenta fuerza normativa vinculante tanto para la misma Corte Suprema como para los jueces de inferior jerarquía, y sólo a través de una significativa carga argumentativa, éstos últimos podrán apartarse de ella. En este orden de ideas, la Corte Suprema al estructurar la doctrina probable sobre un aspecto de derecho, debe ser lo suficientemente cuidadosa para articularlo de manera coherente, sin dar la espalda a los principios que gobiernan la institución que pretende desarrollar, y así cumplir con una de sus funciones principales: la nomofilaquia, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Análisis de las Sentencias que Conforman la Doctrina Probable de la Corte Suprema en Relación con la Obligación de Seguridad Derivada del Contrato de Hospitalización

Son cuatro las sentencias que conforman la doctrina probable de la Corte, que, por su trascendental importancia para este trabajo, serán analizadas detalladamente a continuación.

Sentencia No. Numero de providencia: 0209. ID: 344797	Fecha: 12 de septiembre de 1985 Magistrado Ponente: Horacio Montoya Gil	Antecedentes El 12 de septiembre de 1985, la Sala Civil tuvo oportunidad de pronunciarse a raíz de la hospitalización de una paciente en un establecimiento clínico, con el fin de ser intervenida quirúrgicamente producto de una trombosis cerebral. Una vez finalizada la cirugía y encontrándose en la etapa de recuperación, presentó una desorientación témporo-espacial generando el abandono de la paciente de las instalaciones del instituto de salud, siendo atropellada por un vehículo automotor desconocido. Los funcionarios de la clínica solo informaron a los familiares de la desaparición de la paciente, dos días después. Siendo finalmente encontrada por ellos en las dependencias de medicina legal.
--	--	---

Presentada la demanda por las víctimas de rebote en contra del centro hospitalario, el juez de primera instancia accedió a las pretensiones y condenó a la clínica por el incumplimiento de las obligaciones de vigilancia y cuidado inherentes a la ejecución de la convención. Sin embargo, y presentado el recurso de apelación por la demandada el tribunal revocó la sentencia de primera instancia argumentando que:

No obra en el expediente prueba literal que dé cuenta de la existencia específica de la mencionada obligación a cargo de la entidad demandada. Se dice que la vigilancia y custodia que deben ejercer los establecimientos hospitalarios sobre las personas que, como pacientes, ingresan a ellos, son elementos de la naturaleza del contrato celebrado entre estos y aquéllos, que, como tales, se entienden incorporados a la convención sin necesidad de una estipulación expresa de las partes (Art. 1501 C. C.).

Decisión de la Corte

Interpuesto el recurso extraordinario de casación la corte decidió no casar la sentencia señalando que si bien es cierto en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume una obligación de seguridad, esta constituye un *accidentelia negotti* y por tanto, sólo mediante pacto expreso entre los cocontratantes puede exigirse su cumplimiento. En ese sentido, única y exclusivamente cuando quien requiera la hospitalización sea un enfermo con afecciones mentales, la obligación de seguridad se incorporará al cuadro obligacional del establecimiento psiquiátrico, pues, en tal caso la causa no es solo el tratamiento sino la seguridad personal. (MP Horacio Montoya Gil, 1985)

Olvida la Corte en esta decisión, que la obligación de seguridad implica velar por la integridad física del paciente, independiente si es psiquiátrico o no, es decir, el cuidado y vigilancia son elementos de la esencia del acto jurídico de hospitalización, no se entiende cómo se puede velar por la integridad física del acreedor en esta clase de contratos, sin cuidado y vigilancia. Con este razonamiento de la Corte, el núcleo de la prestación queda desprovisto de contenido. Por lo tanto, en el caso examinado, la sentencia debió ser casada, toda vez que la clínica no aportó la prueba de una causa extraña que desvirtuara el nexo causal entre su incumplimiento a la obligación de seguridad y la muerte de la paciente.

El Consejo de Estado, hace alusión a esta sentencia de la Corte y cita al profesor Jorge Santos Ballesteros, quien sobre esta decisión explica:

Es ciertamente incomprensible la doctrina sentada por la Corte Colombiana[...] No se observa razón jurídica alguna para establecer una diferencia sustancial entre la obligación de seguridad y la obligación de cuidado y vigilancia. El paciente y sus familiares se

confían plenamente a la competencia y profesionalismo de los establecimientos clínicos cuando celebran el contrato de hospitalización[...] Si el paciente sometido a una intervención quirúrgica pierde su lucidez y se causa una herida o, como en el asunto debatido, huye del sanatorio, es evidente la falta de cuidado, y de competencia en el cumplimiento de la obligación asumida, aún más agravado si el establecimiento conocía de las intenciones de la paciente. En estos supuestos, solo podría predicarse la irresponsabilidad del sanatorio si la pérdida de lucidez del paciente constituye en sí mismo un riesgo imprevisto. Pero de ninguna manera puede absolverse al establecimiento clínico afirmando que dicha obligación de cuidado debe estipularse cuando no se trata de un enfermo mental[...] En juego están intereses vitales, la salud, la vida, la seguridad personal, que deben ser tenidos en cuenta para imponer a los establecimientos clínicos deberes rigurosos[...] Los deberes jurídicos puestos de presente, el de seguridad, el de cuidado personal, integran así el contenido de la prestación contractual de hospitalización, cuyo incumplimiento genera la obligación indemnizatoria correspondiente[...] Sin duda alguna, si en estos supuestos el daño ocasionado fuere consecuencia de la fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o hecho del tercero, no se darían los supuestos de la responsabilidad civil. (CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2000)

Sentencia No. SC-003 de 1993	Fecha: 01 de Febrero de 1993 MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss	Antecedentes El 01 de febrero de 1993, llegó a conocimiento de la Sala Civil un evento en el cual una paciente siquiátrica fue ingresada a un centro hospitalario especializado para esta clase de afecciones. Una vez recluida allí, la paciente ingresa a la ducha, sin asistencia, y al activar el agua caliente, se le generan graves quemaduras que la llevaron a la muerte. Las víctimas indirectas iniciaron el respectivo proceso en contra del centro hospitalario, siendo desestimadas las pretensiones en primera y segunda instancia, por aspectos de forma en el proceso.
-------------------------------------	---	--

Decisión de la Corte

La Corte al resolver el recurso de casación, refiriéndose a la obligación de seguridad en pacientes siquiátricos comienza explicando que no existe duda alguna en que la obligación de seguridad en estos casos no requiere pacto de expreso de las partes para entenderse incorporada a las obligaciones del deudor junto con el deber de custodia. Agrega que la obligación del establecimiento siquiátrico se traduce en vigilar al paciente con el grado de diligencia que las circunstancias lo ameriten, especialmente por la clase de enfermedad que padezca el paciente y la probabilidad de causarse daño en su integridad. (MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss , 1993).

Al establecer el factor de atribución, una vez generado el daño en la integridad corporal del paciente, la Corte indica que en este caso opera una responsabilidad con culpa presunta, cuya exoneración a cargo de la institución podría darse desde dos aspectos: el primero desvirtuando la presunción, esto es, acreditando que ejecutó correctamente el acto o serie de actos en aras de propender por la seguridad del paciente. Y el segundo, desvirtuando el nexo causal, a través de una causa extraña. (MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 1993).

Y finalmente para referirse a la posibilidad que la paciente sufriera las quemaduras que ocasionaron su muerte, la Corte señala que éstas tenía el carácter imprevisible, por cuanto se trataba de un riesgo que no era suficientemente probable a fin de tomar alguna medida para evitar su producción. Y concluye:

Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay por qué prever lo que es excepcional..." (G.J.T. LIX, pág. 443). (MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 1993).

Varios comentarios merecen la decisión anterior: En primer lugar, obsérvese que, en la primera sentencia analizada, la Corte aseveraba que solo en presencia de pacientes siquiátricos existía obligación de vigilancia y cuidado, y en el asunto sub-examine, se trata efectivamente de un paciente siquiátrico cuyo daño se ocasionó por incumplimiento de la obligación de seguridad por parte del ente hospitalario, sin embargo, la corte no casa la sentencia.

En segundo lugar, cuando la Corte establece una presunción de culpa en cabeza del establecimiento siquiátrico, le permite a éste exonerarse demostrando diligencia y cuidado, cuando el análisis en este tipo de contratos debe circunscribirse a la causa extraña como factor único liberador de responsabilidad, e inclusive, la responsabilidad objetiva que surge en esta clase de vínculo contractual es de resultado reforzada. Por cuanto, el hecho exclusivo de la víctima como modalidad de la causa extraña, no permite liberar al deudor al no configurarse la imprevisibilidad, elemento estructurante de la causa extraña. Es totalmente previsible para esta clase de establecimientos, que un paciente intente hacerse daño debido a su condición médica, y por tanto, el hecho de la víctima no le permitiría una exoneración plena al deudor.

Finalmente, indica la Corte que el hecho dañoso era imprevisible para el centro hospitalario y por ende fuente de exoneración contractual. De esta conclusión no surge con claridad, si se refería a la imprevisibilidad como elemento que desvirtúa la culpa del deudor, como factor determinante para edificar la causalidad del asunto acudiendo a la teoría de la adecuación o como factor estructurante de la causa extraña. Si lo utilizó en referencia al primero, debió efectuar el análisis de la culpa en abstracto, que es el modelo acogido por la misma Corte para determinar si un deudor o un responsable extracontractual, actúa de manera culposa o no, en el que la imprevisibilidad no juega un rol fundamental. En este análisis el juez ubica un prototipo en las mismas circunstancias del deudor, con sus mismas calidades y características, para así determinar cómo se hubiera comportado al momento de ejecutar la prestación.

Si lo efectuó en relación con el segundo, en el caso concreto no se materializaba la imprevisibilidad, pues, al tratarse de una paciente psiquiátrica, era totalmente previsible para el establecimiento de salud que éste pudiera causarse daño a sí misma en cualquier momento. Esa es precisamente la causa de la reclusión, que una clínica especializada evite la producción de estos eventos.

Finalmente, si lo empleó en relación con el segundo concepto, la imprevisibilidad es solo uno de los factores que estructuran la causa extraña. En efecto, para que esta forma de exoneración se verifique, debe reunir 3 características: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. Estos elementos son acumulativos, no disyuntivos, motivo por el cual el análisis de la Corte fue exiguo. Con la sola imprevisibilidad, en consecuencia, no era suficiente para acreditar la existencia de la causa extraña, máxime si en pacientes psiquiátricos el hecho de la víctima no ostenta el carácter de imprevisible.

En conclusión, el análisis efectuado por la Corte fue equivocado. En tratándose de un efecto adverso ocasionado a una paciente al interior de un establecimiento psiquiátrico, era indudable que en cabeza de este último existía una obligación de resultado de impedir cualquier clase de daño en la integridad personal del acreedor, por cuanto, la estructura y los recursos con los que contaba el deudor lo calificaban plenamente para garantizar el resultado. En ese orden de ideas, la Corte debió verificar si se reunían los elementos de la causa extraña, como único medio de defensa que permitía al hospital liberarse de responsabilidad, excluyendo el hecho exclusivo de la víctima, como se explicó anteriormente. Sin embargo, el examen realizado por el alto tribunal fue corto, pues, solo verificó la existencia de uno de los elementos de la causa extraña, desestimando las pretensiones de la parte demandante y no casando la sentencia.

<p>Sentencia No. SC-259.2005</p>	<p>Fecha: 18 de octubre de 2005</p> <p>Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena</p>	<p>Antecedentes</p> <p>El 18 de octubre de 2005 la sala civil de la Corte se pronunció sobre el siguiente evento que llegó para su estudio: El médico de cabecera de un paciente, le ordenó practicarse un estudio tomográfico de senos nasales como examen de rutina por una alergia que padecía. El paciente llegó por sus propios medios a la clínica, y una vez el personal de enfermería lo preparó, le fue practicado el examen de diagnóstico respectivo. Finalizada la tomografía, el paciente intentó ponerse en pie, sin embargo, producto de un fuerte mareo perdió el equilibrio fracturándose dos vértebras cervicales. Luego de las cirugías correspondientes, el paciente falleció 20 días después como consecuencia de las complicaciones sufridas a raíz de la caída.</p>
---	---	---

Incoada la respectiva demanda por las víctimas indirectas, tanto el juez de primera instancia como el tribunal, desestimaron las pretensiones, por cuanto, el mareo sufrido por el paciente era imprevisible para la clínica. Interpuesto el recurso extraordinario de casación la

Corte procedió a desatarlo, advirtiendo, como se indicó anteriormente, que este pronunciamiento es el que mejor desarrolla la teoría de la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización.

Decisión de la Corte

Comienza el análisis el alto tribunal definiendo la obligación de seguridad, al respecto señala:

No son pocos los contratos que presuponen la existencia de una “obligación de seguridad” a cargo de una de las partes, en virtud de la cual el deudor está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado, es decir, para definirla con palabras de la Corte, aquella por la cual “una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes- al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil” (MP Pedro Octavio Munar Cadena , 2005)

Ahora bien, al analizar los criterios que permiten establecer cuando la obligación del deudor es de medios o de resultado, cuando ni la ley ni las partes lo han establecido, la Corte indica que deberán tomarse en cuenta ciertas pautas, como la aleatoriedad del fin perseguido por el acreedor. Es decir, si alcanzar el resultado pretendido depende única y exclusivamente de la actividad del deudor y su diligencia, se estará en presencia de una obligación de seguridad determinada o de resultado, dadas las circunstancias mínimas azarosas que pueden frustrar el

propósito del acreedor. Si por el contrario, pese a la conducta diligente y prudente del deudor, la consecución del interés del acreedor está rodeado de riesgos que pudieran impedir su obtención, se estará en presencia de una obligación de seguridad de medios. (MP Pedro Octavio Munar Cadena , 2005)

Otra pauta que deberá tenerse en cuenta al momento de establecer el contenido de la obligación, es la participación más o menos activa del acreedor en la ejecución de la prestación por parte del deudor. Conforme lo preceptúa la Corte, si el acreedor desempeña un papel eminentemente activo, el control del deudor sobre su integridad personal disminuye, y en consecuencia, su obligación será de medios. Por el contrario, si el papel desempeñado por el acreedor es totalmente pasivo, el control del deudor sobre él sube de punto y por ende las probabilidades de velar por su integridad aumentan, generándose una obligación de resultado.

Y especifica la Corte:

En todo caso, valga la pena subrayarlo, suele decirse que, si la obligación de que se trate no es susceptible de una graduación “de más o de menos”, no puede concebirse como de mera prudencia y diligencia. En fin, dada la innegable dificultad de elaborar soluciones dogmáticas generales y abstractas e, inclusive, la de establecer un criterio único o uniforme, corresponderá al juzgador analizar las particularidades de cada caso con miras a adoptar cualquiera de tales pautas que considere idónea para distinguir si la obligación de seguridad a cargo del deudor contiene únicamente un deber genérico de diligencia o, por el contrario, el de evitar cualquier accidente en el cumplimiento del contrato que lesione a la persona del acreedor o a sus bienes, todo esto, claro está, cuando las partes o la ley no lo señalen expresamente. (MP Pedro Octavio Munar Cadena , 2005).

Refiriéndose específicamente a la obligación de seguridad en el contrato de hospitalización, la Sala modifica el criterio esbozado por la Corporación en la sentencia de 12 de septiembre de 1985. En efecto, la Corte señala sin hesitación alguna que en el contrato de hospitalización:

El establecimiento contrae frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de custodia y vigilancia si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso se busca la propia seguridad personal” (MP Pedro Octavio Munar Cadena , 2005).

Al continuar con el análisis de la obligación de seguridad en el contrato de hospitalización, a fin de determinar si es de medios o resultado, la Corte expone:

Es palmario, por consiguiente, que hipótesis hay en las que el paciente confía enteramente su cuerpo al centro clínico u hospitalario en el cual se interna o al que encomienda la práctica de diversos exámenes, y para cuya realización queda notoriamente reducida su libertad de obrar y, por ende, es mínima o nula su intervención activa en los actos que al efecto ejecuta el establecimiento, a la vez que los accidentes que entonces ocurran no pueden concebirse como acontecimientos cotidianos o frecuentes que conduzcan a pensar que, no obstante el diligente empeño del deudor, la seguridad del examinado constituya un alea que escapa a su control, de frente a situaciones de esta índole, se decía, es preciso inferir que la entidad asistencial asume de manera determinada el compromiso de evitar que el paciente sufra cualquier accidente, obligación de la cual solamente puede exonerarse demostrando que el mismo obedeció a una causa extraña.

Por el contrario, ocasiones habrá en las que, dada la injerencia activa del usuario en los hechos, o la frecuente intervención de sucesos azarosos, la actividad no esté enteramente sometida al control de la institución, supuestos estos en los cuales, subsecuentemente, la obligación de ésta solamente se concreta en un deber de diligencia y prudencia.” (MP Pedro Octavio Munar Cadena , 2005) (subrayas fuera del texto)

Infortunadamente, la Corte no calificó en el asunto si la clínica-deudora había contraído una obligación de seguridad resultado frente al paciente, por no formar parte del recurso interpuesto por la parte actora. Adicionalmente casó la sentencia al encontrar demostrada una culpa probada en cabeza del centro hospitalario al no tomar ninguna medida de precaución a fin de evitar la caída del paciente luego del examen practicado.

Sin embargo, observada la teorización de la Corte, se advierte que en el contrato de hospitalización el paciente entrega su integridad física al deudor, por regla general no juega un papel activo en la ejecución del contrato, por lo que el alea de garantizar su integridad personal es exiguo, generándose en consecuencia una obligación de seguridad de resultado o determinada a cargo de la institución médica, conclusión que se compadece totalmente con la posición que se defiende en este trabajo de investigación.

Sentencia No. SC-2202 de 2019	Fecha: 20 de junio de 2019 Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco	Antecedentes Un miembro de las fuerzas militares al resultar herido por pisar una mina antipersonal fue trasladado al Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín. Allí fue atendido de las lesiones y una vez recuperado, fue dado de alta. Días después el paciente presenta un cuadro abdominal agudo, siendo internado en el mismo hospital donde se le detecta una torsión del intestino que impide la circulación de materia fecal y gases (vólvulos del yeyuno). Con este diagnóstico fue necesario intervenirlo de nuevo quirúrgicamente. En recuperación, el paciente presenta un cuadro de peritonitis fecal severa, por lo que debe ser intervenido nuevamente. Luego de esta cirugía, el paciente presentó un cuadro infeccioso detectándole las siguientes bacterias: Klebsiella pneumoniae, E. coli, Enterococo faescium, Pseudomona aeruginosa. Realizado el tratamiento respectivo, el paciente no logra recuperar su salud y fallece en el mismo establecimiento médico a raíz de un cuadro séptico abdominal.
--	--	---

Presentada la demanda por las víctimas indirectas, el juez de primera instancia desestimó las pretensiones por considerar que el hospital había actuado diligentemente y, por tanto, la muerte del paciente no era imputable al deudor. Interpuesto oportunamente el recurso de apelación, el tribunal superior de Medellín revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar condenó al ente hospitalario.

El tribunal al resolver el recurso hace referencia a la sentencia del 18 de octubre de 2005, expresando: “En otro precedente jurisprudencial que reproduce (sentencia del 18 de octubre de 2005) pone de presente el Tribunal que cuando el paciente confía su cuerpo al centro clínico, la entidad asistencial asume de manera determinada el compromiso de evitar que aquella sufra cualquier accidente, obligación de la cual solamente puede exonerarse demostrando que el mismo obedeció a una causa extraña”.

En cuanto a la infección nosocomial contraída por el paciente, el tribunal indicó:

Seguidamente a la responsabilidad por daños derivados de infecciones intrahospitalarias, punto que aborda de la mano de la sentencia del 29 de agosto de 2013 proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Consejo de Estado, en la que se considera que ese tipo de infecciones no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud, constituyen más bien un riesgo que puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la Administración, a más de que “el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Luego prosigue el tribunal en su análisis:

En lo que hace a la situación del centro asistencial demandado, distingue la obligación a su cargo, pues al paso que la del médico es de medios, la del hospital es de seguridad, en la que se reclama mayor exigencia para exonerarse de responsabilidad, según que el paciente haya realizado o no alguna conducta que lo torne partícipe en la producción del resultado dañoso, pues en tal caso, a la clínica le bastará demostrar diligencia y cuidado, al paso que no mediando participación del paciente en la producción del daño, pesará sobre el hospital la carga de probar una causa extraña, si es que pretende ser exonerado de responsabilidad. (f. 64 vto., c. 7). (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Y concluye:

La entidad hospitalaria demandada incumplió la obligación de seguridad que tenía para con su paciente, tanto al contraer este una infección hospitalaria que le deterioró la salud, como al desatender las órdenes médicas impartidas por los profesionales de los servicios

de UCI y UCE sobre su vigilancia respiratoria. Encuentra al Hospital demandado responsable sin que hubiese demostrado algún medio exceptivo, desconociendo tal carácter en aquellos que fueron propuestos en la contestación de la demanda pues fueron simples oposiciones a lo pretendido. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Con estos razonamientos el tribunal revoca la decisión de primera instancia, al encontrar probada, adicionalmente, una culpa en cabeza del hospital en el tratamiento de la infección del paciente que desencadenó en su muerte.

Si se observa con detenimiento el razonamiento del tribunal, este se compadece con la postura jurisprudencial planteada por la Sala Civil de la Corte en sentencia del 18 de octubre de 2005 y con la teoría expuesta en este trabajo en relación con la obligación de seguridad. En efecto, la obligación de resultado a cargo de la institución hospitalaria, en el asunto objeto de estudio, surgía para el deudor de dos vías: la primera, el paciente entregó totalmente su integridad física al cuidado del deudor, no jugó un papel activo en la ejecución del contrato que generara un aleas que impidiera garantizar el cumplimiento del resultado al hospital, y en segundo lugar, la infección nosocomial genera una responsabilidad objetiva a cargo del ente médico, por ser un riesgo creado por la misma institución médica, que el paciente no tiene el deber jurídico de soportar. Conforme lo preceptúa el derecho francés y la sección tercera del Consejo de Estado en sentencias reiteradas desde el año 2012.

Es decir, el hospital sólo podía exonerarse demostrando causa extraña, la cual no acreditó y por el contrario, el ad-quem verificó la existencia de una culpa probada en su actuar siendo causa sine qua non de la muerte del paciente.

Decisión de la Corte

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el demandado, la Corte comienza su análisis basándose en la sentencia de 01 de febrero de 1993, afirmando que la entidad médica tiene a su cargo una obligación de seguridad consistente en tomar las medidas necesarias procurando que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del contrato. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019)

Esta obligación indica la Corte implica:

La implementación y mantenimiento de medidas dirigidas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo su inspección, vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte adecuado de enfermos, dotación infraestructural apropiada, métodos de limpieza y esterilización, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas, identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras variables. Deberes todos positivos que coadyuvan en el logro de un non facere: que el paciente no sufra ningún accidente. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Al establecer si la obligación de seguridad en el contrato de hospitalización era de medios o resultado, señaló:

C. Obligación de seguridad de medio o de resultado. - A esta clase de obligación se la ha identificado como de resultado, a tal punto que algunos consideran tal connotación como de su esencia para que cumpla la finalidad tuitiva que le es propia (Ordoqui, Gustavo,

buena fe contractual, 2ª ed., Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, página 389). No obstante, tal afirmación no puede hacerse en forma categórica o absoluta, cual, si fuese un dogma, menos en tratándose de agentes patógenos cuyo control eficaz ha fracasado hasta la fecha a nivel mundial, de donde resulta evidente que la aleatoriedad del resultado indeseado de que el paciente adquiera una enfermedad intrahospitalaria constituye un evento que puede escapar al control de la entidad nosocomial. Es pues, doctrina probable de esta Corporación, entender que la obligación de seguridad a cargo de centros de salud y hospitales, es dable subclasificarla en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados. En principio y de acuerdo con los estándares técnicos y científicos exigibles a la entidad, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que su paciente no adquiera en su recinto enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Como puede observarse, la construcción doctrinal y jurisprudencial desarrollada alrededor de la obligación de seguridad en el contrato de hospitalización, fue desechada por la Corte en esta sentencia, al prescribir que la obligación derivada de este contrato es de medios, dada la aleatoriedad e imposibilidad de controlar de riesgos por parte del deudor.

Así, se contraría lo dispuesto en la sentencia del 18 de octubre de 2005, en la cual se establecía que si en el contrato de hospitalización el paciente no jugaba ningún papel activo en su ejecución y su integridad física se entregaba al ente hospitalario, la obligación de este último será de resultado. Y en relación con la infección nosocomial, manifiesta que la obligación derivada de aquella es de medios, pues, se trata de un evento que escapa al control de la entidad médica. En

contravía de la teoría que el derecho comparado ha desarrollado sobre esta infección, acogida por el Consejo de Estado, en el entendido que la infección nosocomial es un riesgo generado por el mismo hospital, y por el cual no puede liberarse, salvo que demuestre la causa extraña.

Si bien la Corte no casa la sentencia, por encontrar acreditada la culpa del hospital, la ratio decidendi no es congruente con la naturaleza jurídica de la obligación a cargo del deudor en este tipo de actos jurídicos, ni con la elaboración teórica realizada en torno a la obligación de seguridad.

Aclaración de Voto

Magistrado Ariel Salazar Ramírez

El magistrado Ariel Salazar quien para ese momento integraba la Sala Civil de la Corte, presentó un contundente salvamento de voto, en el que a pesar de estar de acuerdo con la decisión adoptada, no compartió los argumentos expuestos en la providencia. Comienza por referirse a la naturaleza de la obligación de seguridad en los siguientes términos:

En la sentencia se reconoció que una obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual el deudor “está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado (CSJ SC259-2005)”. [Folio 36]. Se explicó que esa obligación tuvo su origen en el contrato de transporte, por cuya virtud el transportador asume la obligación de conducir a los pasajeros sanos y salvos a su lugar de destino; tal como está consagrado en los artículos 982 y 1003 del Código de Comercio. Es decir que se trata de una verdadera obligación de resultado en la que la prueba de la diligencia o cuidado que habría tenido una persona prudente no exonera al deudor de responsabilidad,

pues basta demostrar que el contrato se incumplió o se ejecutó de manera tardía, imperfecta o incompleta para que surja la obligación de pagar la indemnización que corresponda, o pedir el cumplimiento coactivo cuando ello es posible (artículo 1546 del Código Civil). En las obligaciones de resultado, las únicas causales que exoneran de responsabilidad al deudor incumplido son la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019)

Luego el magistrado en relación con la doctrina probable, que según la Corte surge de la sentencia, en relación con la obligación de medios en el contrato de hospitalización, indica:

Más adelante acoge una supuesta “doctrina probable” que no tiene nada de probable, pues la probabilidad de una doctrina no deriva de su repetición sino de su razonabilidad, y esta razonabilidad está ausente en la postura que considera que existen obligaciones de seguridad “de medios”, dado que tal planteamiento envuelve una evidente contradicción. (MP Margarita Cabello Blanco, 2019)

Obsérvese como el magistrado disidente es mucho mas tajante en su planteamiento. Todas las obligaciones de seguridad son de resultado, y por ende es un despropósito pensar en obligaciones de seguridad de medios. Como fue analizado anteriormente, la incorporación de obligaciones de seguridad implícitas generó un caos en la responsabilidad contractual importando del campo extracontractual el deber genérico de no causar daño a nadie al campo negocial. En ese orden de ideas, el factor de atribución objetivo creado por la Corte de Casación Francesa en torno a la obligación de seguridad, fue desdibujado con la obligación implícita, pues,

en muchas ocasiones no era viable inferir una responsabilidad objetiva, cuando realmente el deudor no estaba en condiciones de garantizar el propósito del acreedor.

Por tal motivo, si es viable afirmar que existen obligaciones de seguridad de medios, pero sólo en aquellas que ostentan el carácter de implícitas y al ser sometidas a los factores doctrinales como la aleatoriedad del resultado y la conducta pasiva o activa del acreedor, se pueda concluir que la consecución del interés del acreedor, no radica exclusivamente en la conducta desplegada por el deudor.

Finalmente concluye el magistrado:

La obligación de seguridad se caracteriza porque su incumplimiento produce un daño antijurídico que el lesionado no tenía el deber jurídico de soportar por haber sido un riesgo ajeno a su potestad de decisión o control. Por ello, quien genera el riesgo, aunque sea imprevisible, asume las consecuencias del daño que ese riesgo produce. De ahí que el deudor de la prestación de seguridad sólo se exonera demostrando que el daño es atribuible a una causa extraña o a la culpa de la víctima, siendo irrelevante si tomó o no las medidas de precaución de una persona prudente. La diligencia y cuidado no eximen de responsabilidad en este tipo de obligaciones.

Tratándose de infecciones intrahospitalarias, el contagio que sufren los pacientes es un riesgo creado por la actividad de prestación del servicio de salud; no es obra de la mala fortuna ni es culpa del paciente. De hecho, es altamente previsible que ello ocurra.

Por lo tanto, no es un menoscabo que el usuario esté obligado a soportar.” (MP Margarita Cabello Blanco, 2019).

Es esta la sentencia más reciente en relación con la obligación de seguridad en el contrato de hospitalización en la jurisdicción civil, por lo que se espera que la Corte retome el camino marcado por la sentencia proferida el 18 de octubre de 2005, y que este salvamento de voto constituya el marco teórico para el próximo evento que llegue a conocimiento del alto tribunal.

Efectos Adversos Conforme con la Jurisprudencia del Consejo de Estado

La obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización, en la responsabilidad del estado, ha sido sometida al régimen de la responsabilidad extracontractual. El Consejo de Estado ha considerado en varios de sus pronunciamientos que la relación entre paciente y hospital público, no derivan de un contrato, sino de la ley y la Constitución. Esta postura ha generado que todos los daños ocasionados con ocasión de la actividad médica estatal se rijan por los postulados de la culpa probada (falla en el servicio), incluyendo los actos médicos, los paramédicos y los extramédicos. Por lo que esta diferenciación solo tendría efectos académicos, en la tesis del alto tribunal de lo Contencioso administrativo, y por ende cualquier efecto adverso derivado del contrato de hospitalización, se someterá a este régimen y no al factor de atribución de obligaciones de medios y resultado, propio de la responsabilidad contractual.

Así, la sección tercera del Consejo de Estado, refiriéndose a la relación paciente-hospital estatal, preceptuó:

De acuerdo con el mandato constitucional la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado. Dicho mandato implica que el Estado organiza, dirige y reglamenta dicho servicio, el cual puede ser prestado por entidades particulares, respecto de las

cuales debe establecer mecanismos de vigilancia y control, o puede ser atendido de manera directa a través de las empresas sociales del Estado, entidades públicas descentralizadas, con un régimen especial, conforme a la función que cumplen. Sin duda, en este caso, el anormal funcionamiento de la atención hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual, pues surge, de manera exclusiva, de la relación entre el paciente Peña Mejía y el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, que es de naturaleza legal y constitucional. El daño es imputable a esta Empresa Social del Estado, quien presta de manera directa el servicio público de salud, en desarrollo del mandato del artículo 49 de la Constitución Política. (CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2000).

En consecuencia, y en la misma providencia, la sección tercera prescindió de la distinción entre obligaciones de medios y resultado en el campo médico. En dicha oportunidad enfatizó:

Aclárese que el Consejo de Estado enfatizó en la necesidad de recoger, al menos en el campo médico-sanitario, la distinción entre obligaciones de medio y obligación de resultado, por considerarla poco pertinente y útil para delimitar el contenido de la prestación, en cada caso concreto. Lo anterior, por cuanto deviene equívoca para los propósitos de su valoración, como quiera que tal y como lo sostiene el profesor Ricardo Lorenzetti: el resultado no es ajeno a la obligación, aunque en algunos casos se lo garantice y en otros no. Por ello, al margen de la malograda distinción entre obligaciones de medios y resultado, es claro que el deber del médico con el paciente conlleva implícita la prestación de brindar y suministrar todos y cada uno de los mecanismos, instrumentos y procedimientos dirigidos a obtener la recuperación del paciente, es evidente que ello no arriba a predicar la necesidad de obtener un resultado específico en todos los casos, lo

cual tornaría imposible el ejercicio de la medicina.” (CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2000).

Al margen de compartir la argumentación dada por el Consejo de Estado para excluir la distinción entre obligaciones de medios y resultado en la responsabilidad médica estatal,²³ esta corporación en sus decisiones ha desarrollado una serie de conceptos que permiten fortalecer la postura esgrimida en este trabajo, conforme con la cual, la obligación de seguridad en materia hospitalaria genera un factor de atribución objetivo.

La posición de garante

Un sector doctrinal ha considerado que la teoría de la causalidad adecuada es insuficiente para explicar diversos fenómenos a fin de vincular el hecho del responsable con el daño originado en la víctima. Por tal motivo, se ha buscado incorporar a la responsabilidad civil, la teoría de la imputación objetiva perfeccionada por la doctrina alemana en el derecho penal. La finalidad de esta teoría es integrar elementos normativos en la causalidad, es decir, ya no obedecería a criterios como la previsibilidad o a las reglas de la experiencia o la lógica de lo razonable, sino a criterios como la posición de garante, el aumento del riesgo jurídicamente aprobado, la prohibición de regreso, entre otras. Uno de los eventos que la doctrina considera problemáticos es la omisión, esto es, cuando el daño antijurídico a la víctima se materializa en el no hacer del responsable. Y a fin de determinar si una persona tiene el deber jurídico de actuar,

²³ El fundamento en el fondo obedece a que, si se decidió homogeneizar la responsabilidad médica estatal bajo la égida de la falla en el servicio, la distinción entre obligaciones de medios y resultado se cae de su peso por sustracción de materia. En efecto, conforme con la posición del Consejo de Estado, para comprometer la responsabilidad del ente sanitario, sea por un acto médico, paramédico o extramédico, se deberá demostrar la falla en el servicio por parte del hospital, quedando proscrito, en consecuencia, el factor de atribución objetivo en este ámbito de la responsabilidad del Estado, y por ende la inaplicabilidad del régimen de las obligaciones de resultado.

se ha creado el concepto de la posición de garante. Mediante la posición de garante, una persona, sea por la ley o el contrato, tiene el deber jurídico de evitar un daño determinado. El legislador penal colombiano en el artículo 25 de esta codificación sustancial desarrolla la concepción de la posición de garante.²⁴

Independiente que se comparta o no la idea de incorporar a la responsabilidad civil la teoría de la imputación objetiva, si es trascendental para el tratamiento de la obligación de seguridad la noción de posición de garante. En efecto, si en este tipo de obligación el deudor ostenta la calidad de garante sobre la integridad personal del acreedor, significa que el deber de evitación de este daño obedece al régimen de la obligación de resultado, por cuanto, es un contrasentido lógico-jurídico referirse a una garantía bajo la égida de una obligación de medios, esto es, una garantía no puede someterse a un más o menos. En consecuencia, la posición de

²⁴ Artículo 25. Acción y Omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

garante en la obligación de seguridad cuando el deudor tiene como prestación substancial velar por la integridad personal del acreedor o de sus bienes, lo apremia impedir el daño y sólo la prueba de una causa extraña que lo imposibilite a cumplir, lo podrá liberar de responsabilidad. Lo anterior quiere significar, que la posición de garante origina de manera irreflexible una obligación de resultado en cabeza del ente hospitalario frente al paciente, desde el mismo momento en que éste se encuentra en su esfera jurídica de control.

La Sección tercera aborda el tema de la posición de garante hace alusión a la causalidad fáctica y la causalidad jurídica, para concluir que en la omisión no actuar conforme al deber jurídico impuesto, equivale a causar el daño. En ese mismo sentido, y apoyándose en los principios normativos de la teoría de la imputación objetiva, preceptúa:

En efecto, la teoría de la imputación objetiva y las instituciones teóricas que de ella se derivan (la posición de garante; el principio del riesgo permitido; el principio de confianza; la acción a propio riesgo, y la prohibición de regreso) constituyen herramientas normativas y jurídicas cuya finalidad es la de brindar soluciones a los problemas causales que enfrenta la institución de la responsabilidad en general (v.gr. la penal, la disciplinaria, la patrimonial, etc.). Lo anterior, máxime si en ocasiones el daño resulta endilgable en virtud de la omisión, pues no intervenir para evitar su producción es tan grave como haberlo producido, razonamiento jurídico que refleja la insuficiencia del dogma causal para determinar a quién se le atribuye un específico resultado, puesto que en términos estrictamente materiales de la omisión no se deriva nada, de conformidad con el principio *ex nihilo nihil fit*.

Así las cosas, en el caso concreto el daño resulta imputable al hospital demandado porque: i) para el momento de los hechos tenía posición de garante, de tal forma que

debió evitar el resultado, para lo cual ha debido adoptar todas las medidas de seguridad, protección, custodia y vigilancia que fueran idóneas para evitar que un paciente con las características de Luis Ernesto pudiera evadirse de la institución mental, sin llegar al punto de imponerle restricciones clínicas (v.gr. medicamentos) o físicas que desconocieran su dignidad humana, simplemente instrumentos de seguridad adecuados que impidieran al paciente fugarse, y ii) porque se incumplió la obligación de seguridad que rige para toda institución hospitalaria, sea de atención general en salud o psiquiátrica.” (MP Mauricio Fajardo Gómez, 2011)

El régimen de la obligación de seguridad

La posición de la sección tercera frente a la obligación de seguridad que adquiere el ente hospitalario estatal en relación con el paciente en el campo de los actos extramédicos, puede resumirse de la siguiente manera:

1. La obligación de seguridad es de carácter principal y autónomo, y se relaciona con la ejecución de los actos extramédicos, esto es, con aquellas prestaciones que no tienen que ver con el tratamiento de patología de base, ni con la preparación o manejo posterior a la ejecución del acto médico.
2. La obligación de seguridad comprende las actividades de vigilancia, custodia, cuidado y protección de los pacientes.
3. El contenido y alcance de la obligación de seguridad para la prevención de efectos adversos, no está ligada con el origen de la prestación médico-asistencial, es decir, poco importa si se le analiza desde la perspectiva contractual o extracontractual, las prestaciones que de aquella se desprenden siempre serán las mismas.

4. El estudio del desconocimiento de la obligación de seguridad, es decir, la producción de un efecto adverso imputable a la entidad prestadora de servicios médicos de salud presupone un análisis juicioso y estricto de imputación fáctica, especialmente el de la ocurrencia de una causa extraña como quiera que la mayoría de esos daños tienen su génesis en circunstancias, que, por lo general, resultaban previsibles y resistibles para las instituciones de salud.
5. La obligación de seguridad existe desde los mismos orígenes de la medicina, y no puede ser vista como un elemento aislado del acto médico o paramédico, sino como su complemento. No debe perderse de vista que Hipócrates destacó su importancia de ese deber al puntualizar: “no basta que el médico haga por su parte cuanto debe hacer, si por la suya no concurren al mismo objeto el enfermo, asistentes y demás circunstancias exteriores” (Botero, 2020) (Subrayas fuera del texto).

En este orden de ideas, si bien es cierto el Consejo de Estado optó por el régimen de la falla en el servicio (culpa probada) a fin de establecer la responsabilidad del Estado producto de un daño derivado de obligación de seguridad hospitalaria, lo cierto es que, se parte de un criterio estricto al momento del análisis fáctico, por cuanto, encontrándose el paciente bajo el control, vigilancia y cuidado de la institución de la salud, sólo la prueba de una causa extraña explicaría la generación de un efecto adverso en su integridad personal.

Conclusiones

1. Luego del análisis teórico esbozado en torno a la obligación de seguridad, es menester señalar que un examen metódico de la institución implica un razonamiento bifronte de la misma. En efecto, si la obligación de seguridad contraída por el deudor es implícita, es decir, no hace parte del programa obligacional principal, pero para ejecutar la conducta determinada por éste debe garantizar la integridad personal del acreedor o de sus bienes, el juez deberá acudir a la ley o a los parámetros establecidos por la doctrina, a fin de evaluar si esta obligación implícita corresponde al régimen de un factor de atribución subjetivo o a un factor de atribución objetivo (obligación de medios o de resultado). Por el contrario, si garantizar la integridad personal del acreedor constituye la causa de la obligación del deudor, esto es, el fundamento inequívoco de su vínculo (el contrato de hospitalización), inexorablemente el factor de atribución será el objetivo, pues, en estos eventos el deudor cuenta con la capacidad y los medios para generar la certeza de indemnidad de su cocontratante, adoptando en consecuencia una posición de garante frente al acreedor, y sólo la presencia de una causa extraña impediría al deudor obtener la satisfacción del interés del accipiens.

2. La doctrina probable elaborada por la Corte Suprema en torno a la obligación de seguridad, incurre en el yerro conceptual de no efectuar la distinción que se plantea en esta investigación, y por ende, siempre que se está en presencia de ella se acude a los criterios doctrinales a fin de establecer si el deber obligacional del deudor se agota en la obtención del resultado esperado por el acreedor o no. Desacierto que se profundiza aún más, en el contrato de hospitalización donde el deudor no sólo adquiere como obligación principal preservar la corporeidad del acreedor, sino que el factor aleatorio en aras de evitar la causación de daños es

ínfimo, lo que conllevaría a la aplicación de los principios que gobernaron la génesis de la obligación de seguridad en el derecho francés, es decir, liberar a la víctima de la carga de demostrar la culpa de su deudor en el daño producido. Empero, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha optado en su doctrina probable por catalogar como una obligación de medios velar por la indemnidad el acreedor en el contrato de hospitalización, cuando la solución correcta es adoptar el factor de atribución objetivo en estos eventos.

3. La corrección al desacierto de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia de Colombia puede encontrarse de tres maneras: la primera de carácter legislativo, en la que nuestra codificación civil unifique el régimen de la responsabilidad, prescinda de la summa divisio existente entre la responsabilidad contractual y extracontractual, y en consecuencia establezca un factor de atribución unificado, emulando al Código Civil y Comercial Argentino de 2016.

La segunda por vía jurisprudencial en la que la Corte Suprema de Justicia de Colombia sienta como posición que, los daños derivados del incumplimiento de una obligación tácita de seguridad regresen al régimen de la responsabilidad extracontractual, y, por lo tanto, sólo permanecerá en el marco contractual la obligación de seguridad como prestación principal del deudor, regida como se ha explicado por el régimen de atribución objetivo.

La tercera, de igual manera jurisprudencial, es concebir la distinción planteada en esta investigación, entre obligación tácita de seguridad y obligación de seguridad como causa de la obligación del deudor. Sometiendo la primera a los parámetros doctrinales a fin de establecer su característica de medios o resultado. Mientras que la segunda, siempre será de resultado sólo liberando al deudor ante la prueba de una causa extraña.

4. En cuanto a la infección nosocomial, podría concluirse que, desde un punto de vista estrictamente dogmático, el riesgo de contraerla por parte del paciente deberá ser asumido por la

institución hospitalaria que es quien crea el ambiente propicio para que el paciente la adquiera. Es decir, circunscritos a este ámbito, el razonamiento elaborado por el Consejo de Estado se compadece totalmente con los principios que gobiernan la responsabilidad civil, a diferencia de lo preceptuado por la Sala Civil de la Corte, quien como se analizó en precedencia, arriba a la conclusión contraria, esto es, quien asume el riesgo de la infección es el paciente y como resultado de esta carga, deberá demostrar el comportamiento culposo del ente hospitalario en la asepsia de sus instalaciones.

Ahora bien, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, se considera que la indemnización de perjuicios al paciente o a las víctimas de rebote, deben ser atomizados a través de la seguridad social por medio de un pago tarifado, a imagen y semejanza del modelo francés. En efecto, partiendo de la solución adoptada por el Consejo de Estado, la exoneración del ente sanitario estaría reducida a demostrar que el paciente contrajo la bacteria antes del ingreso al hospital. Causal, que, en el orden normal de condiciones, sería de aquellas de imposible demostración, por lo que en un alto porcentaje la condena a clínicas y hospitales sería automática.

Esto conllevaría a que, en el campo privado, las aseguradoras en responsabilidad civil de las clínicas excluyeran la infección nosocomial como riesgo asegurable, y en consecuencia, asumirían aquellas con su propio patrimonio las indemnizaciones correspondientes. Igual suerte correrían los hospitales públicos, lo que obligaría a una modificación en la política fiscal dirigida única y exclusivamente a costear estas erogaciones.

Es por ello que sería mucho mas eficiente, económicamente hablando, trasladar a la seguridad social este riesgo a través de una indemnización tarifada, otorgando acción subrogatoria a la entidad estatal encargada de efectuar el pago, frente al hospital que haya

incurrido en un comportamiento negligente en la asepsia de sus instalaciones, y que sea esta la causa de infección del paciente. Esta solución en consecuencia aminoraría el gasto de recursos, y mantendría vigente el comportamiento diligente y cuidadoso de la entidad hospitalaria en la desinfección de las instalaciones, puesto que, correría el riesgo de verse expuesta a una repetición en su contra en caso de culpa en su actuar.

Apéndice

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
Sentencia 11405 – 28 de sept. De 2000	CP Alier Eduardo Hernández Enríquez	Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL y HOSPITAL SANTO DOMINGO DE MALAGA. Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Hospital Santo Domingo de Málaga, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 18 de septiembre de 1995, y revisa la misma sentencia, en grado de consulta, en cuanto condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
T-439 – 14 de abril de 2000	MP Alejandro Martínez Caballero	PERJUICIO IRREMEDIABLE -No pago de bonificación a abogado asistente/ PERJUICIO IRREMEDIABLE -Puede ser moral por afectar condiciones humanas y dignas Es indudable que en el caso del actor el perjuicio ha sucedido porque a sus similares se les pagó la bonificación y a él no; que hay apremio para solucionar la discriminación porque el orden justo ha sido afectado y esto implica un pronto remedio, luego se dan tres de los cuatro requisitos para el perjuicio irremediable. Quedaría por averiguar si un funcionario que recibe un salario relativamente alto está en situación grave cuando no se le reconoce una bonificación. Se responde así: como lo dijo la Corte el perjuicio también puede ser moral, o sea, el perjuicio irremediable no se mide solamente por la cantidad de dinero recibido. Hay otros factores como la dignidad, puesto que "las personas trabajan fundamentalmente para tener unos ingresos que les permita vivir en condiciones humanas y dignas".
SC9193- junio 28 de 2017	MP Ariel Salazar Ramírez	Corte Suprema de Justicia - Los demandantes solicitaron que se declare a la entidad convocada civilmente responsable por los daños y perjuicios que sufrieron con ocasión del menoscabo a la salud del menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano, causado por la retardada y deficiente atención médica que recibió la señora Luz Mery Zambrano Acevedo en su trabajo de parto.

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
S20001-3103-005-2005-00025-01 – noviembre 5 de 2013	MP Arturo Solarte Rodríguez	Corte Suprema de Justicia - (...), con motivo de las lesiones por ella sufrida[s] a consecuencia de la deficiente atención médica y quirúrgica” recibida en la cirugía que el 11 de septiembre de 2002 aquél le practicó, la que “tenía una finalidad embellecedora y estética”, toda vez que la paciente, con posterioridad a dicha intervención, presentó “una parálisis facial periférica, un neuroma doloroso y un síndrome de ojo seco, ocasionados por lesiones traumáticas de ramas motoras y sensitivas de la inervación de la cara, que comprometen específicamente a ramas del nervio facial y auricular mayor” y porque el médico no obtuvo el resultado al que se comprometió con aquélla.
S3532 – 01 Febrero d 1993	MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss	Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha tres (3) de abril de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por MARIO OCHOA OCHOA, A.M. y BEATRIZ ELENA OCHOA UPECUI, contra la Residencia “NUESTRA SEÑORA DEL SAGRADO CORAZÓN”, hoy CONGREGACIÓN DE HERMANAS HOSPITALARIAS DEL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS.
Exp. 11.607 – 22 de octubre de 1997	CP Carlos Betancur Jaramillo	DAÑO - Pérdida de ojo izquierdo de paciente por infección nosocomial. Bacteria estafilococo aureus
Exp. 28214 – 30 abril de 2014	CP Danilo Rojas Betancourth	En el año 2014, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Riohacha declaró responsable a la empresa PROMIGAS S.A E.S.P., junto con el Ministerio de Minas y Energía, por los perjuicios sufridos por parte de un grupo de ciudadanos, a causa de la acción terrorista que perpetró el grupo FARC, consistente en la explosión del gasoducto Ballenas Barranquilla en octubre de 2001.
Exp.05001-23-31-000- 2001-00799-01(36460)	CP Enrique Gil Botero	SENTENCIA DE UNIFICACION DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL - Tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico tiene su origen en una conducta punible. Artículo 97 de la Ley 599 de 2000 / SENTENCIA DE UNIFICACION DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL - Obligación a cargo de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares de efectuar el seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en providencias en las que se juzgue la grave violación a derechos humanos, imputables a la fuerza pública
SC9788 – 29 de julio de 2015	MP Fernando Giraldo Gutiérrez	Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandantes frente a la sentencia de 17 de febrero de 2011, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Álvaro Ruiz León, Elvira Leonor Arizabaleta y Natalia Ruiz Arizabaleta contra la Corporación Club El Nogal.

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
Exp. 21.515 – 19 de abril de 2012	CP Hernán Andrade Rincón	Referencia: LEY 1437 DE 2011 – EXTENSION DE JURISPRUDENCIA Tema: Estudio sobre la procedencia, requisitos formales y competencia de la petición de extensión de jurisprudencia / Interpretación relacionada con la oportunidad para presentar la extensión de conformidad con el artículo 614 del Código General del Proceso y el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.
SC344797– 12 de sept. 1985	MP Horacio Montoya Gil	El 12 de septiembre de 1985, la Sala Civil tuvo oportunidad de pronunciarse a raíz de la hospitalización de una paciente en un establecimiento clínico, con el fin de ser intervenida quirúrgicamente producto de una trombosis cerebral. Una vez finalizada la cirugía y encontrándose en la etapa de recuperación, presentó una desorientación témporo-espacial generando el abandono de la paciente de las instalaciones del instituto de salud, siendo atropellada por un vehículo automotor desconocido. Los funcionarios de la clínica solo informaron a los familiares de la desaparición de la paciente, dos días después. Siendo finalmente encontrada por ellos en las dependencias de medicina legal.

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
S238988 – enero 30 de 2001	MP José Fernando Ramírez Gómez	Corte Suprema de Justicia – Sala de casación Civil - Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de 6 de octubre de 1994, mediante la cual se definió la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Eduardo Afanador Salomón y Alba Luz Gordillo Hernández, en nombre propio y en representación de sus hijas María Juliana y Luisa María Afanador Gordillo, contra José Antonio Rivas Correa. Los citados demandantes pretendieron que se declarara que el demandado incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con Eduardo Afanador Salomón, “al dar lugar al accidente que ocasionó la ruptura del tímpano del oído izquierdo” del paciente, durante la intervención quirúrgica contratada.
T-260 – 20 de junio de 1995	MP José Gregorio Hernández Galindo	EXTRACTOS: «En el asunto objeto de análisis los solicitantes Moisés García Higinio, Jairo Alcides Giraldo Rey, Luis Alexánder Hernández Escobar y Clemente Chico Crespo presentaron a la Corte Constitucionalidad escritos mediante los cuales desistían de las acciones instauradas. El desistimiento no es posible en materia de tutela cuando ya el asunto ha sido seleccionado por la Corte para revisión, dada la naturaleza de ésta. La acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución, únicamente tiene dos instancias: la que se tramita por el juez o tribunal ante el que ha sido incoada y la que tiene lugar ante el superior jerárquico de aquél si alguna de las partes ha impugnado el primer fallo.

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
C-621 - 30 sept. de 2015	MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	LA DOCTRINA PROBABLE -Resulta acorde con la autonomía judicial y la naturaleza de las fuentes del derecho enunciadas en el artículo 230 de constitución política. Respecto del cargo por dar a la jurisprudencia un valor preponderante en el sistema normativo colombiano al obligar al juez que pretenda apartarse de la doctrina probable y el precedente judicial a exponer sus razonamientos, la Corte Constitucional concluyó primeramente que a pesar de las reiteradas decisiones en la materia no existían los requisitos para declarar cosa juzgada material constitucional. La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad.
SC1819 – 28 de mayo de 2019	MP Luis Alonso Rico Puerta	Responsabilidad civil de electricadora por incendio en un establecimiento de comercio. Obligación de seguridad en la prestación de un servicio público.
SC7110 – 24 de mayo del 2017	MP Luis Armando Tolosa Villabona	Se decide el recurso de casación de Alberto Velásquez Martínez contra la sentencia de 9 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por el recurrente, conjuntamente con L.H.F.C., S., A., F., Santiago y M.V.F., A. y S.V.M., frente a Juan José U.P., con la intervención de La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, la Aseguradora Solidaria de Colombia Limitada Entidad Cooperativa y Liberty Seguros S.A., llamadas en garantía.
SC10304 – 5 de agosto de 2014	MP Luis Armando Tolosa Villabona	Se decide el recurso de casación que interpuso Carlos Germán Orbes Sánchez, respecto de la sentencia de 21 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en el proceso ordinario del recurrente contra Deyanira Eraso Obando.

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
SC2804 - 26 de julio de 2019	MP Margarita Cabello Blanco	RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL- Idoneidad de la praxis médica adelantada por oftalmólogo en la realización de cirugía refractiva con excimer láser para la corrección de miopía. Contenido de la obligación contraída por el médico. Doctrina probable frente a la consideración general de que las obligaciones que asume el médico son de medio y excepcionalmente de resultado. Elementos necesarios para acreditar el incumplimiento del galeno. Reiteración de las sentencias de 31 de mayo de 1938 y 5 de noviembre de 2013. Ausencia de acreditación de sus presupuestos estructurales. (SC2804-2019; 26/07/2019)
SC-2202 de 2019	MP Margarita Cabello Blanco	RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL POR INFECCIÓN INTRAHOSPITALARIA- Por muerte de paciente a causa de neumonía nosocomial adquirida en hospital. Doctrina probable.
C-816- 1 de noviembre de 2011	MP Mauricio González Cuervo	CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. La Corte declara la exequibilidad de la disposición analizada, que ordena a las autoridades administrativas la extensión de los efectos de sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, a las personas solicitantes que se hallen en la misma situación jurídica en ella decidida.
19977 – 26 de mayo de 2011	MP Mauricio Fajardo Gómez	Temas específicos: ISS, derecho a la salud, responsabilidad civil objetiva, internación por trastorno mental, justicia restaurativa, tratamiento psiquiátrico, clínica de reposo.
SC4427 – 23de noviembre de 2020	MP Octavio Augusto Tejeiro	Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandada frente a la sentencia de 29 de agosto de 2014, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de María Clemencia del Socorro Hernández de Forero, Gustavo Adolfo, Juan Camilo y María Fernanda Forero Hernández contra la Corporación Club El Nogat.
SC-259 – 18 de oct. De 2005	MP Pedro Octavio Munar Cadena	Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de marzo de 2000, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por MARIA ELVA PALACIOS MARIN frente a “INVERSIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA S.A.”

Sentencias Utilizadas

SENTENCIA	PONENTE	OBSERVACIONES
Sentencia 199505004-01 – 27 de abril de 2011	CP Ruth Stella Correa Palacio	CONTRATACION ESTATAL - Proceso licitatorio o licitación. Violación principio de economía. Desviación de poder / CONTRATACION ESTATAL - Licitación o proceso licitatorio. Declaración de desierta. Causales objetivas Según la jurisprudencia de la Sala la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglado.
Exp. 15.772 – 31 agosto de 2006	CP Ruth Stella Correa Palacio.	DAÑO ANTIJURIDICO - Pérdida total de ojo izquierdo de menor de cinco años, como consecuencia de cirugía de corrección de estrabismo
C-836 – 9 de agosto de 2001	MP Rodrigo Escobar Gil	JUEZ -Promoción y protección de la dignidad de la persona. La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.

Referentes Bibliográficos

Sentencia C-621, C-621 (Corte Constitucional 30 de septiembre de 2015).

MP Ariel Salazar Ramírez, SC9193 (Corte Suprema de Justicia 28 de Junio de 2017).

MP Margarita Cabello Blanco, SC2804 (Corte Suprema de Justicia 26 de Julio de 2019).

MP Fernando Giraldo Gutiérrez, SC9788 (Corte Suprema de Justicia 29 de Julio de 2015).

MP Octavio Augusto Tejeiro, SC4427 (Corte Suprema de Justicia 23 de Noviembre de 2020).

MP Luis Alonso Rico Puerta, SC1819 (Corte Suprema de Justicia 28 de Mayo de 2019).

MP Margarita Cabello Blanco, SC2202 (Corte Suprema de Justicia 20 de junio de 2019).

CP Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia 199505004-01 (Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B 27 de Abril de 2011).

MP Luis Armando Tolosa Villabona, SC7110 (Corte Suprema de Justicia 24 de Mayo de 2017).

CP Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia 11405 (Consejo de Estado Sección Tercera 28 de Septiembre de 2000).

CP Enrique Gil Botero, Sentencia 1995-00079-01. (Consejo de Estado Sección Tercera 19 de Agosto de 2009).

Weingarten, C. (2012). Responsabilidad por infección hospitalaria. La situación en el sistema sanitario Argentino. *Gac. int. cienc. forense*, Enero-marzo.

boundless-microbiology. (s.f.). *courses.lumenlearning.com*. Obtenido de

courses.lumenlearning.com: <https://courses.lumenlearning.com/boundless-microbiology/chapter/nosocomial-infections/>

CP Ruth Stella Correa Palacio., exp. 15.772 (Consejo de Estado Sección Tercera 31 de agosto de 2006).

CP Hernán Andrade Rincón, exp. 21.515 (Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de abril de 2012).

CP Danilo Rojas Betancourth, Exp. 28214 (Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de Abril de 2014).

CP Enrique Gil Botero., exp. 05001-23-31-000- 2001-00799-01(36460) (Consejo de Estado, Sentencia de Sala Plena de la sección tercera de unificación 25 de Septiembre de 2013).

MP Luis Armando Tolosa Villabona, SC10304 (Corte Suprema de Justicia 05 de Agosto de 2014).

MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-621 (Corte Constitucional 30 de Septiembre de 2015).

MP José Gregorio Hernández Galindo, T-260 (Corte Constitucional 20 de Junio de 1995).

MP Alejandro Martinez Caballero, T-439 (Corte Constitucional 14 de Abril de 2000).

MP Humberto Antonio Sierra Porto, C-335 (Corte Constitucional 16 de abril de 2008).

MP Mauricio González Cuervo, C-816 (Corte Constitucional 01 de Noviembre de 2011).

MP Rodrigo Escobar Gil, C-836 (Corte Constitucional 09 de agosto de 2001).

MP Horacio Montoya Gil, 344797 (Corte Suprema de Justicia 12 de Septiembre de 1985).

MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss , SC-003 (Corte Suprema de Justicia 01 de Febrero de 1993).

MP Pedro Octavio Munar Cadena , SC-259 (Corte Suprema de Justicia 18 de Octubre de 2005).

MP Margarita Cabello Blanco, SC-2202 (Corte Suprema de Justicia 20 de Junio de 2019).

MP Mauricio Fajardo Gómez, 19977 (Consejo de Estado, sección Tercera 26 de Mayo de 2011).

Botero, E. G. (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Tirant lo Blanch.

Ferreya, R. A. (1998. p 79). obligación de seguridad y la responsabilidad contractual. *Revista de derecho privado y comunitario*, 79.

Cerutii, M. d. (2015. pp 1-26). la obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial. *RCyS2015-IV*, 129, 1-26.

Picasso, S. (2015. p. 146). Requiem para las obligaciones de seguridad en el derecho común. *RCC Y C*, 146.

Manasevich, R. A. (2001). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial juridica de Chile.

Larroumet, C. (1999). *Teoria General del Contrato*. Santa Fé de Bogotá: Temis.

MP Arturo Solarte Rodríguez, S20001-3103-005-2005-00025-01 (Corte Suprema de Justicia 05 de Noviembre de 2013).

Cardenas, B. M. (2009. pp. 181-202). Análisis de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos. *Estudios socio-jurídicos*, 181-202.

MP Jose Fernando Ramírez Gómez, S238988 (Corte Suprema de Justicia 30 de enero de 2001).

MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, S3532 (Corte Suprema de Justicia Febrero 01 de 1993).

Arce, B. C. (enero-junio 2015. 133-156). Infecciones hospitalarias. Derecho del paciente a la seguridad: obligación de resultado; hacia la objetivación de la responsabilidad en el derecho comparado. 133-156.

CP Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 11.607 (Consejo de Estado Sección Tercera 22 de octubre de 1997).

Zúñiga-Fajuri, A. (2011. pp.191-211). Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud. *Revista de ciencias sociales, Convergencia*, 191-211.

Larroumet, M. B.-G. (2012). *Les Obligations la responsabilité civile extracontractuelle*. Paris: Economica.

Prévôt, J. M. (2012). *La obligación de seguridad*. Bogotá: Temis.

Aguad Deik, A. (2003). Obligaciones y responsabilidad. *Comentarios de Jurisprudencia*, 20.

Picasso, S. (2018). *Tratado de Derecho de Daños T II*. Buenos aires.

Tamayo, J. J. (2007). *Tratado de la responsabilidad civil Tomo 1*. Colombia: Legis.

(s.f.).