

La obligación de seguridad y su aplicación en la actividad médica en Colombia

Análisis jurisprudencial

Luis Gonzalo Peña Aponete



Contenido

La obligación de seguridad y su aplicación en la actividad médica en Colombia.....	5
Introducción	7
Generalidades	11
Marco conceptual	12
Nacimiento y fundamento de la obligación de seguridad.....	12
La obligación de seguridad en el sector salud colombiano	17
Naturaleza jurídica de la obligación de seguridad	43
Obligación de seguridad en la actividad médica:	
¿de medio o de resultado?	53
La obligación de seguridad en los contratos	55
Análisis jurisprudencial	61
Aspectos preliminares.....	63
Jurisprudencia del Consejo de Estado	67
Oblito quirúrgico.....	67
Lesiones causadas por personal paramédico	70
Quemaduras	70
Caída de camilla	71
Conclusiones	73
Daños causados por terceros.....	74
Conclusiones	78
Atención de pacientes con alteraciones psiquiátricas	78
Conclusiones	84
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil.....	85
Conclusiones	91
Bibliografía	95
Anexos	105
Decisiones del Consejo de Estado, Sección Tercera	107
Decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil	111

La obligación de seguridad y su aplicación en la actividad médica en Colombia

Introducción

En la prestación de servicios de salud se identifica una prestación principal cuyo objeto es procurar la mejora de la salud del paciente siguiendo lo descrito por la ciencia médica vigente, tal como lo comprendió la Corte de Casación francesa en el caso *Mercier*:

El verdadero contrato que se forma entre el médico y su cliente comporta para el práctico el compromiso, si bien evidentemente no de curar al enfermo, al menos de no prodigarle cualquier cuidado, sino el cuidado consciente, atento y, salvo circunstancias excepcionales, conforme al estado de los conocimientos científicos (...). La violación, aunque sea involuntaria, de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza¹.

Sin embargo, existen obligaciones ajenas a la obligación principal, como la de seguridad², que no puede concebirse despojada de aquella³, pero aun así tiene carácter autónomo, porque la extinción de la prestación principal no se extiende a ella. Así, la razón de ser de la obligación de seguridad está en proteger la integridad física del acreedor⁴.

Cabe precisar que, “cuando el objeto del contrato no es el cuerpo humano, la obligación de seguridad se entiende como accesoria. Pero esta distinción se hace frágil en los casos de prestación de servicios médico asistenciales pues el

1 Carlos Agurto GONZÁLES, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica”, *Revista Persona*, No. 86, 2010, Argentina, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Agurto.htm>. Consultado el 10 de noviembre de 2012.
2 Cfr. Juan Manuel PRÉVÔT, *La obligación de seguridad* (Bogotá: Temis, 2012), 254.
3 Cfr. *ibíd.*, 186-187.
4 Cfr. *ibíd.*, 190.

de otra parte, impuso un papel renovado y dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y de su responsabilidad⁷.

De esta forma, su tesis parte de reivindicar el valor que tienen los fallos judiciales como espacio de diálogo entre el Derecho y la sociedad, y gravita en una metodología que permite establecer el precedente vinculante⁸ a fin de garantizar la seguridad jurídica y el principio de igualdad, así como generar criterios de control del intérprete y darle unidad y coherencia al ordenamiento jurídico.

Esto, porque el autor encuentra en un análisis de datos que “la Corte Constitucional está algo más adelante en el proceso de adopción práctica de facto de un régimen de precedente vinculante, mientras que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado⁹ mantienen sus prácticas dentro de las nociones de jurisprudencia indicativa y conceptual”¹⁰, lo cual implica que al momento de decidir un caso no se remiten a decisiones anteriores donde se hayan resuelto litigios con hechos similares para aplicar las subreglas allí descritas, sino que se remiten a los conceptos jurídicos manifestados en otros fallos.

Sin embargo, es importante comentar que lo descrito por López se identificó solo en las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, pues al momento de analizar los fallos del Consejo de Estado, sí se halló la aplicación de subreglas en casos análogos, tal como se evidencia en el segundo capítulo de este trabajo.

Frente al procedimiento que se siguió a fin de elaborar el análisis jurisprudencial, cabe señalar que primero se hizo una búsqueda de jurisprudencia donde se decidieran litigios asociados con la obligación de seguridad en salud en sedes de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, y el Consejo de Estado; pero en vista de que no se logró identificar un fallo que permitiera asociar de manera estructural varias

7 *Ibíd.*, pág. xiii.
8 Según Diego LÓPEZ (*Ibíd.*, 110), el precedente vinculante tiene las siguientes características: “(1) Es relevante cuando se presenta un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias. (2) Tiene fuerza gravitacional que atrae la decisión de un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias. (3) La regla de cambio sólo procede cuando resulta razonable desvirtuar la fuerza gravitacional que prima facie tiene el precedente. Ello exige argumentación explícita, transparente y suficiente”.
9 “El presente estudio muestra niveles muy bajos de atención y sensibilidad a la jurisprudencia de las otras Cortes. [...] El Consejo de Estado se muestra, en general, más atento que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al trabajo de las otras Cortes de cierre” (*Ibíd.*, 136).
10 *Ibíd.*, 124.

sentencias referidas a un mismo escenario fáctico⁵, es decir, el punto arquimédico de apoyo, se recurrió a la búsqueda en bases de datos por palabras claves y se estableció la relación estructural por algunos registros internos y anotaciones en varias decisiones. El periodo de análisis comprende los últimos 19 años (1995-2014).

Finalmente, es oportuno señalar que este libro estará dividido en tres capítulos. El primer capítulo versa sobre aspectos generales como el marco legal y conceptual de la obligación de seguridad en salud; el segundo trae a colación el análisis jurisprudencial en áreas civil y de lo contencioso administrativo; para terminar se mencionan las conclusiones.

cumplimiento de la obligación principal, así como la de seguridad, recae sobre la persona misma del paciente⁶. No obstante, estas obligaciones no se confunden.

Ahora bien, en la doctrina hay una discusión sobre aspectos conceptuales de la obligación de seguridad en salud, tales como establecer si es de medio o resultado, contractual o extracontractual; pero en este documento no se ahondará en ellos, pues el objetivo general es identificar los alcances de la interpretación dada por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud para enriquecer el debate sobre el tema a nivel dogmático en Colombia.

En este orden de ideas, se plantea el problema de investigación en un escenario de análisis jurisprudencial, en tanto que los tribunales de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y civil conocen de casos derivados del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud, pero en sus decisiones existen algunas diferencias que van más allá de la calidad del sujeto demandado, esto es, si es de Derecho privado o público. Teniendo en cuenta esta cuestión, se pregunta:

¿Cuáles han sido las reglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para determinar la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud?

Para dar respuesta a este interrogante se siguió la propuesta metodológica esbozada por Diego López en la segunda edición del libro *El derecho de los jueces*, donde plantea una crítica al formalismo jurídico centrado en un “culto a la ley como fuente principal del Derecho que orienta la interpretación y argumentación jurídica, desconociendo el valor de la cultura en la renovación del razonamiento⁶, y las limitaciones de esta concepción tradicional de las fuentes, métodos y formas de aprehender la realidad del entorno:

El aumento de la complejidad social y el tipo de demandas que se elevan al derecho desde distintas vertientes y esferas, en el plano nacional, internacional y global, sólo podía enfrentarse con un concepto enriquecido de derecho y esto, a su turno, no podía darse sin subvertir y revolucionar sus fuentes y materiales de inspiración. Este cambio copernicano en el mundo del derecho,

5 Cfr. Ibíd., 246-247.

6 Cfr. Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA. *El Derecho de los Jueces*, 2ª ed. (Bogotá: Legis, 2006), 34.



Primera edición: junio de 2015
© Luis Gonzalo Peña Aponte, 2015
© Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (S.C.A.R.E.), 2015

Centro Editorial S.C.A.R.E.
Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, S.C.A.R.E.
Carrera 15 A No. 120 – 74, Piso 4. Centro Editorial S.C.A.R.E.
Teléfono: 57-1-6196077 Ext. 4109 – 4110.
www.scare.org.co
Correo: publicaciones@scare.org.co

ISBN: 978-958-8873-21-3

Junta directiva
José Ricardo Navarro Vargas, MD
Presidente

Miembros de la junta directiva
Carlos León Ballesteros, MD
Mauricio Echeverri Díez, MD
Marco A. Pompeyo Hernández, MD
Dilson Agustín Caicedo Suárez, MD
Luis Antonio Delgado Meta, MD
Olga Marina Restrepo Jaramillo, MD
Juan Manuel Benedetti Sarasti, MD
Germán G. Junca Luque, MD

Alta dirección
Gustavo Reyes Duque
Director ejecutivo

Luz María Gómez
Subdirectora científica

Martha Castellanos Vargas
Subdirectora empresarial

Luis Gonzalo Peña
Subdirector jurídico

Javier Eslava Schmalbach
Gerente del Centro de Desarrollo Tecnológico, CDT

Preparación editorial
Socialización del Conocimiento
publicaciones@scare.org.co
Bogotá, Colombia

Coordinación editorial
Lina María Patricia Manrique Villanueva, Mg

Corrección de estilo
Óscar Salamanca
osalamanca@gmail.com

Diseño y diagramación
Alexandra Romero Cortina
alexrcortina@gmail.com

Impresión y acabados: Panamericana Formas e Impresos S.A.
Dirección de la imprenta: Calle 65 No 95-28
Teléfonos: 4 300 355 - 4 302 110
Bogotá, D.C., Colombia.

**Impreso en Colombia -
Printed in Colombia**



Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo escrito del titular de los derechos o de la editorial.

Generalidades

En este capítulo se hará mención al marco conceptual y legal de la obligación de seguridad en salud, esto con el fin de suministrar elementos que den claridad y consistencia al desarrollo que se hará del problema planteado en el presente libro. Así, en el marco conceptual se estudiará el estado del arte sobre la obligación de seguridad en general y su aplicación en la prestación de servicios de salud. De igual forma, se referenciarán las normas colombianas que regulan la materia. Estos dos marcos son de especial importancia para comprender el desarrollo que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia han hecho en Colombia.

Vale aclarar que, aunque en este capítulo se referencian autores extranjeros, ello se hace por cuanto el origen de la obligación de seguridad es foráneo; solo se acude a doctrina internacional en tanto se alude a aspectos dogmáticos. Es decir, aun cuando en el marco conceptual se haga referencia a doctrina extranjera, no implica que se trate de un estudio comparado, puesto que desbordaría el objetivo de este trabajo y el diseño metodológico utilizado.

obligación principal, asume el deber de llevar a los pasajeros sanos y salvos a su lugar de destino¹⁵.

Dicho sea de paso que, inicialmente, la Corte de Casación francesa daba un tratamiento diferente a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad en un contrato de transporte, dependiendo de si se habían causado daños a las personas de los pasajeros o a los bienes de estos. La distinción se basaba en el entendimiento de que las personas eran libres en sus actos, por lo que no se podía imponer una carga en exceso gravosa para el transportista sobre el cuidado de ellos, pero ocurría lo contrario sobre los bienes.

No obstante, este trato diferenciado ponía en desventaja a las personas sobre las cosas, puesto que en los eventos de daños sobre la integridad de los pasajeros estos debían probar que el accidente había sido causado por la culpa del transportador. Esta posición fue posteriormente cambiada en el sentido de proteger de mejor manera a los pasajeros, en tanto que ya no debían probar la culpa del transportista y este solo podía exonerarse mediante causa extraña¹⁶.

Entonces, la obligación de seguridad se entendía como de resultado, aunque no recibía esta denominación porque para el momento del referido fallo, la diferenciación de obligaciones de medio y de resultado no se habían consolidado¹⁷.

Posteriormente, la obligación de seguridad desbordó las barreras del contrato de transporte y se aplicó a la relación laboral, para luego expandirse a toda una variedad de relaciones jurídicas, dentro de ellas la originada a causa de la prestación del servicio de salud¹⁸.

disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_153_a_192_la_obligacion.pdf. Consultado el 21 de noviembre de 2012.

15 Cfr. Carlos Alberto PARELLADA et al., ponencia "Obligaciones de seguridad", presentada en Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 22/24 de septiembre de 2005, disponible en: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CD-QQFJAA&url=http%3A%2F%2Fparellada.com.ar%2Fabajando.php%3Fid%3D77_OBLIGACIONES_DE_SEGURIDAD.doc&ei=1nDrUM7xHIWE8AT5iIDQDw&usq=AFQJCNGBc_Y7wR-zyjGDIIIjhfAcn-gA&sig2=SMb_wDkPSoYUmmUHoyfaew&bvm=bv.1355534169,d.eWU. Consultado el 7 de enero de 2013.

16 Cfr. Jaime RODRÍGUEZ OLMOS, ob. cit., 328-329.

17 Cfr. Juan Manuel PRÉVÔT, ob. cit., 176.

18 Sobre la expansión de la obligación de salud a otro tipo de relaciones jurídicas y las consecuencias de ello ver: Juan Manuel PREVOT, ob. cit., y V. GENEVIÈVE, 2007, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, trad. F. Montoya Mateus (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), 108 y ss.

parte del ordenamiento jurídico, con el fin de preservar el orden social, de mitigar los riesgos inherentes a la actividad humana y de evitar la causación injusta de daños.

Para efectos de este trabajo, por obligación de seguridad se entenderá el compromiso que, por virtud de la ley o de un acuerdo de voluntades, tiene el deudor de proteger la integridad patrimonial o personal del acreedor durante la totalidad de la relación obligatoria.

Y conviene tener en cuenta lo que se conoce como seguridad hospitalaria: entendida como:

Todas aquellas medidas que tienen como función prevenir accidentes proporcionando un medio ambiente seguro, control de infecciones, control de riesgos potenciales, control de zonas restringidas, señalización, transporte de enfermos, control de armas, previsión de actos violentos y autoagresión, procedimientos de seguridad, control de visitantes, identificación²².

Por otra parte, en lo que corresponde al ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política de 1991 incluyó disposiciones expresas que sustentan directamente la obligación de seguridad, como es el caso de la regulación sobre el control de la calidad no solo de los bienes, sino también de los servicios, al punto de establecer una cláusula general de responsabilidad en el artículo 78, con referencia directa a la salud:

La ley regulará el control de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. (...)

A su vez, la Carta Política consagró el principio de buena fe, la cual, dentro de sus reglas de buena fe objetiva, contiene sin duda el sustento de esta obligación, en cuanto que el destinatario de los servicios de salud espera que la conducta del prestador se adecúe a la protección de su vida y su salud. El artículo 83 de

22 Jorge Andrés FRANCO, "Responsabilidad institucional y obligaciones de seguridad en clínicas y hospitales", En *Actualización Médico Legal*, Universidad Nacional, Vol. 45, No. 2 (1997), 84.

culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido²³.

Por su parte, en el Derecho Laboral encontramos el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, que contiene la obligación de seguridad y protección del empleador frente al trabajador; al respecto dice: "Obligaciones de las partes en general: de modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador".

Como puede verse de lo anterior, si bien la obligación de seguridad tiene un sustento constitucional y legal, la normativa no hace una regulación general de esta obligación, por lo que la jurisprudencia ha jugado un papel protagónico. Sin embargo, en materia específicamente de la obligación de seguridad en salud, existe una legislación específica que sin solucionar todos los casos posibles, brinda herramientas adicionales.

La obligación de seguridad en el sector salud colombiano

Partiendo de lo anterior, cabe entonces hacer una breve mención a las normas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano que deben ser tenidas en cuenta a la hora de hablar de obligación de seguridad en salud.

Normativa sobre la actividad médica

Conviene iniciar por hacer referencia a la normativa que regula, en los aspectos que interesan a este trabajo, la actividad médica.

La referencia a la seguridad dentro de la actividad médica ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico incluso antes de la Constitución de 1991. En efecto, ya desde la Ley 9 de 1979²³ se establecieron criterios generales para los establecimientos hospitalarios en lo relacionado con las condiciones mínimas de seguridad y sanitarias para garantizar que se proteja la salud, tanto de trabajadores como de usuarios y de cualquier tercero, lo cual es una típica materialización de la obligación de seguridad que tienen los precitados centros hospitalarios con los pacientes:

23 Ley 9 de 1979 (enero 24), diario oficial No. 35308, por la cual se dictan Medidas Sanitarias.

Posteriormente, la Ley 10 de 1990²⁷ consagró en su artículo 4, dentro de las características generales del sistema de salud, el factor de prevención en otra relación dirigida a evitar daños con ocasión de la atención. Expresa: "Se entiende que el Sistema de salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación; que en él intervienen diversos factores, tales como los de orden biológico, ambiental, de comportamiento y de atención, propiamente dicha".

En materia específica de la actividad del anestesiólogo, la Ley 6 de 1991²⁸, de forma implícita, consagra la obligación de seguridad que tiene este profesional frente al paciente y el especial cuidado que debe tener frente a su integridad, para lo cual se requiere tener un grado especial de competencia ligada a la respectiva especialidad académica. En efecto:

La anestesiología es una especialidad de la medicina fundamentada en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas. Es una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Además se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud. El médico especializado en anestesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad.

Parágrafo: *Por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes y la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo, se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo y debe tener un tratamiento laboral especial (resaltado del autor).*

En materia de garantía de calidad para el sector salud, tenemos un primer antecedente en Colombia con la expedición del Decreto 1917 de 1994, pero formalmente se organiza el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad del sistema General de Seguridad Social en Salud mediante el Decreto 2174 de 1996, organización que busca, según lo indica su artículo cuarto, "(...) garantizar a los usuarios de los servicios el mayor beneficio, a un costo razonable y con el mínimo riesgo posible (...)". Luego en el año 2002, mediante el Decreto 2309 de 2002, si bien se deroga la norma anterior, se evoluciona sobre la misma y se define de manera expresa el

27 Ley 10 de 1990 (enero 10), diario oficial No. 39137, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

28 Ley 6 de 1991 (enero 16), diario oficial No. 39631, por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones.

Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad referido expresamente a la atención en salud, con la exigencia de una serie de características que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso o mitigar sus consecuencias, lo cual se constituye en un antecedente importante de cara a la obligación en estudio.

En una etapa posterior, se expide el Decreto 1011 de 2006, “Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, que en su artículo 3, numeral 3, refiriéndose a las características que debe cumplir este sistema obligatorio de garantía de la calidad, define la seguridad como el “conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un *evento adverso en el proceso de atención de salud* o de mitigar sus consecuencias” (resaltado del autor).

Esta disposición sobre el sistema obligatorio de garantía de la calidad, establece pautas o lineamientos de conducta tendientes a disminuir el número de eventos adversos que afecten la vida o la salud de los pacientes, o cuando menos a disminuir el impacto o grado de afectación en la salud de ellos.

La prestación de los servicios de salud puede resultar exitosa o no frente a cada paciente o usuario, bien porque no se logra el efecto buscado, bien porque se deteriora aún más su situación o bien porque no se logra mantener con vida al paciente. Este resultado no deseado puede suceder por diversas causas, muchas de las cuales pueden permanecer desconocidas para la ciencia médica o para el caso en concreto; en otras oportunidades tales causas pueden estar en el desarrollo de la misma patología o por el trauma sufrido por el paciente, previos a la atención en salud. En otras oportunidades podría darse este resultado no deseado por posibles factores distintos, en cuyo caso las normas se refieren a estas hipótesis como eventos adversos para efectos de establecer medidas preventivas que tiendan a mejorar la calidad de la atención en general y la seguridad del paciente. Debe precisarse que estas normas se refieren no a todas las hipótesis o eventualidades, sino a un grupo de las mismas con la finalidad de distinguir los eventos prevenibles de los eventos no prevenibles y establecer mecanismos que contribuyan a la mejora continua de la calidad de la atención.

En este contexto, la normatividad nacional ha definido la noción de evento adverso. Así, en la Resolución 1446 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, “Por la cual se define el Sistema de Información para la Calidad y se adoptan

El Ministerio de Salud reglamentará lo relacionado con las condiciones sanitarias que deben cumplir las edificaciones para establecimientos hospitalarios y similares, para garantizar que se proteja la salud de sus trabajadores, de los usuarios y de la población en general.

Poco después, en la Ley 23 de 1981²⁴, sobre ética médica, aparece otra referencia directa a una obligación de seguridad de la que el paciente es acreedor; así, en el artículo 15 se estableció un principio general de la actividad médica según el cual “el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”.

El Decreto 3380 de 1981²⁵, al reglamentar la Ley 23 de 1981, reiteró en su artículo 9.⁹ la obligación de seguridad del galeno de no exponer a los pacientes a un riesgo injustificado en aras de velar por la materialización de su integridad física y psicológica: “Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo”.

Por su parte, el Decreto 412 de 1992²⁶, al reglamentar los servicios de urgencias, consagró una obligación implícita de seguridad de las instituciones hospitalarias en salas de urgencias, al señalar en el parágrafo del artículo 4 la obligación que tiene la entidad que haya prestado el servicio de urgencia en relación con el paciente desde el momento de la atención inicial hasta cuando este haya sido dado de alta:

De las responsabilidades de las entidades de salud con respecto a la atención inicial de urgencia: Las responsabilidades institucionales derivadas de la prestación de atención inicial de urgencia estarán enmarcadas por los servicios que se presten, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determine el Ministerio de Salud.

Parágrafo: La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencia tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que el mismo haya sido dado de alta, si no ha sido objeto de una remisión. Si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el mismo ingrese a la entidad receptora (...).

²⁴ Ley 23 de 1981 (febrero 18), diario oficial No. 35711 de 27 de febrero de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

²⁵ Decreto 3380 de 1981 (noviembre 30), diario oficial No. 35914, por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.

²⁶ Decreto Reglamentario 412 de 1992 (marzo 6), por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones.

la Constitución expresa: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

En estas disposiciones citadas tiene sustento la responsabilidad derivada de la obligación de seguridad tanto por productos como por servicios, incluida la particularmente conocida responsabilidad por productos defectuosos.

De manera complementaria, en especial para casos de daños sufridos dentro del marco contractual, la obligación de seguridad estaría incluida en el deber del respeto de los derechos ajenos y del no abuso del derecho propio, con ocasión de la celebración y ejecución de un negocio jurídico, en los términos establecidos en el artículo 95:

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. *Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios* (...) (resaltado del autor)

Adicionalmente, el Código Civil colombiano en su artículo 1494 se refiere a la responsabilidad derivada de aquellos daños que una persona infiera a otra, y de esta circunstancia se derivarán obligaciones para las partes involucradas:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Puntualmente, el artículo 2341 contiene los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual, en los siguientes términos: “El que ha cometido un delito o

En cuanto a la definición de la obligación de seguridad, vale traer a colación lo sostenido por el tratadista argentino Roberto Vázquez Ferreyra, quien la entiende como:

Aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en 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 contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe¹⁹.

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo, respecto a las obligaciones de seguridad, señala que “de acuerdo con ellas, el deudor se obliga a garantizar la integridad de las personas o las cosas que en virtud del contrato quedan bajo su cuidado”²⁰.

Estas definiciones brindan elementos de juicio importantes para sustentar la existencia de la obligación de seguridad. Uno de ellos es la *buena fe*, no entendida en su aspecto meramente subjetivo, sino en el objetivo, que implica que el individuo debe proceder con probidad, lealtad y corrección. El otro pilar de la obligación de seguridad radica en la *autonomía privada*, y más precisamente, en la “libertad que tienen los particulares de determinar el contenido de un contrato que quieran celebrar”²¹.

En ciertos casos es el legislador quien impone este tipo de obligaciones frente a ciertas actividades y para determinados contratos, y en otros, es el juez o el árbitro, cuando media un litigio sobre el tema, quien devela esta obligación de la naturaleza del contrato, de la conducta contractual y del interés u objetivo negocial que las partes buscan satisfacer.

Con base en la trascendencia de la buena fe objetiva como deber general de conducta, como criterio de interpretación del contrato y como aspecto integrador del contenido contractual, puede advertirse que la obligación de seguridad tiene un marco de aplicación potencial considerable, más aún si se tiene en cuenta que las modernas relaciones sociales y económicas exigen una respuesta adecuada por

¹⁹ Roberto Antonio VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo* (Rosario: Vélez Sarsfield, 1988), 105-106.

²⁰ Javier TAMAYO JARAMILLO, *Responsabilidad Médica en los Servicios de Salud*, 1ª ed. (Medellín: Librería Jurídica Dík, 1993), 81.

²¹ Cfr. *Ibid.*

MARCO CONCEPTUAL

Nacimiento y fundamento de la obligación de seguridad

Del deber general de conducta de no dañar a otras personas (*neminem laedere*) emana, en lo fundamental, la institución de la responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar por daños que se causen a la integridad sicofísica o al patrimonio de otro sujeto, obligación que se concretará según se trate de cada régimen de responsabilidad adoptado. Los sistemas jurídicos han desarrollado diversas formas tendientes a evitar causar daño a los demás individuos y a reparar integral y oportunamente las lesiones que se les haya causado. Una de ellas, surgida hace ya bastante tiempo en el derecho europeo, pero de escaso tratamiento en Colombia, es la obligación de seguridad conocida en Alemania a través del concepto cercano del deber de protección.

En cuanto a la obligación de seguridad, esta nace al mundo jurídico en Francia, y en negocios jurídicos con objeto diferente a la prestación de servicios de salud. En términos generales,

La obligación de seguridad (*obligation de sécurité*) desde su nacimiento en la jurisprudencia francesa se entendió como aquella mediante la cual se reconocen deberes de comportamiento más allá de la prestación principal, es decir, que buscaba proteger a los contratantes originalmente contra daños a la persona y a la salud, posteriormente también contra menoscabos en los bienes de su propiedad¹².

El caso en el que se consolidó la tesis de la obligación de seguridad fue resuelto por la Corte de Casación francesa el 21 de noviembre de 1911, conocido como el célebre caso de Shidi Hamida Ben Mahmoud vs. Cía. General Trasatlántica. La disputa se dio con ocasión de un contrato de transporte y la Corte declaró responsable a la empresa transportista por los daños causados a los pasajeros; adicionalmente, indicó que la responsabilidad derivada era contractual¹³ y no delictual como lo había sostenido hasta ese momento¹⁴, puesto que el transportista, junto con la

¹² Cfr. Jaime RODRÍGUEZ OLMOS, “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 20 (enero-junio de 2011), 327.

¹³ Cfr. Juan Manuel PRÉVÔT, ob. cit., 176.

¹⁴ Cfr. Germán Esteban GERBAUDO “La obligación de seguridad en el Derecho Privado argentino”, *Revista Jurídica Online*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 30 (2011): 155.

los indicadores de monitoría del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud”, se estableció en el contenido de la “Ficha técnica básica indicador 1.3.3.” del anexo técnico que:

Los eventos adversos son lesiones o complicaciones involuntarias que son causadas con mayor probabilidad por la atención en salud, que por la enfermedad subyacente del paciente, y que conducen a la muerte, la inhabilidad a la hora del alta o la hospitalización prolongada. Muchos de estos eventos pueden ser prevenibles (...). La monitorización de este indicador debe impactar en la eficiencia y la efectividad clínica.

La detección de eventos adversos no necesariamente implica conductas culposas ni menos que la consecuencia adversa se ha producido por una conducta activa u omisiva, pero en una perspectiva de mejora continua de los procesos de atención, la presencia de estos eventos en mayor o menor proporción puede ser un indicador de calidad, en la medida que se estandaricen las actividades de atención y las acciones de mejora de tal forma que se avance en mejores resultados de calidad; ello implica que nunca se llega al estado ideal aunque sí se debe buscar tal estado, sin que las situaciones anteriores necesariamente impliquen algún grado de culpa. Algunas desde luego podrían ser calificadas como culposas en la medida que se aparten de las pautas básicas de la *lex artis* del momento.

A su vez, en los “Lineamientos para la vigilancia de eventos adversos trazadores” de la misma disposición, se indica lo que debe entenderse como eventos adversos:

(...) 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.

La calificación de una lesión o de una complicación como “evento adverso”, se hace con base en una primera aproximación de un hecho ocurrido durante la atención, todo con el objeto de adoptar medidas hacia la mejora del grado de calidad y solo con ese objeto, de tal forma que se produzcan o fortalezcan medidas que lo

De esta forma, el objetivo general de estos requisitos de habilitación es:

Controlar el riesgo asociado a la prestación de servicios de salud y a las condiciones en que éstos se ofrecen, mediante el cumplimiento obligatorio de requisitos y condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, para dar seguridad a los usuarios, la verificación de las condiciones de habilitación para los prestadores de servicios de salud, debe estar orientada hacia situaciones tangibles generadoras de riesgo, siempre sin exceder los estándares planteados en el presente manual, con el objetivo de no interponer barreras innecesarias a la prestación de los servicios de salud, toda vez que, las exigencias de habilitación están referidas a condiciones mínimas de estructura y procesos, para contribuir a mejorar el resultado en la atención³¹.

La efectividad de los requisitos de habilitación establecidos en la Resolución 1441 de 2013³² depende de que estos tengan una relación directa con la seguridad de los usuarios, de tal forma que su ausencia o no cumplimiento genera riesgos que atentan contra la vida y la salud. En esta Resolución el Ministerio entiende la seguridad de los pacientes como el “conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias”³³. Para cumplir la finalidad indicada, el *Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud* está dirigido al control de los principales riesgos propios de la prestación de servicios de salud en siete grandes áreas: talento humano, infraestructura, dotación, medicamentos, dispositivos médicos e insumos, procesos prioritarios, historia clínica y registros e interdependencia de servicios.

Posteriormente, el 28 de mayo de 2014 el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 2003³⁴, “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de servicios de salud y de habilitación de servicios de salud”, norma que actualiza tales disposiciones sobre requisitos de habilitación, pero además establece de manera expresa un manual para tales

³¹ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1441 del 6 de mayo de 2013.

³² Esta norma derogó las Resoluciones 1043 y 1351 de 2006, 2680 y 3763 de 2007, 4796 y 1448 de 2008, 715 de 2010 y las demás disposiciones que le fueran contrarias.

³³ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1441 del 6 de mayo de 2013.

³⁴ Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 2003 de 2014.

manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes³⁸.

A su vez, el mismo Consejo de Estado precisó que:

(...) [E]sta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos³⁹, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico⁴⁰.

En este punto suele distinguirse entre acto médico en sentido restringido y el acto médico complejo. Los actos médicos se consideran como las actividades que deben ser cumplidas por los profesionales en medicina, debidamente acreditados como tales, para atender y en lo posible dar solución al caso de salud, que es puesto en su conocimiento frente a un paciente o frente a la comunidad.

Por su parte, el acto médico complejo está integrado por la actuación del médico y aquellas a anexas a él. Así, *grosso modo*, el acto médico complejo puede

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 20374; Sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 20368.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia de 11 de noviembre de 1999, rad. 12165. Se dijo en esa providencia:

Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.

No obstante, en sentencia de 10 de agosto de 2000, rad. 12.944, aclaró la Sala:

En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de 'los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio', y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concierne a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido 'el de falla presunta' (Cita propia del Consejo de Estado).

⁴⁰ *Ibid.*

dencia y diligencia en su relación con el paciente. En todo caso, debe anotarse, que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio de salud, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos y las circunstancias específicas de cada enfermedad y de cada paciente en particular; de allí que no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta, claro está, las circunstancias específicas de cada caso en particular⁴³.

Justamente por esa falibilidad de la ciencia y de la técnica médica de cara a la magnitud y diversidad de riesgos que se desencadenan con ocasión del tratamiento, y que constituyen el referente material hacia el cual se debe enfocar el despliegue de la obligación de seguridad, el código de ética médica en su artículo 16 indica que en materia de reacciones adversas producidas por efecto del tratamiento, la responsabilidad del médico no irá más allá del riesgo previsto, sin importar si las reacciones adversas fueron inmediatas o fueron tardías. Más aún, en este sentido el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981 precisó, ante tal complejidad del ejercicio médico, que el profesional no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento.

No obstante, llama la atención que expresamente, desde la misma definición de seguridad del paciente que señala la Organización Mundial de la Salud (OMS), el objetivo se delimita, no a evitar, sino a disminuir la probabilidad de este tipo de eventos conocidos en el ambiente internacional como eventos adversos. Tal precisión surge tanto de la diversidad como de la complejidad de factores que pueden estar asociados a este riesgo aparentemente sencillo. Estos factores corresponden, en primer lugar, a aspectos propios de la situación clínico-patológica del paciente intrínsecos al propio riesgo y que no siempre son controlables, prevenibles ni previsibles, al igual que sucede con ciertos factores del acto médico. También

⁴³ *Ibid.*

clínico-patológica del paciente, así como por áreas de servicio, bien sea ambulatorio, hospitalizado, en observación, urgencias, en unidad de cuidado crítico, por citar algunas; todas las cuales se convierten en un parámetro objetivo de conducta tanto para la institución como para el profesional de enfermería y para el personal auxiliar que esté a su cargo.

Procedimiento similar se debe realizar para otros tipos de riesgo que con la evolución del conocimiento y con la metodología de mejora continua, soportada en gestión de eventos adversos, se establezcan, como es el caso de los riesgos de error medicamentoso, en el cual pueden clasificarse riesgos de manera transversal desde el médico, la enfermera, la auxiliar, la farmacia y en general la misma organización institucional del servicio. Igual sucede con el problema mundial de las complicaciones quirúrgicas y posquirúrgicas que afecta a pacientes de países tanto desarrollados como a países de nuestro llamado tercer mundo, frente a las cuales la OMS ha diseñado e implementado una campaña mundial con el apoyo de unas guías a manera de listado de chequeo, con el fin de disminuir un grupo definido de riesgos.

Ha merecido especial atención, en cuanto a la cantidad y el nivel de detalle de las guías para prevención y disminución de riesgos asociados a estos servicios de salud, la atención de pacientes de ginecología, los neonatos y los niños, al punto de regularse el uso de juguetes y otros factores de riesgo ligados y no ligados directamente con el diagnóstico, la terapéutica, la recuperación y la rehabilitación, todo con listados de chequeo, guías de acción y de omisión para cada caso.

Por otra parte, en materia de radiología, también la OMS ha construido guías de manejo tendientes a una mayor eficacia de la ayuda diagnóstica, pero también a disminuir los riesgos a los que están expuestos los pacientes, las cuales, a su vez, han sido adaptadas por gobiernos y por instituciones, y son conocidas como protocolos de seguridad⁴⁴.

La obligación de seguridad en las actividades desarrolladas por personal paramédico

En este punto se hará referencia a la existencia y el desarrollo de la obligación de seguridad en las actividades ejecutadas por personal paramédico, quienes pueden

⁴⁴ Protocolo español de control de calidad en radiodiagnóstico, disponible en: <http://www.sepr.es/html/recursos/publicaciones/Protocolo%20espanol-version%201.pdf>

tener profesiones como enfermería, bacteriología, fisioterapia, fonoaudiología —por citar algunas—, las cuales gozan de una regulación especial.

Cabe resaltar que en la doctrina se distinguen los actos realizados por estos profesionales de aquellos realizados por los médicos, para darles en ocasiones, un tratamiento diferenciado. Incluso, en la jurisprudencia es más o menos usual que se cite la clasificación hecha por el profesor Bueres⁴⁵ de acto médico, paramédico y extramédico. Sin embargo, lo cierto es que los altos tribunales no incluyen esta clasificación dentro de las razones de cada decisión, es decir, dentro de la *ratio decidendi* de sus sentencias. Aunque lo mencionen en la parte motiva, no lo consideran un elemento relevante a la hora de resolver litigios sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud.

El legislador colombiano, a través de la Ley 1164 de 2007⁴⁶ estableció en su artículo 26⁴⁷ —modificado posteriormente por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011⁴⁸— el concepto de lo que se debe entender por acto propio de los profesionales de la

45 Alberto BUERES, *La responsabilidad civil de los médicos*. 1ª reimpresión de la 2ª edición (Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994), 424-425.

46 Ley 1164 de 2007 (octubre 3), diario oficial No. 46771, “por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”.

47 Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Artículo modificado por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:

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. Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de:

1. El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios.
2. La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social.
3. En el contexto de la autonomía se buscará prestar los servicios médicos que requieran los usuarios, aplicando la autorregulación, en el marco de las disposiciones legales.
4. No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran.
5. Las actividades profesionales y la conducta de los profesionales de la salud deben estar dentro de los límites de los Códigos de Ética Profesional vigentes. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales a adoptar conductas éticas para mayor beneficio de sus pacientes.

48 Ley 1438 de 2011 (enero 19), diario oficial No. 47957, “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

existe otro grupo de factores de riesgo de entorno sobre los cuales sí puede existir un relativo control.

A manera de ejemplo, dentro de ese primer grupo de peligros intrínsecos, el informe de la OMS identifica 15 factores de riesgo, algunos de los cuales deben desagregarse mucho más frente a las particularidades de cada paciente. Tal es el caso de los problemas neurológicos no diagnosticados y las reacciones frente a medicamentos, los cuales, en algunos casos, pueden ser de tipo idiosincrático, esto es, particulares de cada individuo por fuera de estadísticas de incidencia y prevalencia:

Factores de riesgo asociados al riesgo de caídas:

- a. Factores del paciente (intrínsecos). Alteraciones médicas y neuropsiquiátricas, daño visual y auditivo, cambios en la función neuromuscular, marcha y reflejos posturales relacionados con la edad.
- b. Pacientes menores de 6 años y mayores de 70.
- c. Problemas de equilibrio.
- d. Incapacidad física que afecte la movilidad y/o la deambulaci6n.
- e. Periodos postoperatorios (dentro de las 24 horas).
- f. Estados de ayuno prolongado.
- g. Estado nutricional (desnutrición u obesidad).
- h. Estados de hipotensión ortostática.
- i. Problemas de audición, visión y limitaciones de comunicaci6n oral.
- j. Reposo prolongado.
- k. Antecedentes de caídas previas.
- l. Efectos o reacciones adversas a medicamentos (psicotr6picos, sustancias t6xicas, anti-hipertensivos, diuréticos, laxantes, relajantes musculares entre otros).
- m. Problemas neurológicos y/o psiquiátricos (agitaci6n, confusi6n, desorientaci6n, crisis convulsivas, alteraciones de conciencia, depresi6n, riesgo suicida entre otros).
- n. Problemas en la deambulaci6n por aparatos ortopédicos, prótesis, ortesis.
- o. Falta de comunicaci6n entre el equipo de salud y de este con el paciente.

A su vez, la OMS realiza una clasificaci6n de ocho a diez factores de riesgo de entorno o extrínsecos, y con la ponderaci6n de todos se establecen las respectivas guías de medidas preventivas específicas, divididas según la situaci6n

ser cualquier actividad llevada a cabo por un galeno —así como por otra persona auxiliar bajo su mando y direcci6n—, actividad que se circunscribe dentro de la profesi6n médica, con el fin emitir un diagnóstico o la prescripci6n de un tratamiento a un paciente para mejorar su salud⁴¹.

Hechas las anteriores precisiones, a continuaci6n se presentan algunas consideraciones adicionales sobre el acto médico complejo, reiterando que la funcionalidad de esta categoría ha sido más de tipo doctrinal que jurisprudencial, a pesar del reconocimiento que los tribunales han hecho de ella.

El abordar el acto médico en sentido amplio, entendiéndolo como una actividad compleja, implica reconocer también que se trata de una relaci6n jurídica compuesta por una pluralidad de deberes de conducta, incluyendo aspectos como la debida diligencia, suministrar informaci6n, guardar el secreto profesional, entre otros. Ese conjunto de deberes que conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organizaci6n —más que de organismo— en punto a la susodicha relaci6n jurídica total⁴².

Reconociendo la complejidad del acto médico, se demanda del profesional de la medicina una actuaci6n especial y diligente. No se trata de hacerle exigible una obligaci6n de resultado de evitar totalmente los riesgos mayores y menores propios del ejercicio médico y de la vida misma, pues esto implicaría predicar infalibilidad de dicha profesi6n desconociendo el contexto en el que esta se ejerce. Sin embargo, esa falibilidad es admisible siempre que el galeno ejecute sus actos dentro de los parámetros establecidos en la *lex artis ad hoc*. Se le exige que deba mantener el estado de salud del paciente en la forma en que lo recibió, y que su desmejora se deba a causa relacionada con la patología de base, y no con una actuaci6n u omisi6n del facultativo imputable a este por su falta de diligencia y experticia en el caso concreto. En este punto el Consejo de Estado señalo:

Por la compleja y dispendiosa naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida y la salud de las personas, debe exigírsele al médico una especial pru-

41 Cfr. Manuel Ángel DE LAS HERAS GARCIA, *Estatuto ético-médico de la profesi6n médica*, vol. 2 (Libería-Editorial Dykinson, 2005), 472.

42 CONSEJO DE ESTADO, Secci6n Tercera, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia del 24 de enero de 2011, rad. 17547. Esta sentencia se trae a colaci6n porque ilustra lo complejo del acto médico complejo pero, a pesar de ser un caso de responsabilidad médica, no es originada en el incumplimiento de la obligaci6n de seguridad.

efectos. Dado que las competencias del Talento Humano están reguladas en Colombia en otras disposiciones de orden legal, la resoluci6n excluye esta temática de su alcance, según lo expresa el parágrafo del artículo 2. Dicha Resoluci6n, aunque derogó la Resoluci6n 1441 de 2013 del mismo Ministerio, estableció un régimen de transición normativa conforme lo indican sus artículos 20 y 21, régimen que a su vez fue modificado para ampliar los plazos, mediante la Resoluci6n 3678 de 2014 expedida por el Despacho del mismo Ministerio³⁵.

Ahora bien, en la prestaci6n de servicios de salud no solo interviene el profesional de la medicina sino también otros profesionales cuyos actos han sido denominados por un sector de la doctrina como paramédicos; sobre ellos conviene referirse en un apartado especial, que se presenta a continuaci6n.

La obligaci6n de seguridad y el acto médico complejo

Si bien la doctrina ha diferenciado entre el acto médico, el paramédico y el extra-médico, lo cierto es que esta clasificaci6n no ha sido usada por los altos tribunales de lo contencioso administrativo y la jurisdicci6n civil en la *ratio decidendi* de sus fallos³⁶, tal y como se verá en este apartado. No obstante, el Consejo de Estado sí ha acudido a esta clasificaci6n, pero dentro de la *obiter dicta* de sus decisiones. En efecto, ha sostenido que acoge esta clasificaci6n doctrinal³⁷ en los siguientes términos:

- (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente, son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensi6n arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento,

35 Ministerio de Salud y Protecci6n Social. Resoluci6n 003678 de 2014. Agosto 28. Diario Oficial 49258.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001. “Para determinar qué parte de la motivaci6n de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporaci6n entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisi6n sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisi6n, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial”.

37 Distinci6n hecha por Alberto BUERES, ob. cit., citado en sentenci6n de 28 de septiembre de 2000, exp. 11.405.

eviten o disminuyan. El concepto no está estructurado para darle un determinado efecto jurídico que por sí solo conlleve consecuencias de responsabilidad, sin perjuicio de que con un posterior juicio sí se llegue a concluir como sustento de uno de los elementos de responsabilidad; pero de igual forma, puede que no lo sea.

Llama la atenci6n que algunos fallos se aparten de tal concepto, en cuyo caso el uso de la acepci6n debe tener un marco de análisis diferente, porque no es viable extenderle las consecuencias de la calificaci6n dada por las normas citadas. En efecto, en una sentenci6n del 19 de agosto de 2009 del Consejo de Estado se indicó que el evento adverso es:

Aquel daño imputable a la administraci6n por la atenci6n 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 legales³⁹.

La legislaci6n colombiana en materia de actividades de prestaciones de servicio de salud no tiene disposiciones normativas que regulen de manera directa la naturaleza jurídica y las características de la obligaci6n de seguridad.

Para minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atenci6n de salud mitigar sus consecuencias, se destaca como antecedente la expedici6n de un *Manual de Habilitaci6n de Prestadores de Servicios de Salud*, contenido en la Resoluci6n 1441 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protecci6n Social; esta normativa “contiene las condiciones mínimas para que los servicios de salud ofertados y prestados en el país, cumplan con la condici6n de brindar seguridad a los usuarios en el proceso de la atenci6n en salud”³⁰, teniendo como finalidad definir:

- Los servicios de salud que pueden ofertar los prestadores de servicios de salud.
- Las condiciones de verificaci6n para la habilitaci6n.
- Los criterios de habilitaci6n de los servicios de salud en el país.

29 CONSEJO DE ESTADO, Secci6n Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009, C.P.: Enrique Gil Botero, rad. 17733.

30 Ministerio de Salud y Protecci6n Social, Resoluci6n 1441 del 6 de mayo de 2013.

salud, consagrando la regla general según la cual los actos tanto médicos como paramédicos tienen la connotación de una obligación de medios, de lo cual se puede inferir que la obligación de seguridad de que podrían ser titulares los profesionales de la salud tiene por disposición legal la connotación de una obligación de medios.

Finalmente, en relación con el precitado texto normativo, el artículo 35 consagra los principios éticos y bioéticos de los profesionales de la salud, entre los que se pueden destacar el principio del “mal menor”. Así, se genera una obligación de seguridad de los profesionales de la salud, en el sentido de que estos deben evitar causarle un “mal mayor” al paciente⁴⁹.

Estos principios enunciados, y en particular los denominados de mal menor y el principio de doble efecto, se justifican porque la gran mayoría de los actos, procedimientos e insumos que realizan los profesionales de la salud tienen que, o cuando menos pueden generar efectos negativos colaterales. Estas disposiciones normativas de orden legal indican cómo los actos de los profesionales de la salud, incluidos los médicos, siempre pueden tener efectos tanto favorables como desfavorables para la salud y la vida de los pacientes, de tal forma que tanto la ley como

⁴⁹ Artículo 35. De los principios éticos y bioéticos. Además de los principios rectores consagrados en la Constitución Política, son requisitos de quien ejerce una profesión u ocupación en salud, la veracidad, la igualdad, la autonomía, la beneficencia, el mal menor, la no maleficencia, la totalidad y la causa de doble efecto:

Del mal menor: Se deberá elegir el menor mal evitando transgredir el derecho a la integridad, cuando hay que obrar sin dilación y las posibles decisiones puedan generar consecuencias menos graves que las que se deriven de no actuar (...)

De no maleficencia: Se debe realizar los actos que, aunque no beneficien, puedan evitar daño. La omisión de actos se sancionará cuando desencadena o pone en peligro de una situación lesiva.

De totalidad: Se deben eliminar las partes de un individuo humano siempre que sea necesario para su conservación, teniendo en cuenta (...)

De causa de doble efecto: Es éticamente aceptable realizar una acción en sí misma buena o indiferente que tenga un efecto bueno y uno malo, si:

- La acción en sí misma, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias, es buena o indiferente;
- La intención es lograr el efecto bueno;
- El efecto bueno se da al menos con igual inmediatez que el malo, no mediante el efecto malo;
- Debe haber una razón urgente para actuar y el bien que se busca debe superar el mal que se permite. No es ético conseguir un bien menor a costa de un mal mayor;

Si el efecto bueno pudiera obtenerse por otro medio, no es ético hacerlo por un medio que implique un efecto malo.

principio de individualidad en el cuidado de cada persona fundamentado en la relación enfermera-paciente, sujeta a un marco de calidad soportado en valores y estándares técnico-científicos, sociales, humanos y éticos, de tal forma que se puedan reflejar en satisfacción del usuario del servicio y del mismo personal de enfermería.

Estos estándares técnico científicos, desde luego por su naturaleza, están enfocados, entre otros objetivos, a la gestión de tales riesgos derivados de la atención, coordinando su labor con otros profesionales. Además, de conformidad con el artículo 20 de esta Ley, dichos profesionales deben velar porque se brinde atención de calidad a todas las personas sin distinciones y porque las instituciones prestadoras de servicios de salud “cuenten con los recursos necesarios para una atención de calidad”, con la connotación que esto implica.

En este entorno, el artículo 3 de la Ley 266 de 1996 consagra la profesión de la enfermería como una “profesión liberal y una disciplina de carácter social, cuyos sujetos de atención son la persona, la familia y la comunidad, con sus características socioculturales, sus necesidades y derechos, así como el ambiente físico y social que influye en la salud y en el bienestar”.

- Integralidad. Orienta el proceso de cuidado de enfermería a la persona, familia y comunidad con una visión unitaria para atender sus dimensiones física, social, mental y espiritual.
- Individualidad. Asegura un cuidado de enfermería que tiene en cuenta las características socioculturales, históricas y los valores de la persona, familia y comunidad que atiende. Permite comprender el entorno y las necesidades individuales para brindar un cuidado de enfermería humanizado, con el respeto debido a la diversidad cultural y la dignidad de la persona sin ningún tipo de discriminación.
- Dialogicidad. Fundamenta la interrelación enfermera-paciente, familia, comunidad, elemento esencial del proceso del cuidado de enfermería que asegura una comunicación efectiva, respetuosa, basada en relaciones interpersonales simétricas, conducentes al diálogo participativo en el cual la persona, la familia y la comunidad expresan con libertad y confianza sus necesidades y expectativas de cuidado.
- Calidad. Orienta el cuidado de enfermería para prestar una ayuda eficiente y efectiva a la persona, familia y comunidad, fundamentada en los valores y estándares técnico-científicos, sociales, humanos y éticos. La calidad se refleja en la satisfacción de la persona usuaria del servicio de enfermería y de salud, así como en la satisfacción del personal de enfermería que presta dicho servicio.
- Continuidad. Orienta las dinámicas de organización del trabajo de enfermería para asegurar que se den los cuidados a la persona, familia y comunidad sin interrupción temporal, durante todas las etapas y los procesos de la vida, en los períodos de salud y de enfermedad. Se complementa con el principio de oportunidad que asegura que los cuidados de enfermería se den cuando las personas, la familia y las comunidades lo solicitan, o cuando lo necesitan, para mantener la salud, prevenir las enfermedades o complicaciones. Parágrafo. La práctica de enfermería se fundamenta en general en los principios éticos y morales y en el respeto de los Derechos Humanos.

Artículo 11. El profesional de enfermería deberá garantizar cuidados de calidad a quienes reciben sus servicios. Tal garantía no debe entenderse en relación con los resultados de la intervención profesional, dado que el ejercicio de la enfermería implica una obligación de medios, mas no de resultados. La valoración ética del cuidado de enfermería deberá tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos y las precauciones que frente al mismo hubiera aplicado un profesional de enfermería prudente y diligente.

En cuanto a los profesionales de bacteriología, su ejercicio estuvo regulado de manera especial por la Ley 36 de 1993 y posteriormente por la Ley 841 de 2003 y por la Ley 1193 de 2008. Su campo de acción al tenor de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 841 incluye prevención, diagnóstico, pronóstico y seguimiento de la enfermedad así como el seguimiento epidemiológico. Ligado a la naturaleza de su actividad, se destaca el deber legal de tener plena conciencia de los riesgos que conlleva el ejercicio de la profesión y en consecuencia observar permanentemente las normas de bioseguridad requeridas, que buscan proteger no solo la eficacia de las ayudas diagnósticas, sino también proteger al paciente, a terceros y a los mismos profesionales. Una de estas normas de *lex artis* son las denominadas normas generales de seguridad biológica en laboratorios de microbiología clínica que incluyen las respectivas medidas de seguridad⁵⁵, las cuales se constituyen en típicas obligaciones de seguridad de estos laboratorios frente a pacientes y a terceros.

La terapia ocupacional igualmente ha sido regulada bajo la Ley 949 de 2005 mediante la cual se precisó su carácter de profesión liberal y su objetivo enfocado al estudio de la naturaleza del desempeño ocupacional de las personas y de las comunidades, así como la promoción de estilos de vida saludables y la prevención, tratamiento y rehabilitación de personas con discapacidades y limitaciones, utilizando procedimientos de acción que comprometen entre otros el deber de autocuidado de los pacientes.

La profesión de la fisioterapia fue regulada también de manera especial mediante la Ley 9 de 1976 y la Ley 528 de 1999, donde se precisó su carácter de profesión liberal del área de la salud, con orientación de sus acciones al mantenimiento,

⁵⁵ Elena FERNÁNDEZ DE BOBADILLA et al. “Seguridad en el laboratorio de microbiología clínica”, en *Procedimientos de Microbiología Clínica de la Sociedad Española de Enfermedades. Infecciosas y Microbiología Clínica*, No. 10, 2000, disponible en: <http://www.seimc.org/documentos/protocolos/microbiologia/>. Consultado el 9 de junio de 2012.

dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Para que una entidad pueda constituirse como Institución Prestadora de Servicios de Salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud⁵⁷ (resaltado del autor).

Las IPS públicas se constituyen principalmente como Empresas Sociales del Estado⁵⁸ que, según el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994, son “una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas y reorganizadas por ley, o por las Asambleas o Concejos”.

Estas instituciones están sometidas al siguiente régimen jurídico:

- El nombre deberá mencionar siempre la expresión “Empresa Social del Estado”.
- El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
- La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
- El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
- Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
- En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

⁵⁷ Ley 100 de 1993. Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, artículo 185.

⁵⁸ También se han conformado en “IPS autónomas con posibilidad de ser transformadas en ESE o (...) unidades prestadoras de servicios de salud dependientes de las direcciones departamentales o municipales de salud”. En Ministerio de la Protección Social, *Política Nacional de Prestación de Servicios de Salud*, disponible en: [http://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Document s/ Política%20Nacional%20de%20Prestación%20de%20Servicios%20de%20Salud.pdf](http://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Document%20Política%20Nacional%20de%20Prestación%20de%20Servicios%20de%20Salud.pdf). Consultado el 1 de mayo de 2013.

esquema de libre empresa, se traduzcan en ampliación de la cobertura y mejoramiento en la calidad de los servicios.

Debe tenerse en cuenta, a este efecto, que la racionalidad de la inversión pública es distinta de la privada. *En la asignación pública de recursos prima la consideración del rendimiento social*. El Estado concurre a la prestación de los servicios que requiera la colectividad, incluso si los mismos no son rentables en términos financieros. Por ello la base de la inversión pública es la planeación pública, que identifica necesidades sociales y fuentes de recursos, así como las prioridades en la atención de las primeras y en la destinación de los segundos.

La inversión privada, por su parte, se basa en la sostenibilidad de la inversión financiera, la cual debe generar un margen para el empresario que compense el costo de oportunidad de los recursos. En este caso la asignación de recursos obedece a consideraciones en torno a la demanda de bienes y servicios, la disponibilidad de recursos para ofrecer una respuesta a esa demanda y el costo de los mismos, y la perspectiva de una ganancia financiera para el empresario. Esa racionalidad de la inversión privada puede ponerse al servicio de los intereses generales, no solo por las ventajas implícitas en la satisfacción de necesidades, generación de empleo y en general de actividad económica que pueden originarse en la iniciativa privada, sino en virtud de las explícitas medidas que en determinados sectores, como el de la salud, se adopten por el Estado para conciliar el interés privado y el sistema de libre empresa con las necesidades públicas, mediante instrumentos de regulación, vigilancia y control⁶⁰ (resaltado del autor).

Hecha la anterior precisión, debe tenerse en cuenta que la obligación de seguridad no solo aplica en aquellas actividades desarrolladas por los profesionales de la salud; también surge en situaciones que poco o nada tienen que ver con la atención sanitaria, pero que tienen lugar en centros hospitalarios, entendiéndose por estas, las instituciones prestadoras de servicio de salud.

Incluye entonces a los actos ejecutados en el marco de los servicios hospitalarios, como los de hostelería y en general aquellos relacionados con el cumplimiento de la obligación de preservar la integridad y seguridad de los pacientes, pero que no constituyen la prestación principal.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-974-2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sin importar cuál es la posición adoptada en este respecto, es cierto que la doctrina⁶¹ establece en principio una responsabilidad contractual frente al paciente por las prestaciones que el médico tiene a su cargo, que, como ya se expuso, son de medio, en la medida en que la medicina no es una ciencia exacta y su ejercicio, pese a los diversos avances en la ciencia y en la tecnología, está caracterizado por la incertidumbre.

Asimismo, la institución hospitalaria asume una obligación frente a cada usuario, en principio, de carácter contractual, consistente en adoptar las medidas tendientes a garantizar que este no sufrirá daño mientras se encuentre dentro de sus instalaciones. Esta obligación, como regla general, es de medios, pero puede devenir en resultado dependiendo del mismo contenido material de la prestación del acreedor. A su vez, si la actividad comporta un grado de aleatoriedad, mal podría considerársele de resultado, lo cual no significa que no se deba cumplir con los estándares tendientes a disminuir los riesgos de un mal mayor.

En principio, entonces, para escenarios contractuales, podemos recordar tres criterios para distinguir cuándo una obligación es de medio y cuándo es de resultado:

- El que las partes hayan acordado en ejercicio de su autonomía.
- El que se derive de la naturaleza de la mencionada obligación.
- El develado por la interpretación y la integración del contenido contractual y obligatorio por parte del juez o del árbitro, cuando las partes no han dejado claro lo que pretenden satisfacer con la obligación.

Por otra parte, siguiendo esquemas tradicionales⁶² de acuerdo con su contenido prestacional, podemos indicar los siguientes criterios para concluir que estaríamos frente a una obligación de resultado en este tipo de actos conocidos como extramédicos:

- Que no exista álea.

⁶¹ Cfr. VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., 158; TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., 1075-1077.

⁶² Cfr. Óscar Ernesto GARAY, "Especialidades médicas. Obligaciones de medios o de resultados? Revisión de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, *Revista de la Asociación Médica Argentina*, Vol. 119, No. 3 (2006): 15-31. Disponible en: http://www.ama-med.org.ar/revista/3/2006-3/especialidades_medicas.pdf. Consultado el 10 de noviembre de 2012.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos⁵⁹.

Por último, cabe resaltar lo expresado por la Corte Constitucional respecto al modelo del sistema de salud colombiano, a efectos de distinguir el fundamento o finalidad de los recursos de las IPS en el sector público y en el sector privado:

En numerosas oportunidades la Corte ha abordado el estudio del sistema colombiano de seguridad social en salud, para concluir que el legislador, dentro del propósito de garantizar, tanto la universalidad en la cobertura, como la calidad en los servicios, diseñó un sistema mixto en el que concurren el Estado y los particulares.

Ese esquema, en todo caso, debe responder a los principios constitucionales que informan la seguridad social y el servicio de salud en su condición de servicios públicos inherentes a la finalidad social del Estado. Así la participación, tanto de entidades estatales como de particulares, en la prestación del servicio está supeditada a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución y para cuya efectividad corresponden al Estado las competencias de organización, dirección, reglamentación, coordinación y control previstas en las mismas disposiciones.

Ha señalado la Corte que dicho diseño institucional, en la medida en que contiene unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia, impone un análisis del concepto de libertad económica.

La opción por un modelo que, dentro del ámbito de regulación y control propio de los servicios públicos y en particular de los servicios de salud, se desenvuelve en un ambiente de libertad económica es congruente con los citados principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia, en la medida en que se orienta, precisamente, a lograr que la iniciativa privada se canalice hacia objetivos de interés social y que las ventajas de la libre competencia y la racionalidad en la asignación de los recursos propia de un

⁵⁹ Ley 100 de 1993. Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, artículo 195.

optimización, prevención y recuperación, habilitación y rehabilitación, entre otros, pero siempre con fundamento en las ciencias biológicas, sociales y humanísticas, así como en sus propias teorías y tecnologías; de tal forma que también se mueve en áreas de conocimiento no exactas.

En el acto paramédico existen típicas obligaciones de seguridad que se sujetan a cada uno de los protocolos y criterios de calidad establecidos para cada una de las clases de profesiones de la salud. En este orden de ideas, tanto los profesionales como los tecnólogos y los mismos auxiliares deben velar mediante prestaciones específicas generalmente estandarizadas por el cuidado y prevención de riesgos injustificados o daños mayores o ajenos a la situación clínico-patológica, que puedan afectar la integridad física y psíquica del paciente y la de terceros, con ocasión de la prestación de sus servicios.

La obligación de seguridad en los centros hospitalarios

Para hablar de la obligación de seguridad en centros hospitalarios conviene tener presente que el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido mediante la Ley 100 de 1993, numeral 3, está integrado, entre otras entidades por "Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas"⁵⁶.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante IPS) tienen la función de:

(...) prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia

⁵⁶ Ley 100 de 1993. Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, artículo 156.

Ahora bien, tanto en Colombia como en el exterior se han diseñado guías y protocolos que buscan disminuir la probabilidad de ocurrencia de tales riesgos, o en su defecto mitigar su impacto. Para efectos ilustrativos frente a la caída de pacientes⁵³ se cita a continuación un documento de un Hospital Universitario:

Definiciones:

Seguridad del Paciente: Conjunto de estructuras o procesos organizacionales que reducen la probabilidad de eventos adversos resultantes de la exposición al sistema de atención médica a lo largo de enfermedades y procedimientos. (Agency for Healthcare and Research de los EE. UU.).

Caída: Consecuencia de cualquier acontecimiento que precipita al individuo hacia el suelo en contra de su voluntad. (Organización Mundial de la Salud, OMS). De acuerdo a las características de las caídas se pueden distinguir dos grupos fundamentales:

Caídas accidentales; cuando un factor extrínseco actúa sobre una persona en estado de alerta sin dificultad para caminar, originando un tropezón o resbalón con resultado de caída.

Caídas no accidentales; estas pueden ser de dos tipos; aquellas en las que se produce una situación de pérdida súbita de conciencia en un sujeto por lo demás activo y aquellas que ocurren en personas con alteración de la conciencia o dificultad para la deambulación.

Por su parte, la Ley 911 de 2004⁵⁴ en su artículo 11, consagra una obligación de garantía por parte del profesional de enfermería en relación con el paciente, haciendo salvedad en que el citado profesional tiene una obligación de medio y no de resultado en la prestación del acto paramédico, con lo cual se concreta normativamente la posibilidad de hablar de una obligación de seguridad con la naturaleza jurídica de medios:

⁵³ Protocolo de evaluación del riesgo y prevención de caídas en el HUAP. Unidad de Calidad y Seguridad del Paciente, disponible en: http://www.asistenciapublica.cl/Protocolo_de_caidas.pdf, consultado el 15 de agosto de 2012.

⁵⁴ Ley 911 de 2004 (octubre 5), diario oficial 45693, por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia; se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones.

la *lex artis* solo indican guías para que ese balance riesgo-beneficio sea favorable en la medida de lo posible.

Las causas de tales efectos están no solamente en los efectos mismos del acto, procedimiento o insumo: también están en las diversas formas específicas de reacción del organismo humano ante tales intervenciones. En este marco de acción es absolutamente impertinente hacer un planteamiento de obligaciones de resultado, pero sí de obligaciones de medio con un énfasis riguroso de competencia profesional.

Ahora bien, una de las profesiones relacionadas con el acto paramédico es la enfermería. Esta actividad fue regulada por la Ley 266 de 1996⁵⁰ y posteriormente por la Ley 911 de 2004⁵¹. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 266 el ejercicio de esta profesión tiene como propósito general promover la salud, prevenir la enfermedad, intervenir en el tratamiento, rehabilitación y recuperación de la salud, aliviar el dolor, proporcionar medidas de bienestar y contribuir a una vida digna de la persona, teniendo como fin dar cuidado integral de salud a la persona y a la familia, entre otros. Para estos efectos se fundamenta su práctica, al tenor de la misma norma, en los conocimientos de las ciencias biológicas, sociales y humanísticas y en sus propias teorías y tecnologías.

Lo anterior, en la medida que su propósito, si bien no incluye el diagnóstico de patologías, contempla la prevención y la intervención en el tratamiento mismo y en particular en la rehabilitación, recuperación y paliación, actividades todas que conllevan riesgos de daños colaterales y riesgos mayores a los que son objeto de tratamiento, que a su vez se constituyen en objeto material de la obligación de seguridad en la medida que se debe adoptar medidas para tratar de evitar, disminuir o mitigar sus impactos.

Justo por esta razón, el artículo 2 de la misma Ley 266⁵², al indicar los principios generales de esta práctica profesional, se refiere al principio de integralidad y al

⁵⁰ Ley 266 de 1996 (enero 25), diario oficial No. 42.710, "por la cual se reglamenta la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones".

⁵¹ Ley 911 de 2004 (octubre 5), diario Oficial No. 45.693, "por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia; se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones".

⁵² Artículo 2. Principios de la práctica profesional. Son principios generales de la práctica profesional de enfermería, los principios y valores fundamentales que la Constitución Nacional consagra y aquellos que orientan el sistema de salud y seguridad social para los colombianos. Son principios específicos de la práctica de enfermería los siguientes:

• Que se pueda asimilar la prestación material a un contrato de obra, como en el caso de las especificaciones técnicas de un material de implante.

• Que haya sido expresamente pactado sin perjuicio de eventuales discusiones de su eficacia jurídica.

Independientemente de algunas dificultades pragmáticas para definir qué tipo de hechos específicamente se pueden considerar bajo esta excepción de resultado, debemos anotar que estos criterios excepcionales son consecuentes con la actividad sanitaria.

Se considera entonces improcedente acudir a la aplicación de regímenes objetivos de responsabilidad fundamentados en el riesgo creado. Estas últimas tesis son propias de actividades egoístas por el simple lucro, que generan una desproporción de riesgo ante la comunidad, aspectos que para nada caracterizan la actividad sanitaria. Distinto será construir soluciones jurídico-económicas diferentes a la responsabilidad.

Ahora bien, de acuerdo con destacados autores, el contrato de clínica u hospitalización “combina las prestaciones del —contrato— de hostelería y alojamiento con las obligaciones puramente médicas y con una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado”⁶³, con lo cual se quiere establecer que, “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 en ella; exige que no se produzca ningún accidente”⁶⁴.

En cuanto a las características del contrato de prestación de servicios hospitalarios, se puede señalar que:

• El contrato es atípico y complejo.

• En este contrato confluyen, principalmente, dos tipos de servicios, unos denominados *servicios extramédicos*, que no tienen relación directa con las

⁶³ Manuel Ángel DE LAS HERAS GARCÍA, ob. cit., 471-472.

⁶⁴ Ibíd., 472. Sin embargo, el autor en su exposición establece que la obligación de seguridad se presenta exclusivamente en el contrato de hospitalización y esta solo se puede predicar de los actos extramédicos. No obstante, y según lo expuesto, nuestro criterio es el de afirmar que, al igual que en el contrato de hospitalización, en el contrato médico, en especial en el acto médico, se puede predicar la existencia de obligación de seguridad en cabeza del facultativo, a favor del paciente. Ver capítulo VI, “La obligación de seguridad en el acto médico”.

y por ende un implante implica un riesgo inherente de complicación por rechazo, además de los riesgos propios del procedimiento quirúrgico.

Así entonces, las eventualidades del paciente en la prestación de servicios hospitalarios pueden darse en un escenario de carácter contractual o en un escenario de carácter extracontractual; pero en ambas hipótesis la institución está en la obligación no solo de brindarle atención, sino también adoptar medidas tendientes a evitar que sufra daños o lesiones adicionales no relacionadas con su cuadro clínico.

Naturaleza jurídica de la obligación de seguridad

Aunque ya se han dado algunas luces sobre la naturaleza jurídica de la obligación de seguridad, esta es una discusión que prevalece en la doctrina nacional e internacional y en la jurisprudencia extranjera. Sin embargo, como se verá más adelante, algunos de estos aspectos no han sido determinantes para la solución de casos concretos en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ni se ha hecho un desarrollo extenso de estos.

Por otro lado, si bien en los fallos del Consejo de Estado se ha realizado una diferenciación entre acto médico, paramédico y extramédico a título ilustrativo, lo cierto es que a la hora de resolver los litigios, tal clasificación no ha incidido ni representado una razón para adoptar una decisión. En efecto, el Consejo de Estado ha afirmado sobre el asunto:

Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico⁶⁶.

Algo similar ocurre con la discusión de si la obligación de seguridad en salud es de medio o de resultado, y aquí lo único que está del todo claro es que, a la luz de la jurisprudencia nacional, no parece correcto afirmar tajantemente que se trata de una obligación de resultado, pues:

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20368.

logra protegerla en debida forma⁷¹. En el mismo sentido, se argumenta que esta obligación es de resultado porque la existencia de los deberes de protección “sólo se justifica en los contratos generadores de riesgo, sobre los que el deudor tiene el dominio y el acreedor no acepta”⁷²; en otras palabras, la existencia de esta obligación solo encuentra su razón de ser en aquellos contratos en los que existe un riesgo con ocasión de la ejecución de la obligación principal, cuyo control está en manos del acreedor de la obligación de seguridad (v. gr., transportista), y en que el deudor (v. gr., pasajero), al celebrar el negocio jurídico, no expresó su voluntad de asumir los daños que tales riesgos pudieran causarle. De esta forma, la naturaleza de la obligación de seguridad “impone unos deberes de diligencia exigibles que difícilmente admitirían la prueba de la exoneración de responsabilidad cuando se produzca el daño”⁷³.

En el caso puntual de la obligación de seguridad en salud, se ha sostenido que el hecho de que sobre el médico recaiga una obligación de medio “no excluye la coexistencia de un deber accesorio de seguridad-resultado”⁷⁴ a, lo que se ha catalogado como una posición extrema, al predicar una obligación central de diligencia y prudencia en yuxtaposición con un deber objetivo de resultado consistente en no dañar la integridad del paciente, lo cual resulta contradictorio, teniendo en cuenta que la actividad médica es *per se* proclive a dañar⁷⁵.

Quedaría entonces la posibilidad de tratar a la obligación de seguridad en salud como de medio y no de resultado, a manera de excepción a la regla general, pese a que autores como Prévôt consideran que ello no es correcto, en cuanto implica caer “en las ya cuasi extintas obligaciones de seguridad-medios”⁷⁶, por lo que optan por afirmar que la obligación de seguridad está excluida del acto médico en sentido estricto, puro o esencial, es decir, de aquel que es de medio, en el que el galeno solo se compromete a emplear toda su prudencia y diligencia⁷⁷. No obstante, esta

⁷¹ Cfr. Ibíd., 184.

⁷² Virginia MÚRTULA, *La responsabilidad civil por daños causados por un miembro intermediario de un grupo* (Madrid: Dykinson, 2005), 136, citando a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, (Madrid: Civitas, 2000), 268-269.

⁷³ Ibíd., 137.

⁷⁴ Juan Manuel PRÉVÔT, ob. cit., 244.

⁷⁵ Cfr. Ibíd., 246.

⁷⁶ Ibíd., 246.

⁷⁷ Cfr. Ibíd.

del individuo”⁸¹; pero al mismo tiempo es autónoma, “en cuanto la extinción de la prestación principal no acarrea por sí idénticos efectos para con ella”⁸².

Obligaciones de resultado y obligaciones de medio

A continuación se tratará la distinción conceptual entre la obligación de medio y la de resultado, teniendo en cuenta que este ejercicio es necesario para comprender el análisis jurisprudencial que se extrajo de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, pues como se advirtió en la introducción, el uso del precedente en esta sede es de tipo indicativo, es decir, se remite a otros fallos para utilizar aspectos conceptuales, pero no para resolver de manera similar o análoga un caso con hechos parecidos (precedente vinculante); en otras palabras, no hace parte esencial de la sentencia en cuanto no constituye la *ratio decidendi* de esta.

En términos generales, se entiende por obligaciones de medio aquellas por las cuales el deudor está obligado a cumplir una prestación, prescindiendo de la exigencia de la realización de un determinado resultado, aunque se considere que debe estar dirigido a la consecución de este. Por otra parte, se entiende por obligaciones de resultado aquellas obligaciones por las cuales el deudor se obliga a realizar una cierta finalidad prescindiendo de una específica actividad instrumental⁸³.

Así, siguiendo a Rozo Sordini, se puede señalar sobre el particular:

La diferencia entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado es una diferencia entre dos distintos objetos de la prestación. Precisamente, en las primeras la prestación debida prescinde de un particular resultado positivo de la actividad del deudor, y el deudor cumple con la obligación si ejerce de la manera debida la actividad que le corresponde. Al contrario, en las segundas lo que es debido es el resultado, y para cumplir exactamente la obligación el deudor debe cumplir con el resultado. Si el resultado no se realiza, la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya

⁸¹ Rosalía GARCÍA LEÓN. “Consideraciones jurisprudenciales al tratamiento de la responsabilidad profesional médica en Venezuela”, *Revista Sideme*, Vol. 1, No. 1, (enero-marzo, 2008), 9.

⁸² Juan Manuel PRÉVÔT, ob. cit., 187.

⁸³ Cfr. Paolo Emanuele ROZO SORDINI, “Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 4., Julio (1988).

Estas obligaciones son definidas por Philippe Le Tourneau⁸⁶ en estos términos:

En cuanto a las obligaciones de medio dice el autor citado: “en ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia o diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendiente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento”.

Y en relación con las obligaciones de resultado precisa: “en algunos contratos el deudor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado es a veces denominada obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo. Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración”.

Esta distinción implica que cuando la obligación es de medio el deudor se exonera de responsabilidad probando diligencia y cuidado, en tanto que cuando la obligación es de resultado, éste deberá probar una causa extraña. O visto desde otro ángulo, cuando la responsabilidad se fundamenta en la culpa la obligación que se contrajo es de medio y cuando se responde a título objetivo la obligación incumplida es de resultado. Por ello, aunque en la legislación colombiana no figura dicha clasificación, a ella se puede acudir a partir del régimen de responsabilidad que se aplique frente a determinadas obligaciones, bien por virtud de la ley o del desarrollo jurisprudencial.

La distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado ha estado referida regularmente a la responsabilidad contractual; sin embargo, nada obsta para que los conceptos puedan ser utilizados dentro del régimen de la responsabilidad extracontractual⁸⁷, pues dicha clasificación no tiene

⁸⁶ Citado por Javier TAMAYO JARAMILLO, *Culpa contractual* (Bogotá: Ed. Temis. 1990), 27, 29.

⁸⁷ Así lo reconocen autores como Álvaro PÉREZ VIVES: “Tienen, como vimos, estas obligaciones de resultado, la característica de que su inexecución constituye incumplimiento de ellas, haciendo incurso al deudor en culpa contractual, si se originaron en un vínculo de tal naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario (v. gr., la que se deriva del art. 2356 C.C.” *Teoría General de las*

como única fuente la voluntad concertada de las partes (aunque en algunos eventos las partes pueden realizar pactos al respecto), sino que ella surge, bien de un mandato legal o en consideración exclusiva a la naturaleza misma de la obligación que se contrae.

Muchos criterios pueden ensayarse para determinar, en ausencia de norma expresa o disposición de las partes, cuándo una obligación es de medio y cuándo de resultado. La Sala considera que el criterio más razonable, si se parte de la definición misma de estos tipos de obligaciones, es el de la mayor o menor probabilidad de alcanzar la realización del objeto de la obligación, es decir, si la probabilidad de que se cumpla ese objeto es menor la obligación es de medio y si la probabilidad es mayor, la obligación es de resultado⁸⁸. Por supuesto, esta definición deja al juzgador un margen bastante amplio de valoración para determinar cuándo esa probabilidad es alta y cuando es baja, pero estas son situaciones que solo podrán depurarse a través de la jurisprudencia en cada caso concreto⁸⁹.

De lo extractado se destaca el criterio planteado para definir en cuáles hipótesis se dará tratamiento jurídico de medio o tratamiento de resultado según la probabilidad de alcanzar la realización del objeto de la obligación, cuando medie la ausencia de norma expresa o la ausencia de disposición de las partes. Además, que en las obligaciones de medio el deudor no se compromete a ejecutar un hecho preciso y determinado, sino a poner toda la debida diligencia y cuidado, mientras que en las obligaciones de resultado el deudor se compromete a ejecutar un hecho preciso y determinado. En este orden de ideas, se expondrán los elementos conceptuales que pueden llegar a ser útiles en lo referente a la obligación de seguridad en salud.

Determinación de si la obligación de seguridad es de medios o de resultado en el acto paramédico

Aunque con un mayor grado de estandarización, los actos denominados por la doctrina como paramédicos, hoy son desarrollados en gran medida por profesionales de la salud, atendiendo al desarrollo científico y tecnológico que implica un alto

⁸⁸ *Obligaciones*, Vol. III, parte 2, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1957, p. 164). En este sentido, también Christian LARROUMET: “(...) se debe considerar que la distinción entre las dos clases de obligaciones tiene aptitud para ir más allá de las solas obligaciones contractuales y comprender así todas las obligaciones, cualquiera que sea su hecho generador, tanto las que resultan de un hecho jurídico como las que se derivan de un acto jurídico” (en Javier TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., 39).

⁸⁸ Cfr. *Ibíd.*, 194.

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 24 de junio 1998, rad. 10530.

comportado diligentemente. Esto significa que la prueba del comportamiento diligente no es prueba del cumplimiento.

La distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado ha sido originalmente elaborada en Francia, donde constituye todavía una división fundamental de las obligaciones. Según la doctrina y la jurisprudencia italianas, la distinción constituye más bien un criterio de clasificación de las prestaciones⁸⁴.

Frente a esta concepción, no debemos olvidar la visión crítica de esta clasificación del profesor Jorge Cubides Camacho; pero para estos efectos, se debe resaltar de su análisis el peso de la diligencia en todos los escenarios obligacionales con independencia de la misma clasificación. Este autor afirma sobre el particular:

(...) En las primeras el deudor satisface al acreedor con sólo poner su diligencia y cuidado, sin garantizar los resultados de su actividad, al paso que en las segundas es el resultado concreto mismo el que constituye el objeto de la prestación. Nos parece endeble esta clasificación porque en el fondo todas las obligaciones son de medios en cuanto que en todas, sin excepción, el deudor debe obrar con prudencia y diligencia a lo menos normales. El resultado debe producirse a partir de la conducta normal del deudor; si así no ocurre no obstante haberla observado, debe quedar libre. Los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, exonerantes de responsabilidad aún en las obligaciones que podrían llamarse de resultado, son precisamente los que nos hacen desestimar la clasificación. Ni aún en la obligación cambiaria propia de los títulos valores cabe bien el concepto de resultado, porque en ella pueden obrar numerosas excepciones basadas precisamente en la observancia de la conducta diligente del obligado (...) ⁸⁵.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha acudido a esta diferenciación de manera general para determinar la responsabilidad estatal, pero no lo ha hecho específicamente en casos del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud. Con ocasión de un caso de falla en el servicio de la Fuerza Pública, este Tribunal definió las características de la obligación de medio y de resultado en los siguientes términos:

La distinción entre obligaciones de medio y de resultado fue propuesta por René Demogue, en 1925, con el objeto de solucionar el problema que suscitaba la aplicación de los artículos 1137 y 1147 del código napoleónico.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Jorge CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*. 6ª ed. (Bogotá: Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009), 134.

misma postura acepta la existencia de la obligación de seguridad en aquellas actividades que rodean al acto médico y que son ajenas al *alea* propia de él, como lo sería el alojamiento, la manutención y la higiene⁷⁸.

Sin embargo, la obligación de seguridad en la actividad médica, o en general en el acto médico complejo que incluye el acto médico y los actos anexos a él, en Colombia puede ser catalogada generalmente como de medio, sin perjuicio de que excepcionalmente en algunas hipótesis pueda ser calificada como de resultado, dependiendo de su contenido material⁷⁹. Esto gracias al desarrollo jurisprudencial realizado principalmente por el Consejo de Estado. De allí que, siendo actualmente la obligación de seguridad el mecanismo a través del cual se busca que se le brinde al paciente —cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados— un mínimo de seguridad, en cuanto a los profesionales que en una institución (pública o privada) trabajen, y a los elementos adecuados y necesarios para que el fin buscado, cual es el de la preservación de la salud, pueda ser logrado⁸⁰.

Debe tenerse en cuenta que las sentencias de este alto Tribunal sobre la obligación de seguridad en salud se han proferido con ocasión de acciones de reparación directa, es decir, aquellas generadas en el plano de la responsabilidad extracontractual; por lo tanto, el Consejo de Estado no tiene la preconcepción de la obligación de seguridad como de naturaleza contractual.

Por otra parte, como se anunciaba en la introducción, el deber de protección o seguridad se diferencia de la obligación principal, que para estos efectos será la prestación de servicios de salud, y aunque su nacimiento depende de esta, por lo cual en este sentido es una obligación accesoria, en otro sentido es autónoma, en cuanto no se extingue con la principal. En otras palabras, la obligación de seguridad “funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia sanitaria y comprende el deber de vigilancia y de garantizar la integridad física

⁷⁸ Cfr. *Ibíd.*, 247.

⁷⁹ Esto sucede en algunos casos de *oblito* quirúrgico cuando las pretensiones del demandante exceden la reparación del daño causado por el olvido mismo, y buscan además resarcir aquellos como consecuencia de haber dejado un cuerpo extraño en su cuerpo. De esto se hablará en el capítulo jurisprudencial.

⁸⁰ Cfr. Wilson RUÍZ, “La responsabilidad médica en Colombia”, *Criterio Jurídico de la Universidad Javeriana de Cali*, Vol. 4 (2004), 196.

La insuficiencia de la distinción entre uno y otro tipo de obligación ha sido tan clara que la Corte [Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil] ha preferido rechazar de plano su aplicación y ha optado por examinar la diligencia del médico o la institución prestadora del servicio de acuerdo con el interés que en dicho servicio tengan las partes en el contrato, como se verá más adelante⁶⁷.

En este orden de ideas, frente a la naturaleza jurídica de la obligación de seguridad en salud, la determinación de si es contractual o extracontractual y si es de medio o de resultado ha tenido relativa importancia para la resolución de casos, porque a partir de esta definición se pueden determinar aspectos como el régimen o los eximientes de responsabilidad.

Sin embargo, este no es un asunto propio de esta investigación, pues más allá de hacer un análisis sobre estos aspectos jurídicos, lo que se pretende es identificar los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, para declarar responsable a una persona cuando incumple con el deber de protección o de seguridad; sin embargo, se dejará por lo menos indicada la discusión planteada en la doctrina a fin de conocer el panorama asociado con el tema.

El nacimiento de la obligación de seguridad puede darse ya sea por pacto expreso de las partes contratantes, por ministerio de la ley, o incluso existir aun cuando no haya sido acordada ni la haya dispuesto el Estado, entendiendo que se encuentra de manera tácita en el contrato en virtud del principio de buena fe contractual⁶⁸. Por otra parte, se ha considerado que se trata de una obligación de resultado⁶⁹, llegando algunos incluso a afirmar que “o bien la obligación de seguridad es de resultado o ella no es contractual”⁷⁰.

Así, la doctrina señala que considerar a la obligación de seguridad como de medio y no de resultado es contraproducente a los intereses de la víctima y no

⁶⁷ Betty MARTÍNEZ-CÁRDENAS, “Análisis de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos”, *Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario*, Vol. 11, No. 2 (julio-diciembre de 2009), 192.

⁶⁸ En el caso colombiano el principio de buena fe está reconocido en el artículo 83 de la Constitución Política, en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio.

⁶⁹ Una postura que podría denominarse como “clásica” en relación con la obligación de seguridad, puede verse en: Álvaro PÉREZ VIVES, *Teoría General de las Obligaciones*, vol. III, Parte 2, 2a. ed. (Bogotá: Temis, 1955), 163-190; en relación con la responsabilidad de los médicos, cfr. *Ibíd.*, 191-207.

⁷⁰ Juan Manuel PRÉVÔT, ob. cit., 185, citando a Patrice JOURDAIN, *L'obligation de sécurité. À propos de quelques arrêts récents*.

profesiones de la salud y se refieren principalmente al hospedaje y hostelería que le deben garantizar al paciente; y otros denominados *servicios asistenciales* tanto médicos como paramédicos.

Estos últimos servicios se enfocan en la administración de diagnósticos, medicamentos, procedimientos y cuidados prescritos, así como la seguridad del paciente, servicios todos que pueden ser ejecutados por profesionales sanitarios así como por personal de tecnólogos y técnicos a su cargo. Todos estos servicios deben ser ejecutados dentro del marco organizacional de la institución y acatando como mínimo los respectivos requisitos de habilitación, según sean los servicios ofrecidos por el establecimiento hospitalario.

Por otro lado, debe precisarse pese a lo indicado por algunos escritores, que el servicio del centro hospitalario que brinda al usuario o paciente, también puede darse de manera ocasional sin acuerdo previo. Al igual que en la relación médico-paciente, la asistencia del centro médico hospitalario puede surgir sin que exista con antelación un vínculo contractual. Esto ocurre cuando el paciente es ingresado convaléciente o inconsciente a una institución hospitalaria, y su situación de urgencia hace necesaria por imperativo legal la prestación de todos los servicios de atención en salud requeridos para curar su patología, o mínimo para estabilizar su salud y de ser necesario remitirlo al establecimiento idóneo de acuerdo con su patología.

Un ejemplo de lo aquí planteado es el caso presentado en Colombia en el que un hombre, habiendo sido herido con arma de fuego, fue ingresado a un hospital público. En este caso, el centro hospitalario, así no hubiera mediado en primera instancia consentimiento entre las partes para la prestación de servicio, tenía la obligación de atender al herido, dadas las particularidades de urgencia del caso⁶⁵.

Dado su carácter excepcional, los criterios atrás señalados deben ser tenidos en cuenta de manera restringida; por ejemplo, si se trata de un material de implante, una será la responsabilidad del productor si no se cumplen las especificaciones técnicas y otro será el tratamiento de la complicación bajo régimen de medios. Las razones anatómicas son básicas en la medida que el organismo humano, al igual que la mayoría de los organismos vivos, tienden a rechazar todo cuerpo extraño

⁶⁵ CONSEJO ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Sentencia de 21 de enero de 1993, rad. 7435.

grado de especialización, sin perjuicio de que algunas de estas actividades sean delegadas bajo supervisión directa de los profesionales. Este desarrollo no solo ha llevado al surgimiento de decenas de especialidades médicas, sino también al desarrollo de otras profesiones de la salud en las últimas cuatro o cinco décadas, sin que la doctrina aún se haya ocupado de su estudio con la suficiencia que ello implica. Es más, estas profesiones, diferentes a la medicina, también han tenido desarrollo a nivel de especializaciones.

Estas otras profesiones de la salud se fundamentan en áreas científicas y tecnológicas similares a las de la medicina, de tal forma que la inexactitud también las invade en el contenido material de sus prestaciones, sin perjuicio de todos los avances en tecnología y de un relativo mayor grado de parametrización, justamente enfocado a dar cumplimiento a la obligación de seguridad que les es inherente. Exigir o plantear que la obligación de seguridad de este tipo de actos tenga la connotación de obligación de resultado, no solo resultaría contrario a la normatividad legal, sino también implicaría exigir lo imposible en contra del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, por la incertidumbre que implica soportarse en este tipo de conocimiento.

En el caso de la Enfermería, como se indicó anteriormente, la Ley 911 de 2004⁹⁰, en su artículo 11, consagró una obligación de garantía por parte del profesional de enfermería en relación con el paciente, y de manera expresa indicó que el citado profesional tiene una obligación de medio y no de resultado en la prestación del acto paramédico, con lo cual se abre de paso la posibilidad de hablar de una obligación de seguridad con la naturaleza jurídica de medios:

El profesional de enfermería deberá garantizar cuidados de calidad a quienes reciben sus servicios. Tal garantía no debe entenderse en relación con los resultados de la intervención profesional, dado que el ejercicio de la enfermería implica una obligación de medios, mas no de resultados. La valoración ética del cuidado de enfermería deberá tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos y las precauciones que frente al mismo hubiera aplicado un profesional de enfermería prudente y diligente (...).

Disposiciones legales como esta, rompen el paradigma sobre la relación de sinonimia entre garantía y obligación de resultado, dadas las propias características del

⁹⁰ Ley 911 de 2004 (octubre 5), diario oficial No. 45-693, por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia, se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones.

Para efectos de este tipo de obligaciones, en el mismo año 2011 se expidió el Estatuto del Consumidor⁹¹, disposición de orden legal de muy amplio espectro, al punto que en su artículo segundo estableció que sus normas son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor, en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Este Estatuto reguló expresamente el alcance de la denominada garantía legal para las obligaciones de medio, de tal forma que esta esté dada no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado⁹².

Así entonces, en estos casos la obligación de seguridad en el acto conocido como paramédico tiene la naturaleza de una obligación de medio, y por tal razón los profesionales que desarrollan este tipo de actos pueden alegar el cumplimiento tanto de los protocolos, como de una actuación diligente y prudente dentro de los criterios de la ciencia, con el fin de exonerarse de responsabilidad en el caso de la materialización del incumplimiento de la obligación de seguridad de la cual son titulares.

Obligación de seguridad en la actividad médica: ¿de medio o de resultado?

Aunque la obligación de seguridad fue concebida originalmente como una obligación de resultado, sin que hubiese lugar para la excepción, hoy día no cabe duda de que es posible la ocurrencia de eventos o consecuencias imposibles de prevenir, evitar o controlar, de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica médica, y en general de la actividad sanitaria. Para avanzar en tal sentido, la doctrina ha segmentado los actos de la prestación de este tipo de servicios en actos puramente médicos, actos paramédicos y actos extramédicos.

⁹¹ Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor (octubre 12), por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

⁹² Ley 1480 de 2011, Artículo 7^o, Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos. En la prestación de servicios en que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

En cada una de estas etapas se deben implementar guías y técnicas de investigación con fundamentos científicos, bien sobre un grupo poblacional clasificado epidemiológicamente o bien sobre una persona en particular. Sin embargo, en el desarrollo de la actividad de salud muchos eventos no son previsible de acuerdo con el estado actual de la ciencia y de la técnica. Otros puede que en abstracto sean previsible, pero en el caso concreto para un profesional específico, en unos eventos pueden ser previsible y en otros puede que no lo sean, todo en el marco de determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Una vez definidos los eventos previsible, con base en el estado del arte, algunos de estos eventos podrán ser objeto de acciones para evitar sus causas, y otros simplemente para precaver el impacto de sus efectos o apenas para buscar la disminución de los mismos.

Por estas razones de hecho, la ley 1438 de 2011, en su artículo 104, tal como ya se describió, de manera general indica que el acto profesional, incluido el acto médico, como relación de asistencia en salud, genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

La obligación de seguridad en los contratos

Para que sea jurídicamente viable plantear una obligación de seguridad que tenga como fuente un negocio jurídico, dicho negocio debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, a saber: consentimiento libre de vicios, capacidad de las partes, objeto y causa lícita en los precisos términos de la legislación civil.

No obstante, tratándose de servicios médicos, la naturaleza del vínculo jurídico que surge es compleja:

De allí que para establecer el tipo contractual pertinente, será menester estructurar la intentio de los extremos de la relación negocial, no siempre simétrica, dado que no todos los pacientes acuden a los facultativos con idénticas pretensiones (fin práctico del negocio jurídico), o aquejados por las mismas dolencias y preocupaciones (“naturaleza polifacética”)⁹⁴.

⁹⁴ Carlos Ignacio JARAMILLO, *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colección de ensayos 8, 2002), 130.

En este orden de ideas, según esta tesis, la obligación de seguridad se diferencia de la principal porque no define la funcionalidad del contrato, pero está presente en él⁹⁹. De allí que sea considerada como una obligación secundaria a la primaria, pero no propiamente accesoria a ella, puesto que no sigue su misma suerte, ya que bien puede cumplirse con la prestación principal y aun así no satisfacerse el deber de seguridad¹⁰⁰. Se precisa también que considerarla como secundaria no implica una jerarquía o escala valorativa entre las prestaciones debidas, es decir, no conduce a afirmar que la obligación principal sea más importante que la de seguridad¹⁰¹.

Bajo este mismo esquema, el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos también ha servido de fundamento para predicar la existencia de una obligación de seguridad entendida como tácita, secundaria y diferente a la obligación principal del negocio jurídico, que impone el deber de no dañar a la contraparte, ya sea en su persona o en sus bienes¹⁰². También se ha dicho en defensa de la buena fe objetiva, como base de la obligación de seguridad, que aquella se materializa en la protección de la confianza entre los contratistas, y que “la carencia de ella, desde un punto de vista económico, generaría costos adicionales de precaución”¹⁰³, lo que le imprime una connotación económica; por tanto, “a quien le sea menos costoso prevenir debería asumir en su patrimonio el riesgo de un posible daño derivado de la ejecución del contrato”¹⁰⁴.

en Alemania, pero en el ámbito legal, la Ley de modernización del derecho de obligaciones del Código Civil alemán, de 26 de noviembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), indica que el deudor y el acreedor están vinculados por la prestación principal (*Leistungspflicht*) y por los deberes de protección, bajo el entendido de que estos son propios del marco contractual. Sobre este último punto, cfr.: Marcelo BARRIENTOS, “La obligación de seguridad en la subcontratación laboral: previsibilidad del hecho y del daño”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 1 (abril 2012), disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372012000100005&script=sci_arttext#n21. Consultado el 3 de enero de 2013.

⁹⁹ Cfr. Fernando CAYZAC, *Obligación de seguridad, espectáculos públicos y defensa del consumidor*, *Revista Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Vol. 83 (2007): 277, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/obligacion-de-seguridad-espectaculos-publicos-y-defensa-del-consumidor.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2013.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibid.*, 277.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Cfr. *Ibid.*, 273.

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, 276.

¹⁰⁴ *Ibid.*

La autonomía de la voluntad y en particular la celebración e interpretación de los contratos fueron preponderantes durante muchos siglos, y por tal razón, en una perspectiva clásica, la obligación de seguridad, aunque con vertientes, usualmente estuvo referida al escenario contractual, a pesar de que su nacimiento se dio vía jurisprudencial, ocurrido a partir de un negocio jurídico.

Sin embargo, en la medida que el Estado se ha preocupado por los accidentes sufridos por la población y por los gastos sociales que ello implica, ha intervenido para regular las actividades de los particulares y para autorregular las mismas actividades estatales, con el objetivo de prevenir la producción de daños que afectan a las personas y sus bienes.

De esta forma, los particulares y la mismas entidades públicas deben someterse a todos los requisitos establecidos previamente por las regulaciones normativas para poder desarrollar sus actividades, y en evento de incumplimiento de tales regulaciones, no solo estarán sometidos a las respectivas sanciones, sino también tendrán que someterse a los respectivos juicios de responsabilidad frente a los afectados. Este es el caso de las actividades de salud, transporte, intermediación financiera, minería y muchas más que el Estado va definiendo históricamente como objeto de intervención.

A su vez, en los contratos que deban celebrar tanto las entidades públicas como las organizaciones de derecho privado, tal normatividad se entenderá incluida en los que celebren de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Tratándose de los contratos de prestación de servicios hospitalarios, como regla general las instituciones habilitadas para la prestación de servicios de salud deben brindar a los pacientes el cuidado que estos requieren, estando sometidas al cumplimiento de deberes de distinta naturaleza y alcance, en forma adicional a aquellos que se convengan libremente entre los contratantes¹⁰⁵. De tal forma que, pese a que no se haya pactado expresamente por las partes la obligación de seguridad, existe cuando pueda inferirse de la interpretación del vínculo jurídico o por imposición de la ley.

¹⁰⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, Sentencia del 13 de septiembre de 2013, rad. 1998-37459.



Una segunda postura parte del presupuesto según el cual la obligación de seguridad está subsumida en la obligación principal¹⁰⁵. En este orden de ideas, esta tesis aboga por el carácter superfluo de la obligación de seguridad, y manifiesta que dicho deber se entiende incluido en la obligación primaria de ejecutar la prestación debida, y en el deber de diligencia que inspira el cumplimiento de la obligación. En otros términos, la causa y el interés contractual de las partes son los elementos que incluyen la obligación de seguridad en el contenido del contrato que ellas celebren, como se esgrime por parte de la doctrina italiana¹⁰⁶.

Por otra parte, se ha sostenido que la obligación de seguridad originada en el contrato de servicios médicos, “existe única y exclusivamente mientras el paciente está recibiendo los cuidados del médico”¹⁰⁷. Según esta tesis, los daños que se produzcan dentro de los locales del médico, antes o después de que este actúe sobre el paciente, solo comprometen la responsabilidad extracontractual¹⁰⁸.

Tal y como puede apreciarse en lo hasta aquí dicho, la obligación de seguridad ha sido abordada desde distintas perspectivas. Desde luego, con una visión ortodoxa, es posible adoptar la tesis según la cual esta obligación se origina cuando se trata de una estipulación contractual que las partes han querido pactar para aumentar su grado de compromiso. Pero debe destacarse el aporte de una tesis diferente, que entiende que la obligación de seguridad es de la naturaleza del contrato, y de su incumplimiento puede derivar responsabilidad tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, según la fuente obligacional de que se trate. Debe recordarse que la obligación de seguridad es de creación jurisprudencial, naciendo al mundo jurídico en un caso en el cual las partes no la habían contemplado dentro de su pacto negocial.

¹⁰⁵ Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit., 142-147.

¹⁰⁶ Cfr. Massimo BIANCA, *Derecho Civil. El contrato*, trad. Fernando HINESTROSA FORERO y Édgar CORTEZ (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 526-528. Para este autor, la obligación de seguridad se subsume en los mandatos de la buena fe y de las obligaciones de salvaguarda y diligencia. Sobre la primera se dice lo siguiente: “como obligación de salvaguarda la buena fe se puede identificar, entonces, como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable”. Y sobre la segunda se afirma que “en las relaciones obligatorias y en la vida de relación la obligación de la diligencia impone, justamente, el esfuerzo volitivo y técnico adecuado para satisfacer el interés del acreedor y para no lesionar los derechos ajenos”.

¹⁰⁷ Javier TAMAYO JARAMILLO, “Sobre la prueba de la culpa médica”, en *Derecho Civil y Administrativo, análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1a. ed. (Biblioteca Jurídica Diké, 1998), 23.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.*, 24.

Esta visión del contrato de prestación de servicios médicos como un vínculo jurídico de contenido variable y multiforme, “aboga el respeto del carácter autonómico de los negocios jurídicos que, potencialmente, pueden disciplinar la relación médico-paciente”⁹⁵, siendo necesario analizar cada relación en concreto para determinar la naturaleza jurídica del contrato.

Así las cosas, la obligación de seguridad puede ser pactada por las partes de forma expresa, o puede ser de la naturaleza del contrato, aspecto que se podrá revelar según la interpretación que el juez o el árbitro hagan del negocio jurídico. Esto ha justificado la existencia de varias teorías acerca del origen de la mencionada obligación.

Por tal razón, se puede partir de una primera teoría que da por sentada la autonomía de la obligación de seguridad como herramienta contractual⁹⁶. Esta tesis, que podría considerarse mayoritaria, concibe a la obligación de seguridad como un complemento o un reforzamiento del deber principal de la prestación, y del mismo modo, como una forma de obtener la reparación integral del daño, no solo en el ámbito contractual, sino también en el extracontractual y precontractual. Esto es así, debido a que la seguridad no solo se predica entre contratantes, sino que puede ir más allá y debe cobijar a los terceros, es decir, a la clientela potencial y a los aspirantes a contratar, más aún cuando se trata de profesionales, empresarios y establecimientos abiertos al público.

Esta postura es defendida por la doctrina internacional en Alemania⁹⁷, Francia⁹⁸, Italia y España.

⁹⁵ *Ibid.*, 133.

⁹⁶ Cfr. Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral* (Madrid: Civitas, 2000), 147-270.

⁹⁷ Acerca de las relaciones y las diferencias entre el incumplimiento del deber de prestación y el incumplimiento del deber de protección (u obligación de seguridad), cfr. Horst EHMANN y Holger SUTSCHET, *La reforma del BGB. Modernización del Derecho Alemán de las Obligaciones*, trad. de Claudia LÓPEZ DÍAZ y Ute SALACH DE SÁNCHEZ (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 103-122. Algunos autores son Staub, Stoll, Larenz, Roth, Canaris, Frost, Ehmman y Sutschet; ellos señalan, juiciosamente, las diferentes fuentes de los deberes de protección, y definen estos como “relaciones obligacionales unilaterales que junto a los derechos a la prestación principal, nacen de la relación obligacional y solo tienen por finalidad proteger al acreedor de daños, por prohibir u ordenar al deudor un cierto comportamiento.

⁹⁸ Cfr. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES y Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit Civil. Les Obligations*, 2^a. ed. (París: Defrénois, 2005): 496-498. Algunos autores son Halperin, Saleilles, Jossierand, Savatier, Delebecque, Malaurie y Aynes Le Tourneau; ellos abogan por la consideración de la obligación de seguridad como obligación de resultado, y la relacionan con el cumplimiento de la obligación de información, cuando la ejecución de la obligación contractual esencial implica un peligro. También

La justificación para tal afirmación radica en el hecho de que la medicina es una ciencia de probabilidades, en la cual el elemento rector es el manejo de la incertidumbre en el acto médico, paramédico y extramédico. Si la ciencia tiene esta característica, con mayor razón entran en juego tales probabilidades en el “ejercicio” profesional médico frente a la población o a un paciente en particular. Como todos sabemos, el ejercicio profesional aplica algunos conocimientos científicos con apoyo de parámetros y ayudas tanto técnicas como tecnológicas, y un poco de arte. Esta concepción de medicina como ciencia de probabilidades es desarrollada por los doctores Pita Fernández y Pértegas Díaz en los siguientes términos:

La medicina es una ciencia de probabilidades y un arte de manejar la incertidumbre. Dicha incertidumbre se extiende no sólo a las actividades preventivas, terapéuticas y pronósticas sino también a las diagnósticas. En las fases del proceso diagnóstico intervienen la historia clínica, la exploración física y la realización de pruebas complementarias. Cuando existen varias hipótesis diagnósticas, se realizará el diagnóstico diferencial y las pruebas complementarias tratarán de aclarar las dudas existentes. Si solamente hay una sospecha diagnóstica, las pruebas complementarias tratarán de confirmarla. La realización simultánea de varias pruebas complementarias se denomina pruebas complementarias en paralelo, y la realización de pruebas complementarias según los resultados de otras previas, se denomina pruebas complementarias en serie. Al realizar pruebas en paralelo aumenta la probabilidad de diagnosticar a un enfermo, pero también aumenta la probabilidad de considerar como enfermo a un sano. El riesgo de la realización de pruebas en serie es no diagnosticar a algunos enfermos. En cambio, pocos sanos serán considerados como enfermos⁹³.

El ejercicio de la medicina se puede clasificar con base en criterios de secuencia, en las siguientes etapas:

- Prevención
- Diagnóstico
- Terapéutica
- Pronóstico

⁹³ S. PITA FERNÁNDEZ y S. PÉRTEGAS DÍAZ, *Pruebas diagnósticas: Sensibilidad y especificidad. Unidad de Epidemiología Clínica y Bioestadística* (España: Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña, Cad. Aten. Primaria, 2003, 10): 120, 124.

objeto de estudio, y del objeto material del ejercicio de ciertas profesiones que luchan por una mejor calidad de vida de la humanidad, pese al entorno ambiental adverso.

Por estas razones, la Ley 1164 de 2007 reguló aspectos fundamentales del talento humano en salud, y en particular la Ley 1438 de 2011 retomó la definición del “acto propio de los profesionales de la salud” en su artículo 104, para indicar que lo constituye el conjunto de acciones orientadas a la atención integral en salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas, de tal forma que incluye al profesional de la medicina, pero no de manera exclusiva, al igual que ya lo había indicado la Ley 1164 de 2007; no obstante, también precisó que la definición se refiere a la atención integral en salud, y no en general a la atención integral del usuario, la cual generaba ambigüedad sobre si incluía o no otras profesiones ajenas a la salud.

Esta misma disposición de la Ley 1438, que reformó el sistema de seguridad social en salud, reiteró que este acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y por la relación entre el profesional de la salud y el usuario, y para nuevos efectos, reiteró también lo ya indicado expresamente en la Ley 1164 de 2007, en cuanto que “esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional”. Por ende, la obligación generada está necesariamente calificada con la exigencia del conocimiento, así como con la aplicación del mismo de acuerdo con el estado de la ciencia, la técnica y la tecnología disponible, las cuales deben ser aplicadas bajo los parámetros que indica la misma Ley 1438 de 2011; pero desde luego, también le son aplicables a cada profesional de la salud tanto las disposiciones de la Ley 1164 de 2007 como las leyes que regulen la respectiva profesión. Dado que la relación entre profesional de la salud y usuario incluye la obligación de seguridad, esta quedará sujeta a estas mismas disposiciones legales.

Tanto los médicos como los demás profesionales de la salud, en su ejercicio y específicamente en cumplimiento de la obligación de seguridad, deben regirse por los principios generales del artículo 2 de la Ley 1164 de 2007, y por los principios éticos y bioéticos, consagrados en la misma ley, de talento humano, en particular los de: mal menor, no maleficencia y causa de doble efecto ya descritos. Igualmente le son aplicables los principios del sistema general de seguridad social en salud previstos en el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011, entre los que se destacan los principios de calidad, eficiencia, prevención, los cuales guardan una relación directa con esta obligación.

Análisis jurisprudencial

Aspectos preliminares

Para iniciar, es necesario señalar que se identificaron en el Consejo de Estado unas reglas jurisprudenciales en varios escenarios fácticos, donde se discute la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud; es decir, en la sede de lo contencioso administrativo se utilizó la herramienta para análisis de precedente planteada por Diego López, esto es, la línea jurisprudencial. De tal forma, la estructura del siguiente capítulo atiende a la tipología de casos tratada por este alto tribunal¹¹⁰.

En la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que se siguieron los pasos para elaborar una línea, solo se apreciaron elementos conceptuales que orientan la solución de litigios, lo cual implica que “en la decisión de un caso nuevo no cuentan tanto las similitudes fácticas con el caso anterior, sino más bien las conexiones temáticas o conceptuales abstractas que existan entre las sentencias [...] Como ya se dijo, los tribunales que utilizan mayoritariamente citas conceptuales tienden a poseer una noción de jurisprudencia indicativa y no precedente vinculante”¹¹¹. Por tanto, no se hallaron situaciones de hecho comunes ni reglas jurisprudenciales.

Ahora bien, para elaborar las líneas se acudió a bases de datos; algunos de los descriptores que se emplearon fueron: “seguridad”, “obligación de seguridad”,

¹¹⁰ Aunque doctrinalmente y desde la academia pueden realizarse diferentes clasificaciones de las tipologías de casos, el Consejo de Estado ha señalado que, “en relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 28 de abril de 2010, rad. 18574, págs. 13 y 14.

¹¹¹ Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, ob. cit., 116-117.

citacional”, lo cual arrojó unas conclusiones frente a la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de seguridad en el sector de salud.

También es importante precisar que en este texto se realizaron las gráficas sugeridas por Diego López, a fin de evidenciar, de manera sintética, las tendencias de la línea jurisprudencial a partir de los extremos identificables en cada aspecto en particular, ya sean inclinaciones progresistas (izquierda) o conservadoras (derecha). Aunque en la propuesta original las gráficas solo muestran los extremos en los que se ubican las diferentes decisiones, en este caso se muestran además los puntos intermedios. De tal forma, se podrá identificar la tendencia sostenida en una sentencia frente a un problema jurídico en particular, viendo en qué parte de la gráfica está ubicada y teniendo en cuenta que todas están organizadas cronológicamente.

Cabe resaltar que en la etapa final de la presente investigación, la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, emitió un fallo que reconceptualiza los supuestos teóricos de la responsabilidad derivada del acto médico, en el sentido de que hay daños antijurídicos objetivos que el ciudadano no tiene el deber de soportar en los términos del artículo 90 de la Constitución. De manera que, cuando se trata de daños ocasionados por infecciones intrahospitalarias, el título jurídico de imputación no será de falla en el servicio sino de riesgo excepcional, al punto que, según el alto tribunal, no basta con demostrar la existencia de caso fortuito en términos de la irresistibilidad de la producción del resultado para exonerar a la entidad demandada, pues esto hace parte del propio suceso de la infección nosocomial¹¹⁸.

Sin embargo, esta sentencia no se articuló a ninguna de las líneas porque pertenece a otro escenario fáctico, y debido a que el Consejo de Estado señaló en la *obiter dicta* que si bien esta situación tiene una relación cercana con la obligación de seguridad, no es considerada un evento adverso ni ha sido abordada en la jurisprudencia colombiana desde esa perspectiva.

En efecto, en la sentencia del 29 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth, el Consejo de Estado afirmó que, en la jurisprudencia colombiana, las infecciones nosocomiales no son consideradas eventos adversos asociados

¹¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Radicación 30283. M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Jurisprudencia del Consejo de Estado

OBLITO QUIRÚRGICO

El problema jurídico que se plantea para analizar este escenario fáctico es: ¿qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando se olvida un objeto extraño dentro del cuerpo del paciente?

Antes de entrar a exponer las respuestas al problema jurídico formulado, es importante indicar que de acuerdo con la doctrina citada en las decisiones del Consejo de Estado, se ha entendido como oblito quirúrgico aquellos “casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común, los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas”¹²⁰.

La sentencia del Consejo de Estado que es considerada como fundadora de línea en los eventos de oblito quirúrgico es del 3 de septiembre de 1992, y corresponde a un caso en que no se hace mención expresa al incumplimiento de la obligación de seguridad, pero sí se declara la responsabilidad patrimonial por falla en el servicio, en cuanto se probaron los elementos constitutivos de responsabilidad, a saber: i) Daño: realización de una segunda cirugía para extraer el objeto olvidado, molestias de salud y la pérdida de 30 cm del intestino delgado; ii) Falla: no se cumplió con el mínimo de requisitos que la técnica médico-quirúrgica exigía; iii) Nexo causal:

¹²⁰ ADORNO (sic) - GARRIDO, artículo 1113 del Código Civil, comentado y anotado, p. 252 y ss.; BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, Contratos médicos, cit., p. 199; FÉLIX TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y ss. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 30 de julio de 2008, rad. 17276, pág. 8.

cual no es posible exonerarse con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso¹²⁶:

En otros términos, el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden. Por lo tanto, la entidad demandada sólo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero¹²⁷.

A continuación se presenta una gráfica que refleja lo señalado en los párrafos anteriores, y luego se mencionan las conclusiones que se extrajeron de la elaboración de esta línea.

¿Qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando se olvida un objeto extraño dentro del cuerpo del paciente?

Régimen objetivo	Falla del servicio presunta	Falla del servicio probada
	Rad. 7221 03/09/1992	
	Rad. 7336 02/11/1992	
		Rad. 17276 08/07/2008
		Rad. 16451 03/07/2009
Rad. 20836 24/03/2011		
		Rad. 19835 12/05/2011

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 24 de marzo de 2011, rad. 20836, pág. 23.

¹²⁷ Ibíd., 24.

Conclusiones

- Del análisis realizado se concluye que la posición dominante del Consejo de Estado, durante el lapso comprendido entre el 2008 y el 2011 frente al régimen jurídico aplicable a la responsabilidad en casos de oblitto quirúrgico, es la falla del servicio probada, en el entendido de que los hechos hablan por sí mismos, y por lo tanto le basta al demandante probar el olvido del objeto extraño en el cuerpo del paciente para que se tenga por probada también la falla.
- Sin embargo, en marzo de 2011 este alto Tribunal elaboró una subregla, según la cual, cuando el demandante solicita la indemnización de daños causados por el objeto olvidado, se debe aplicar el régimen de responsabilidad objetivo.
- Por lo tanto, la sentencia hito dominante es la expedida el 12 de mayo de 2011, radicado 19835, ya que “contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales se resuelve un conflicto de intereses dentro de un determinado escenario fáctico”¹²⁸.

LESIONES CAUSADAS POR PERSONAL PARAMÉDICO

Quemaduras

El problema jurídico que se plantea para analizar este escenario fáctico es: ¿qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando se causa una quemadura al paciente?

Para iniciar es importante tener presente que “la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, [...] se contrae a impedir que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste”¹²⁹, entre estos las quemaduras.

La regla que da respuesta al problema jurídico formulado es que, aun cuando las quemaduras hubieren sido causadas con ocasión de un acto paramédico, esto

¹²⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, ob. cit., pág. 165.

¹²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 28 de abril de 2010, rad. 18574, pág. 14.

parte del intestino delgado se introdujo en uno de los anillos del objeto extraño, lo que afecto a este órgano¹²¹.

También se señaló que no operaba el hecho exclusivo de la víctima como una causal de exoneración de responsabilidad, porque la paciente acudió a los controles que le habían sido prescritos luego de la cirugía, de tal forma que nunca se sustrajo del seguimiento médico posoperatorio¹²². En suma, es oportuno indicar que si bien los términos obligación de seguridad y *res ipsa loquitur* no se encuentran en el texto de la sentencia, su análisis evidencia que en el razonamiento hecho por este alto Tribunal se esbozó su génesis, a pesar de que a la fecha no habían sido definidas.

Dos meses después, el 3 de noviembre, se declara la responsabilidad estatal en un nuevo caso en el que se olvida una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, siguiendo la misma argumentación planteada en el fallo antes mencionado¹²³.

Ahora bien, respecto a la regla que da respuesta al problema jurídico planteado, este alto Tribunal ha señalado que el Estado es responsable porque el solo hecho de olvidar un objeto extraño en el interior del cuerpo del paciente es en sí misma una conducta reveladora de falla o culpa, ya que los “hechos hablan por sí solos”¹²⁴, más aún cuando esto no es controvertido o desvirtuado por la entidad demandada¹²⁵.

Esta posición se enmarca en el régimen de falla del servicio probada, siempre y cuando el demandante solo solicite la indemnización del daño causado por el olvido del objeto en su cuerpo. Por el contrario, cuando se alegan daños adicionales a consecuencia del olvido, se aplica un régimen objetivo de responsabilidad del

¹²¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Julio César Uribe Acosta, Sentencia del 3 de septiembre de 1992, rad. 7221.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Julio César Uribe Acosta, Sentencia del 3 de noviembre de 1992, rad. 7336.

¹²⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, rad. 17276, 16451, 18348, 20836, 19835.

¹²⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Sentencia del 16 de marzo de 2000, rad. 11890, pág. 20; C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez, Sentencia del 23 de junio de 2010, rad. 18348, pág. 20; C.P.: Enríque Gil Botero, Sentencia del 8 de julio de 2009, rad. 16451, pág. 15; C.P.: Hernán Andrade Rincón, Sentencia del 12 de mayo 2011, rad. 19835, pág. 18.

al incumplimiento de la obligación de seguridad, en donde –como se verá en este acápite– el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha optado por el título de imputación de falla en el servicio; por su parte, las infecciones intrahospitalarias deben ser analizadas desde un régimen de responsabilidad objetiva. Textualmente, el Consejo de Estado afirmó:

En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación, en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos” asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad¹¹⁹.

Esta nueva tesis esgrimida por el Consejo de Estado tiene como uno de sus ejes la previsibilidad y resistividad de las infecciones nosocomiales; sin embargo, esta postura admite algunos cuestionamientos desde la ciencia médica, puesto que, si bien en algunas situaciones es posible prever la potencial infección con determinados microorganismos y tomar las medidas para prevenirlo, no sucede lo mismo en todos los casos, pues intervienen diferentes factores que lo impiden, como las condiciones mismas del paciente o el tipo de patología que padece. La discusión sobre este punto toma fuerza con esta sentencia y debe abordarse desde la perspectiva médica y jurídica.

¹¹⁹ *Ibid.*

“seguridad en salud” y “evento adverso”. Esto significa que no se partió de un punto arquimédico de apoyo, es decir, “una sentencia con la que el investigador [trata] de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias”¹¹², a fin de encontrar “las sentencias hito de la línea y su sistematización”¹¹³, porque en los fallos tanto del Consejo de Estado como de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no se ubicó uno del cual se desprendiera material significativo para elaborar “el estudio de la estructura de citas”, es decir, la ingeniería reversa.

Luego, se ubicaron 31 decisiones del Consejo de Estado y 13 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, pero se redujo el número para el análisis (26 y 3 fallos respectivamente), atendiendo a la relevancia de su contenido y pertinencia¹¹⁴ frente al problema de investigación, pues según López Medina, “se requiere que el intérprete jurisprudencial identifique y escoja aquellas que tienen un peso estructural fundamental dentro de la línea por oposición a sentencias de menor importancia doctrinal”¹¹⁵.

Posteriormente, se realizó el estudio de los fallos escogidos con el propósito de distinguir los contextos fácticos en los cuales se presenta la tensión de intereses vinculados al litigio; para una mejor comprensión de cada uno, se plantearon problemas jurídicos concretos y específicos, siguiendo el referente metodológico de López, quien indica que se “debe preferir la elaboración de problemas jurídicos concretos y descritos en términos fácticos en vez de problemas jurídicos meramente conceptuales. [Se] debe, por tanto, desarrollar una línea jurisprudencial para cada escenario”¹¹⁶.

Más adelante, se aplicó la ingeniería reversa para identificar las sentencias: fundadora, dominante y modificadora cuando a ella hubiere lugar. La expresión *ingeniería reversa* implica la revisión de las decisiones citadas en una providencia, con lo cual se “busca ahora el valor precedencial del fallo anterior”¹¹⁷, y si bien no se ubicó un punto arquimédico de apoyo, sí se hizo el rastreo de las decisiones hito por este medio. Finalmente, se ubicaron los “puntos nodales dentro del nicho

¹¹² *Ibid.* 168.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ La pertinencia hace referencia a que la decisión seleccionada no fuera abstracta, inconcluyente o confusa.

¹¹⁵ Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, ob. cit., pág. 161.

¹¹⁶ *Ibid.* 187.

¹¹⁷ *Ibid.* 171.



resulta irrelevante para determinar el régimen jurídico aplicable y las cargas probatorias exigibles a las partes¹³⁰, pues “de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados [el] demandante [debe aportar] la prueba de los elementos de la responsabilidad”¹³¹.

En relación con el régimen jurídico aplicable, el Consejo de Estado, en esta oportunidad, si bien afirmó que se trataba de una falla en el servicio, no precisó si esta era probada o presunta, pero se infiere que fue la primera, a partir de lo señalado por el consejero Enrique Gil Botero en su aclaración de voto.

Con esto se evidencia la amplia discusión que se ha presentado al momento de identificar el régimen jurídico aplicable y las cargas probatorias que deben satisfacer las partes, en los casos en que se debate sobre la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de seguridad en salud¹³².

Para terminar, se advierte que, como en este escenario fáctico solo se analizó una sentencia, no se grafican las tendencias jurisprudenciales.

Caída de camilla

El problema jurídico que se plantea para analizar este escenario fáctico es: ¿qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando el paciente se cae de la camilla?

Cabe resaltar que, al declararse la responsabilidad de las entidades públicas prestadoras de servicios de salud por daños derivados de la caída de camilla, se ha manifestado que estas situaciones no hacen parte del acto médico propiamente dicho¹³³ pues “involucra todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y

¹³⁰ *Ibid.*, 12.

¹³¹ *Ibid.*, 13.

¹³² “Por último, sólo espero que la jurisprudencia sea abierta a la posibilidad de implementar o extender la aplicación de construcciones teóricas como el indicio de falla, a todas las especialidades médicas, sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla), puesto que lo importante es poner a tono a la jurisprudencia nacional con los más recientes postulados conceptuales trazados desde la doctrina y la jurisprudencia extranjeras que al unísono han reconocido la necesidad de establecer estándares de aligeramiento probatorio en el tópico objeto de análisis”. En Aclaración de voto, C.P.: Enrique Gil Botero, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 28 de abril de 2010, rad. 18574, pág. 29.

¹³³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia del 11 de noviembre de 1999, rad. 12165; C.P.: Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de marzo de 2012, rad. 23163; C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia del 25 de julio de 2011, rad. 20132.

En una decisión posterior, se indicó que los centros de salud deben tomar medidas de cuidado y protección reforzadas en los casos de atención a pacientes de la tercera edad, más aún cuando el paciente está inquieto o alterado¹⁴⁰.

Además, los familiares de las personas tratadas no tienen a su cargo el cuidado de ellas, y en esa medida no les son reprochables los daños causados cuando estén ausentes, porque ello llevaría a admitir como normal y ordinaria la falta de atención y vigilancia por parte de las entidades y personal sanitario a los pacientes¹⁴¹. El régimen jurídico empleado para resolver los casos analizados en esta sección ha sido el de falla del servicio probada.

¿Qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando el paciente se cae de la camilla?

Falla del servicio probada
Rad. 12165 11/11/1999
Rad. 13227 11/04/2002
Rad. 20132 25/07/2011
Rad. 23163 29/03/2012

Conclusiones

- No existen dos extremos entre los que oscile la respuesta al problema jurídico, lo cual refleja un acuerdo unánime respecto al régimen que se aplica cuando un paciente sufre un daño al caerse de una camilla, que es la falla del servicio probada.
- La decisión hito dominante es la promulgada el 29 de marzo de 2012, radicado 23163, porque recoge de manera completa los parámetros que orientan la solución de litigios que corresponden a este escenario fáctico.

¹⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia del 25 de julio de 2011, rad. 20132, pág. 49.

¹⁴¹ *Ibid.*, 51.

La regla general que da respuesta al problema jurídico arriba planteado es que la responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación no es objetiva, ya que siempre debe verificarse si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado¹⁴⁷, y por tanto se deduce que el régimen aplicable es el de la falla en el servicio probada, aunque el Consejo de Estado no lo afirma expresamente en las decisiones analizadas.

De esta forma, cuando el alto Tribunal de lo contencioso administrativo ha resuelto acciones de reparación directa en las que se pretende el resarcimiento de daños ocasionados por la muerte de pacientes lesionados con arma de fuego, ha manifestado que no es posible declarar responsable a la institución prestadora de servicios de salud si esta informa a la policía la presencia de un paciente en estas condiciones, y sigue los protocolos de vigilancia y control aplicables en estos casos, esto es, la presencia de agentes de seguridad en los puntos de salida y entrada de personas.

Además, si la institución no es informada de que la vida del paciente corre peligro o no se solicita especial protección, tampoco le son exigibles medidas adicionales a las proporcionadas¹⁴⁸. Por ejemplo, se considera que una institución adopta medidas diligentes para evitar la causación del daño cuando tiene servicio de vigilancia las 24 horas con personal contratado directamente o a través de una empresa de seguridad privada¹⁴⁹.

En efecto, cuando se dan estas circunstancias, se configura un eximente de responsabilidad por cuanto se trató de un hecho de tercero, imprevisto e irresistible, y la entidad actuó diligentemente¹⁵⁰. Por el contrario, si existe una prestación deficiente del servicio de vigilancia, sí se genera responsabilidad estatal, y esto ocurre

¹⁴⁷ “En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de efectos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, contentivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo”. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 17733, págs. 12-13.

¹⁴⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacios, Sentencias del 27 de abril de 2011, rads. 20374 y 20368.

¹⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 17733, págs. 29-30.

¹⁵⁰ *Ibid.*

En suma, cuando se trata de menores de edad y recién nacidos, los centros asistenciales deben reforzar las medidas de protección, lo cual tiene sustento normativo¹⁵⁴ y jurisprudencial¹⁵⁵.

Finalmente, es oportuno indicar que en esta decisión tampoco se precisa el régimen de falla de servicio, es decir, si es probado o presunto; pero se infiere que es el primero, por cuanto se le exigió al demandante que demostrara la negligencia de la institución hospitalaria.

¿Qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando terceros causan daños al paciente?

Responsabilidad de la Policía	Falla del servicio presunta
	Rad. 7435 21/01/1993
	Rad. 11405 28/09/2000
	Rad. 17733 19/08/2009
Rad. 20368 27/04/2011	
Rad. 20374 27/04/2011	
	Rad. 22304 09/05/2012

¹⁵⁴ Resolución 741 de 1997, artículos 3 y 4.

¹⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304, pág. 17.

Sin embargo, en decisiones posteriores se puede identificar que la tesis adoptada por el Consejo de Estado fue la aplicación del régimen de falla en el servicio probada, partiendo de la base de que la obligación era de medios y no de resultados¹⁵⁸. Luego esa postura fue moderada, en parte, por los preceptos de la Constitución Política de 1991, de tal forma que el juzgador en cada caso determinaba cuál de las partes estaba en mejores condiciones para probar un hecho en particular, recurriendo a la tesis de la carga dinámica de la prueba¹⁵⁹.

Así, sin llegar a aplicar el régimen de la falla presunta, sí se acudió al aligeramiento probatorio, el cual permite sustentar la existencia de una falla en el servicio a partir de indicios¹⁶⁰.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha aplicado la imputación objetiva a la hora de determinar la responsabilidad de un centro psiquiátrico. Al respecto, ha precisado que ello no implica el desconocimiento de la necesidad de un nexo causal o material entre el comportamiento del agente y el daño producido, sino que solamente suministra una serie de construcciones normativas y jurídicas que permiten solucionar problemas o dificultades causales¹⁶¹.

Además, se precisó que los centros psiquiátricos tienen, como toda institución hospitalaria, la obligación de preservar la vida e integridad personal del paciente y del personal que lo atiende, así como garantizar la seguridad de estos y aquellos, estableciendo una vigilancia diligente de acuerdo con las exigencias de la condición del paciente, más aún cuando la patología de este permite prever ciertos comportamientos¹⁶².

¹⁵⁸ “El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados”. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122, p. 7.

¹⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122, pág. 8.

¹⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, 8-11.

¹⁶¹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Mauricio Fajardo, Sentencia del 26 de mayo de 2011, rad. 19977, pág. 20.

¹⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122, págs. 21; 24.

¿Qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando se causan daños a un paciente psiquiátrico?

Falla del servicio probada
Rad. 11652 02/10/1997
Rad. 13122 11/04/2002
Rad. 15352 27/04/2006
Rad. 20209 27/04/2011
Rad. 19977 26/05/2011
Rad. 1995-00895 03/20/2013

Por otro lado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo distinguió, en principio, la obligación de seguridad de la de vigilancia y cuidado –coincidiendo así con la Corte Suprema de Justicia–¹⁶³. Así, afirmaba que la primera debe ser cumplida de manera general por cualquier establecimiento de salud, pero la segunda se entenderá pactada cuando el servicio sea prestado por centros psiquiátricos o geriátricos, mientras que, tratándose de los centros hospitalarios generales, se requerirá de convención expresa¹⁶⁴.

En sentencia del 27 de abril de 2011, se señaló:

La Sala ha concluido, en jurisprudencia reciente, que la obligación de vigilancia tendiente a evitar daños a las personas que están siendo atendidas en un centro de salud, es uno de los deberes propios de la atención hospitalaria, y

¹⁶³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122.

¹⁶⁴ Esta posición fue enunciada en sentencias como: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122, pág. 20.

Conclusiones

- Este alto Tribunal, de manera constante y clara, ha manifestado que el régimen de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de seguridad, cuando un tercero ocasiona daños al paciente, no es objetivo.

- Aunque el Consejo de Estado no ha señalado de manera expresa en sus decisiones si, en estos escenarios fácticos, el régimen de responsabilidad aplicable es de falla en el servicio probada o presunta, se colige que tiende a ser probada, porque se debe acreditar la falta al deber objetivo de cuidado por parte de los centros asistenciales¹⁵⁶.

- La decisión fundadora de línea es de fecha 21 de enero de 1993, radicado 7435, mientras que la sentencia hito dominante es la emitida el 09 de mayo de 2012, radicado 22304.

ATENCIÓN DE PACIENTES CON ALTERACIONES PSIQUIÁTRICAS

Para analizar este escenario fáctico, se planteó el siguiente interrogante: ¿qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando se causan daños a un paciente psiquiátrico?

En un caso de 1997, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad de un centro psiquiátrico porque un paciente que ingresó en buenas condiciones de salud física sufrió una lesión que le generó plejía branquial; sin embargo, la *ratio decidendi* es escasa y se puede resumir en una cuestión probatoria: el paciente no tenía la lesión al momento de entrar al hospital psiquiátrico¹⁵⁷. Esto dificulta identificar con certeza el régimen de responsabilidad utilizado en el fallo.

¹⁵⁶ “En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de efectos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, contenido de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo”. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 17733, pág. 12.

¹⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Sentencia del 2 de octubre de 1997, rad. 11652, pág. 10.

cuando, a pesar de que en el reglamento se ordena la presencia de personal de seguridad, en la práctica funciona muy regularmente, facilitándose el ingreso de terceros armados¹⁵¹.

Sin perjuicio de lo anterior, en otro caso de homicidio se concluyó que el Estado no era responsable a pesar de no haberse informado a la Policía Nacional del ingreso de una persona herida con arma de fuego, al considerar que no se probó:

- La situación especial de riesgo en la que se encontraba el paciente, y de allí que no se haya dado aviso a la Policía.

- La adopción de medidas mínimas de seguridad para el ingreso de extraños a las instalaciones. Por el contrario, dentro de la demanda se afirmó que los hombres armados que asesinaron al paciente, primero sometieron al celador de turno.

Los “deberes de seguridad, en cuanto se refieren al control y vigilancia necesarios para evitar la acción de terceros, no pueden dar lugar al surgimiento de obligaciones de resultado”¹⁵².

Ahora bien, en el caso en que un extraño secuestró a un recién nacido que presentaba infección pulmonar y dificultades respiratorias, y el cual días después fue llevado a urgencias sin vida por su captor, el Consejo de Estado manifestó que una institución que presta servicios de salud puede ser declarada responsable cuando no le proporciona al paciente vigilancia y control durante su estadía en la entidad, y se prueba que esto generó la muerte. En palabras de este tribunal:

(...) no fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los pacientes de pediatría, que por ser un área donde las visitas familiares estaban extendidas, debieron ser aún mayores. En consecuencia, la negligencia del nosocomio en la vigilancia y cuidado de los pacientes de pediatría permitió que un tercero pudiera secuestrar a uno de ellos sin dificultad alguna, lo que llevó a su posterior muerte (...)”¹⁵³.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 28 de septiembre de 2000, rad. 11405, pág. 25; C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304, pág. 14.

¹⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304, pág. 17.

DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS

En este apartado se estudiarán escenarios fácticos, en los cuales terceros causaron daños a pacientes que se encontraban al cuidado y vigilancia de instituciones prestadoras del servicio de salud, tales como homicidios y secuestros.

Para ello, se formuló el siguiente problema: ¿qué régimen jurídico se aplica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad cuando terceros causan daños al paciente?

Se debe precisar que estos eventos tienen lugar en actos extramédicos, ya que se generan daños que exceden los de la patología de base y que deben ser evitados mientras el paciente se encuentre bajo el cuidado de un centro asistencial¹⁴², pues a partir de su ingreso, este adquiere el deber de cumplir con las más elementales normas de precaución, custodia y vigilancia, independientemente de las características propias de cada caso¹⁴³.

No obstante, cuando se presentan situaciones especiales como la atención de personas que ingresan por herida con arma de fuego¹⁴⁴ y recién nacidos¹⁴⁵, la administración del establecimiento hospitalario debe extremar las medidas de control, sin que en el primer caso sea necesario integrar un cuerpo armado para la protección de cada centro hospitalario oficial¹⁴⁶.

En tales casos, para determinar si se cumple o no con la obligación de seguridad frente a los daños causados por terceros, no basta con la existencia de medidas de vigilancia y seguridad en los reglamentos de las entidades prestadoras del servicio de salud, sino que además se requiere acreditar su aplicación.

¹⁴² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencias del 19 de agosto de 2009, rad. 17733, y del 9 de mayo de 2012, rad. 22304.

¹⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Sentencia del 21 de enero de 1993, rad. 7435, pág. 4.

¹⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 17733; C.P.: Daniel Suárez Hernández, Sentencia del 21 de enero de 1993, rad. 7435.

¹⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304.

¹⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Sentencia del 21 de enero de 1993, rad. 7435, pág. 5; C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304, pág. 14.

posteriores a la intervención médica [...] que se llevan a cabo desde el momento en que la persona ingresa al establecimiento médico u hospitalario, de tal manera que son asumidas por el personal paramédico o administrativo”¹³⁴.

En este contexto, el Consejo de Estado ha aplicado la regla según la cual la obligación de seguridad que tienen los centros asistenciales implica evitar que el paciente sufra accidentes en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste¹³⁵.

La sentencia fundadora de línea es de 1999, y en ella se establece que el Estado es responsable por falla en el servicio prestado a un recién nacido que muere luego de caerse de una camilla¹³⁶. El régimen aplicable en este caso es de falla probada¹³⁷.

Al estudiar otras decisiones sobre estos eventos, se encontró un caso en el que se advirtió sobre el riesgo de la caída del paciente por la naturaleza de la lesión que padecía, y pese a ello no se cumplió de manera adecuada con la orden médica de inmovilización por parte del personal de enfermería, ocasionando así un agravamiento tal en su estado de salud que lo llevó a la muerte dos días después¹³⁸. En esta oportunidad, la parte demandada llamó en garantía a una aseguradora, pero esta petición no fue aceptada porque el incumplimiento de obligación de seguridad es de origen extracontractual¹³⁹.

¹³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de marzo de 2012, rad. 23163, pág. 9.

¹³⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122; C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 15352; C.P.: Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de marzo de 2012, rad. 23163, pág. 10.

¹³⁶ “En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave”. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia del 11 de noviembre de 1999, rad. 12165, pág. 5.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13227, pág. 25.

¹³⁹ *Ibid.*, 30.

que, en el caso de las entidades especializadas en el cuidado de enfermos mentales, incluye la de custodia y vigilancia de los propios pacientes, en tanto pueden agredir a otros o agredirse a sí mismos¹⁶⁵.

Luego, el Consejo de Estado cambió de posición y sostuvo que el deber de vigilancia y custodia hace parte de la obligación de seguridad asumida por clínicas y hospitales, independientemente del tipo de contrato o naturaleza de la institución¹⁶⁶. En el mismo sentido, pero de una manera más expresa y contundente, este Tribunal afirmó que:

La obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud¹⁶⁷.

Además, esta Corporación ha manifestado respecto al alcance de la obligación de seguridad que, “la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea doble desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que se imbrican de forma inescindible”¹⁶⁸.

Como consecuencia de esta última posición, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable ante el incumplimiento de la obligación de seguridad en salud, no se alteran en razón de la naturaleza de la entidad, siendo iguales para instituciones psiquiátricas y generales¹⁶⁹.

La única variación consiste en la necesidad de analizar la existencia de un hecho exclusivo de la víctima, pues en un hospital común no es previsible que uno de sus pacientes pretenda hacerse daño, algo contrario a lo que sucede en los centros

¹⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Alier Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122, pág. 24; C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20309, pág. 14.

¹⁶⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 15352.

¹⁶⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Mauricio Fajardo, Sentencia del 26 de mayo de 2011, rad. 19977.

¹⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 20 de marzo de 2013, rad. 1995-00895, págs. 21-22.

¹⁶⁹ *Ibid.*

sí mismo sea una situación imprevisible. Por el contrario, se genera responsabilidad cuando, por ejemplo, la patología del paciente comprende características como la agresividad y la violencia, o cuando hay antecedentes de fuga o intentos de suicidio¹⁷³. Así, incurre en falla en el servicio un centro de atención mental que permite que escape uno de los pacientes que se encuentran bajo su responsabilidad¹⁷⁴.

Los criterios descritos en los párrafos anteriores siguen siendo aplicados en los fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como se evidencia en la sentencia del 20 de marzo de 2013, radicado 1995-00895, donde se estudia la responsabilidad del Estado por la muerte de una mujer en situación de discapacidad que tenía eventos de epilepsia convulsivos desde la niñez, y la cual, al ser atendida en un centro asistencial, escapó porque no se adoptaron medidas de seguridad para preservar su estadía en el lugar: primero, porque no se le suministró la dosis apropiada de sedante, y segundo, porque no se realizó seguimiento.

Por tanto, se declara la responsabilidad del Estado porque “no fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad [...] En consecuencia, la negligencia en la vigilancia y cuidado en el área de urgencias permitió que una paciente en estado de enajenación mental abandonara sin oposición alguna el centro asistencial”¹⁷⁵.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20309.

¹⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 20 de marzo de 2013, rad. 1995-00895, pág. 27.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil

Para la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, la obligación de seguridad puede ser definida como “aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes”¹⁷⁷.

De esta manera, la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad en salud se discute cuando se genera un daño con ocasión del servicio médico-asistencial¹⁷⁸. En este contexto, es necesario precisar cuándo surge la obligación de seguridad con ocasión del contrato de hospitalización, a fin de determinar la responsabilidad contractual que pueden tener los centros asistenciales por los daños causados a los pacientes bajo su atención. En estos términos, el problema jurídico elaborado es el siguiente: ¿se genera obligación de seguridad para instituciones prestadoras de servicios de salud, con ocasión del contrato de hospitalización?

Producto del análisis realizado, se identificó como respuesta que las entidades prestadoras de servicios de salud tienen una obligación de seguridad frente a los pacientes bajo su atención en virtud del contrato de hospitalización, debido a que esta obligación es accesoria a la prestación principal del acuerdo negocial (servicio médico-asistencial) y contiene el deber de vigilancia y custodia cuando se trata de centros psiquiátricos, mientras que en los demás casos deberá ser pactada expresamente.

¹⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Pedro Munar Cadena, Sentencia del 22 de julio de 2010, rad. 41001 3103 004 2000 00042 1, pág. 20.

¹⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: William Namén Vargas, Sentencia del 18 de diciembre de 2009, rad. 11001-3103-018-1999-00533-01, p. 23.

ii) Las partes no pactan expresamente la obligación de seguridad, pero la existencia de esta se deriva de la cabal interpretación del acuerdo negocial, a la luz del principio de la buena fe¹⁸¹.

iii) Es la ley la que impone la obligación de seguridad.

iv) Sin que las partes la hayan pactado expresamente ni su existencia se derive de la interpretación del contrato celebrado, hay lugar a la obligación de seguridad en razón a la naturaleza del acuerdo negocial, en cuyo caso este debe inferirse del nexo existente entre la seguridad del contratante o la de sus bienes, y la obligaciones a cargo del otro.

A partir de lo anterior, una entidad puede ser declarada responsable cuando una persona que está en buenas condiciones de salud sufre un daño luego de recibir atención en el hospital, pues a este le es exigible la obligación de seguridad, lo cual implica que “ha de tomar las medidas necesarias para que [el paciente] no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales”¹⁸².

Cabe resaltar que la producción del accidente se comprende en un contexto institucional, es decir, con ocasión de eventos adversos ligados a la prestación del servicio¹⁸³. Así, por ejemplo, la “inversión de gases insensibilizadores” (oxígeno y óxido nítrico) en un procedimiento anestésico se considera la causa del evento que produjo la muerte de un paciente¹⁸⁴.

Esto implica una actuación imprudente del médico especialista, la cual también le es atribuible al centro asistencial demandado por existir una relación laboral entre estos.

Ahora bien, la obligación de seguridad puede manifestarse en¹⁸⁵:

¹⁸¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Esteban Jaramillo Schloss, Sentencia del 1 de febrero de 1993, rad. 3532.

¹⁸² *Ibid.*, 24.

¹⁸³ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Sentencia del 30 de agosto 2010, rad. 1100131030221999-06826-01

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

En virtud de la obligación de seguridad que media entre los distintos entes que influyen en la cadena de prestación de los servicios de salud y los pacientes, los primeros no solo responden por los accidentes o eventos traumáticos en el curso de la atención médica u hospitalaria, sino también deben garantizar que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la prestación de servicios de salud por las clínicas y hospitales, no dañen a las personas que se benefician de tales servicios¹⁹¹.

De esta forma, se extiende la responsabilidad a los prestadores de los servicios de salud (clínicas u hospitales) por la no idoneidad de dichos elementos utilizados en los pacientes, y que finalmente vienen siendo los causantes del daño irrogado.

Cuando en la producción del daño interviene la actuación del paciente, a la institución “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”¹⁹².

También, la Sala Civil ha manifestado que esta obligación es de resultado cuando:

El deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un “deber general de prudencia y diligencia”, enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente¹⁹³.

De esta forma, la obligación de seguridad en salud es de resultado cuando el paciente no ha contribuido en la producción de daño; pero si, por el contrario, el afectado ha participado en el curso causal, a las instituciones solo les es exigible acreditar que el resultado no se ocasionó por su actuación imprudente¹⁹⁴.

¹⁹¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, Sentencia del 13 de septiembre de 2013, rad. 1998-37459.

¹⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: William Namén Vargas, Sentencia del 18 de diciembre de 2009, rad. 11001-3103-018-1999-00533-01, pág. 24.

¹⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Pedro Munar Cadena, Sentencia del 22 de julio de 2010, rad. 41001 3103 004 2000 00042 1, p. 20.

¹⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: William Namén Vargas, Sentencia del 18 de diciembre de 2009, rad. 11001-3103-018-1999-00533-01, p. 24; M.P.: Esteban Jaramillo Schloss, Sentencia del 1 de febrero de 1993, rad. 3532.

Dentro de la misma caracterización de obligación de resultado, en sentencia del 13 de septiembre de 2013, la Corte, al estudiar un caso contra instituciones del sector salud por contaminación del virus VIH, se refirió al deber de seguridad y en particular a la responsabilidad de los prestadores de los servicios de salud por productos defectuosos, en los siguientes términos:

Ahora bien, debe destacar la Corte que, en el contexto de que se trata, el deber de seguridad no sólo se manifiesta en la necesidad de evitar que el paciente sufra accidentes o eventos traumáticos en el curso de la atención médica u hospitalaria, sino también en garantizar que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la atención de la enfermedad no causen daños a las personas que son beneficiarias de los servicios de las clínicas u hospitales.

Desde otra óptica, debe advertirse también que los prestadores de los servicios de salud, al igual que ocurre con los restantes intervinientes en el mercado, pueden responder por los productos que utilicen en el desarrollo de sus actividades y que se puedan considerar defectuosos, por no ofrecer la seguridad que legítimamente pueden esperar los consumidores o usuarios, campo este donde, por regla general, el deber en comento asume las características de una obligación de resultado (Cas. Civ. 30 de abril de 2009, exp. 00629 01)⁹⁵.

A su vez la Corte, aunque solo se refirió marginalmente a la obligación de seguridad y no tuvo oportunidad de estudiar para este caso la legislación especial en materia de la naturaleza jurídica de las obligaciones de los profesionales de la salud, en sentencia del 5 de noviembre de 2013, con ocasión de un caso de cirugía plástica, hizo un análisis histórico de la dicotomía entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado⁹⁶.

i) Un deber determinado del deudor: se presume la culpa de este por la causación de un daño y a él le corresponde demostrar alguna de las causales de exoneración por ausencia del nexo causal (obligación de resultado).

ii) Un deber general de prudencia y diligencia encaminado a evitar la ocurrencia de cualquier percance: en este caso, incumbe al acreedor demostrar que el deudor desatendió el deber a su cargo y, por causa de su negligencia o imprudencia, causó el daño alegado por aquél (obligación de medio).

La importancia de la distinción entre una y otra manifestación de la obligación de seguridad radica en que, por razón de la misma, se establecen, entre otros, los aspectos relativos al contenido del deber del deudor y la carga de la prueba en el proceso respectivo; pero es preciso advertir que establecer dicha diferenciación es una cuestión verdaderamente ardua cuando las partes o la ley no la han fijado expresamente⁹⁶.

El criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia es que, de cara al denominado “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 contrato⁹⁷.

La obligación de seguridad 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 personal⁹⁸, por lo que su existencia no depende de pacto expreso. El objetivo de este deber es vigilar al paciente con el grado de diligencia que demanden sus circunstancias, de acuerdo con la clase de enfermedad que sufra y las manifestaciones de esta, con la finalidad de evitar que experimente daño alguno mientras permanezca en las instalaciones del establecimiento⁹⁹.

Respecto de los centros asistenciales comunes, el deber de vigilancia y custodia no hace parte de la obligación de seguridad que se deriva del contrato hospitalario, siendo necesario que medie la voluntad de las partes para su nacimiento⁹⁹.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibid*.

¹⁸⁸ *Ibid*.

¹⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil. M.P.: Esteban Jaramillo Schloss, Sentencia del 1 de febrero de 1993, rad. 3532.

¹⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil. M.P.: Horacio Montoya Gil, Sentencia No. 209 del 12 de septiembre de 1985.

Sin embargo, se advierte que, dadas las características de las decisiones adoptadas por esta Sala, no es posible seguir la metodología expuesta por Diego López para elaborar una línea jurisprudencial, pues las múltiples variables que confluyen en el análisis de estos casos darían para plantear una discusión teórica que dejaría por fuera la *ratio decidendi* de cada caso en particular. Esto, porque no se han resuelto litigios con identidad fáctica, lo que imposibilita hablar de un mismo punto de Derecho y en consecuencia de una línea de análisis. Además, para efectos de esta investigación, resulta más importante conocer el contexto teórico-jurídico en que se han fallado las demandas de casación cuando está de por medio la obligación de seguridad en salud.

Así las cosas, en sentencia de 1985, la Corte Suprema consideró que la obligación de seguridad hace parte del contrato de hospitalización, e impone al centro asistencial el deber de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato. Esta obligación de seguridad, en el caso de establecimientos psiquiátricos, comprende además la de custodia y vigilancia¹⁷⁹.

En términos generales, la obligación de seguridad puede surgir en diferentes escenarios jurídicos¹⁸⁰:

i) Las partes pactan expresamente la obligación de seguridad. En este caso, ellas pueden fijar tanto el contenido de la obligación como el alcance de la misma. En consecuencia, pueden acordar que el deudor asuma simplemente una conducta ajustada a las exigencias genéricas de prudencia y diligencia, o por el contrario, subiéndole el punto a su obligación, que este se comprometa a garantizar que no acaecerá ningún accidente en el cumplimiento del contrato que lesione la persona o los bienes del acreedor, a menos que se derive de una causa extraña, a cuyos efectos exonerativos puede, en todo caso, renunciar voluntariamente.

¹⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Horacio Montoya Gil, Sentencia 209 del 12 de septiembre de 1985.

¹⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Pedro Munar Cadena, Sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 14491.

Conclusiones

• En la mayoría de sentencias en las que se resolvió un caso dentro del escenario fáctico aquí estudiado, se aplicó el régimen de responsabilidad de falla en el servicio probada, pero con un marcado aligeramiento probatorio en donde la prueba indiciaría adquiere especial importancia.

• El personal de los centros psiquiátricos debe tomar las medidas que sean necesarias para evitar la causación de daños que puedan preverse a partir de la patología de cada paciente.

• Sin embargo, en fallo del 2011 se acudió a la imputación objetiva dentro del régimen de falla en el servicio¹⁷⁶.

• En las decisiones analizadas se identificó como fundadora de línea la de fecha 2 de octubre de 1997, radicado 11652, y como hito dominante la expedida el 11 de abril de 2002, radicado 13122.

¹⁷⁶ En el asunto *sub examine*, deviene incuestionable que la Administración Pública Sanitaria debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el paciente se fugara o evadiera, pues conocía perfectamente el riesgo que esa circunstancia generaba para el propio paciente y para la sociedad; de allí que, al haber omitido el cumplimiento irrestricto de la obligación de seguridad y, de manera concreta, de vigilancia y custodia, se configuró una falla del servicio atribuible a la demandada. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Mauricio Fajardo, Sentencia del 26 de mayo de 2011, rad. 19977, pág. 26.

de atención mental, en donde la actuación del paciente no podrá desvirtuar la imputación fáctica y servir como causal de exoneración de responsabilidad.

Por otra parte, ha sostenido el Consejo de Estado que los centros de atención a pacientes con enfermedades mentales deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vigilancia y protección de los pacientes y personal asistencial, incluso cuando sean en contra de la “voluntad” del paciente. Pero en todo caso, siempre se debe respetar la dignidad de este, usando para ello medidas alternativas; por lo tanto, no está permitido que, en aras de respetar al individuo que adolece de enfermedades que afectan su mente y voluntad, se propicien riesgos para sí mismo y quienes lo rodean¹⁷⁷.

Como consecuencia de lo anterior, las entidades psiquiátricas asumen la responsabilidad de autorizar la salida de los pacientes, aun cuando esta esté prevista en el tratamiento, debiendo evaluar en cada caso si la persona tiene la capacidad de comportarse adecuadamente fuera del hospital, y si sus familiares están en la capacidad de reaccionar adecuadamente y controlar una eventual crisis¹⁷⁷.

La obligación de seguridad y el deber de vigilancia y cuidado que adquieren los centros psiquiátricos son de medio y no de resultado. No obstante, el alto Tribunal ha comentado en sus decisiones que:

Si el enfermo es internado en una clínica común y corriente o por razones de urgencia, y está afectado por un mal psiquiátrico, dicha entidad, hasta tanto pueda derivar al paciente a un establecimiento especializado, asumirá una obligación de medios, pues si las clínicas de salud mental contraen deberes de esta última especie (...) a fortiori ha de aplicarse idéntica solución a las clínicas comunes o corrientes que deben afrontar una emergencia de la señalada naturaleza¹⁷⁷.

En este orden de ideas, una entidad psiquiátrica podrá exonerarse de responsabilidad, cuando la acción del paciente que causa un daño a otra persona o a

¹⁷⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20309; C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 15352; C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 20 de marzo de 2013, rad. 1995-00895.

¹⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 15352.

¹⁷² *Ibid*.

Conclusiones

Aunque la obligación de seguridad surgió y se consolidó en el contrato de transporte y no en la prestación de servicios de salud, este es un campo en el cual actualmente tiene una importante aplicación, que demanda la atención de abogados y jueces para contribuir a su desarrollo jurídico en Colombia, de manera que se tengan en cuenta las particularidades de la relación que surge con ocasión de la atención médica a un paciente, la cual dista de aquella que surge entre el transportista y el pasajero.

La naturaleza jurídica de la obligación de seguridad ha sido discutida por los académicos; aunque hay disparidad de criterios sobre varios puntos, existe consenso en afirmar que se trata de una obligación diferente a la prestación principal, y que es secundaria a ella, mas no accesoria, en tanto que el cumplimiento de la primera no supone la satisfacción de la segunda, debido a que no corren la misma suerte.

Para la aplicación de la obligación de seguridad en salud, juegan un papel muy importante las actividades desarrolladas por profesionales de la salud diferentes al médico; por lo tanto, la regulación que se hace de ellas tiene una incidencia directa en la protección del paciente, y por consiguiente, en muchos casos, la actuación de estos profesionales será determinante para establecer si hay o no responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de seguridad.

En relación con el análisis jurisprudencial, el Consejo de Estado ha establecido un precedente vinculante para determinar el régimen de responsabilidad aplicable cuando se presenta incumplimiento de la obligación de seguridad en salud, en escenarios fácticos concretos como: oblitio quirúrgico, lesiones causadas por personal paramédico, daños causados por terceros y atención de pacientes con alteraciones psiquiátricas, aunque en varias oportunidades no se exprese en la decisión de manera explícita.

el régimen de falla en el servicio probada en cuatro fallos, y finalmente utilizó en una sentencia el régimen objetivo.

Esto implica que cuando se presenta un daño con ocasión del olvido de un instrumento dentro del cuerpo, basta con esto para probar la falla; pero si el accionante reclama la indemnización de los daños ocasionados por el olvido, se empleará el régimen objetivo. La sentencia hito dominante que tiene los criterios sobre la materia es la emitida el 12 de mayo de 2011, radicado 19835, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

Al resolver casos donde el personal paramédico causó lesiones al paciente, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que no era relevante la distinción entre acto médico, paramédico y extramédico al momento de determinar el régimen de responsabilidad y las cargas probatorias en cabeza de las partes.

No obstante, el alto tribunal ha usado de manera reiterada el régimen de falla en el servicio probada para adoptar sus decisiones, ya se trate de quemaduras o de caídas de camilla. En este contexto, se identifica el fallo del 29 de marzo de 2012, radicado 23163, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, como hito dominante, porque contiene los parámetros que un juez debe tener en cuenta a fin de solucionar estos litigios.

Por otro lado, en relación con los daños causados por terceros, las consideraciones de esta Corporación han oscilado entre la aplicación del régimen de falla en el servicio probada, y este mismo régimen con aligeramiento probatorio; aunque predomina la primera posición, pues ha sido sostenida en cuatro fallos. La sentencia hito dominante en este escenario es del 9 de mayo de 2012, radicado 22304, C.P.: Enrique Gil Botero.

Para terminar, frente a la atención de pacientes con alteraciones psiquiátricas, el Consejo de Estado ha decidido los conflictos aplicando la falla en el servicio probada con aligeramiento probatorio; no obstante, para efectos de la imputación jurídica se recurrió en un fallo a la teoría de imputación objetiva. Pero se ha insistido en que las obligaciones siguen siendo de medio en este caso, y en que los deberes de vigilancia y custodia son inescindibles de los del contenido prestacional. En esta línea, la sentencia hito dominante es la expedida el 11 de abril de 2002, radicado 11652, C.P.: Alier Hernández.

Bibliografía

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato*, trad. de HINESTROSA FORERO, Fernando y CORTÉS, Édgar. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BUERES, Alberto. *La responsabilidad civil de los médicos*. 1ª reimpresión de la 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá D.C.: Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 6a. edición, 2009.

DE LAS HERAS García, Manuel Ángel. *Estatuto ético jurídico de la profesión médica*. Madrid: Dykinson S.L., 2005.

EHMANN, Horst, y SUTSCHET, Holger. *La reforma del BGB. Modernización del Derecho Alemán de las Obligaciones*, trad. LÓPEZ DÍAZ, Claudia y SALACH DE SÁNCHEZ, Ute. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

FRANCO, Jorge Andrés. “Responsabilidad institucional y obligaciones de seguridad en clínicas y hospitales”. *Actualización Médico Legal*, Universidad Nacional, Vol. 45, No. 2, 1997.

GARCÍA LEÓN, Rosalía. “Consideraciones jurisprudenciales al tratamiento de la responsabilidad profesional médica en Venezuela”. *Revista Sideme*, Vol. 1, No. 1, enero-marzo 2008.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Culpa Contractual*. Bogotá: Temis, 1990.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica. En Derecho Civil y Administrativo. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Diké, 1995.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio. *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*. Rosario: Vélez Sarsfield, 1988.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO

Sección Tercera. C.P.: Julio César Uribe Acosta. Sentencia del 3 de septiembre de 1992, rad. 7221.

C.P. Julio César Uribe Acosta. Sentencia del 3 de noviembre de 1992, rad. 7336.

C.P.: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 21 de enero de 1993, rad. 7435.

C.P.: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 2 de octubre de 1997, rad. 11652.

C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 24 de junio 1998, rad. 10530.

C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, rad. 12165.

C.P.: Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 16 de marzo de 2000, rad. 11890.

C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 28 de septiembre de 2000, rad. 11405.

C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13122.

C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 13227.

C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 15352.

C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia de julio 8 de 2009, rad. 16451.

C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 17733.

M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 30 de agosto de 2010, rad. 1100131030221999-06826-01.

M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 13 de septiembre de 2013, rad. 11001-3103-027-1998-37459-01

M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. Rad: 20001-3103-005-2005-00025-01.

NORMATIVIDAD

CÓDIGOS

Civil de Colombia, Ley 57 de 1887.

Comercio de Colombia, Decreto 410 de 1971.

Sustantivo del Trabajo de Colombia, Decreto Ley 2663 de 1950.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

LEYES

14 de 1962 (abril 28), por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía.

9 de 1976 (enero 30), diario oficial 34.489, por la cual se reglamenta la profesión de fisioterapia.

9 de 1979 (enero 24), diario oficial 35.308, por la cual se dictan medidas sanitarias.

23 de 1981 (febrero 18), diario oficial 35.711, por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

73 de 1981 (diciembre 3), diario oficial No. 35.904, por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios y se conceden unas facultades extraordinarias.

10 de 1990 (enero 10), diario oficial 39.137, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

6 de 1991 (enero 16), diario oficial 39.631, por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones.

36 de 1993 (enero 6), diario oficial 40.710, por la cual se reglamenta la profesión de bacteriólogo y se dictan otras disposiciones.

100 de 1993 (diciembre 23), diario oficial 41.148, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

266 de 1996 (enero 25), diario oficial 42.710, por la cual se reglamenta la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones.

528 de 1999 (septiembre 14), diario oficial 43.711, por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de fisioterapia, se dictan normas en materia de ética profesional y otras disposiciones.

841 de 2003 (octubre 7), diario oficial 45.335, por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de bacteriología, se dicta el código de bioética y se dictan otras disposiciones.

911 de 2004 (octubre 5), diario oficial 45.693, por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia, se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones.

949 de 2005 (marzo 17), diario oficial 45.853 de 17 de marzo de 2005, por la cual se dictan normas para el ejercicio de la profesión de terapia ocupacional en Colombia, y se establece el código de ética profesional y el régimen disciplinario correspondiente.

1164 de 2007 (octubre 3), diario oficial 46.771, por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud.

1193 de 2008 (mayo 9), diario oficial 46.984, por la cual se modifica parcialmente la 841 del 7 de octubre de 2003 y se dictan otras disposiciones.

1438 de 2011 (enero 19), diario oficial 47.957, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

1480 de 2011 (octubre 12), diario oficial 48.220, por la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones.

C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de abril de 2010, rad. 18574, y su aclaración de voto, C. P.: Enrique Gil Botero.

C.P.: Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 23 de junio de 2010, rad. 18348.

C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 24 de enero de 2011, rad. 17547.

C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de marzo de 2011, rad. 20836.

C.P.: Ruth Stella Correa Palacios. Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20374.

C.P.: Ruth Stella Correa Palacios. Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20368.

C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20309.

C.P.: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 12 de mayo 2011, rad. 19835.

C.P.: Mauricio Fajardo. Sentencia del 26 de mayo de 2011, rad. 19977.

C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 25 de julio de 2011, rad. 20132.

C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de marzo de 2012, rad. 23163.

C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304.

C.P.: Danilo Rojas Betancourt. Sentencia del 29 de agosto de 2013, rad. 30283.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil. M.P.: Horacio Montoya Gil. Sentencia 209 del 12 de septiembre de 1985.

M.P.: Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia del 1 de febrero de 1993, rad. 3532.

M.P.: Pedro Munar Cadena. Sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 14491.

M.P.: William Namén Vargas. Sentencia del 18 de diciembre de 2009, rad. 11001-3103-018-1999-00533-01.

M.P.: Pedro Munar Cadena. Sentencia del 22 de julio de 2010, rad. 41001 3103 004 2000 00042 1.

GENEVIÈVE, Viney. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, trad. de MONTOYA MATEUS, F. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Colección de Ensayos 8, 2002.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*, 2a. edición. Bogotá D.C.: Legis, 2006.

MALAURIE, Philippe; AYNES, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit Civil. Les Obligations*, 2a. edición. París: Defrénois, 2005.

MÚRTULA, Virginia. *La responsabilidad civil por daños causados por un miembro intermediario de un grupo*. Madrid: Dykinson, 2005.

RODRÍGUEZ OLMOS, Jaime. “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 20, enero-junio de 2011.

PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, 2a. edición. Volumen III, Parte Segunda. Bogotá: Temis, 1955.

PITA FERNÁNDEZ, S. y PÉRTEGAS DÍAZ, S. *Pruebas diagnósticas: Sensibilidad y especificidad, Unidad de Epidemiología Clínica y Bioestadística*. Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña (España), Cad. Aten. Primaria, 2003.

PRÉVÔT, Juan Manuel. *La obligación de seguridad*, 2a. edición. Bogotá D.C.: Temis, 2012.

RÚJÍZ, Wilson. “La responsabilidad médica en Colombia”. *Criterio Jurídico de la Universidad Javeriana de Cali*, Vol. 4, 2004.

ROZO SORDINI, Paolo Emanuelle. “Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 4, julio de 1988, Bogotá D.C.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Responsabilidad médica en los servicios de salud*, 1a. edición. Medellín: Librería Jurídica Diké, 1993.

Por otro lado, es importante indiciar que, al estudiar un caso de lesiones ocasionadas a un niño por infección intrahospitalaria, el Consejo de Estado aplicó el título jurídico de riesgo excepcional para declarar la responsabilidad de la entidad demandada, aclarando que, “el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla en el servicio, sino el daño antijurídico”²⁰⁰.

Así, manifestó: “el concepto objetivo de la antijuridicidad del daño habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”. También, aclaró que, si bien este escenario fáctico –infecciones intrahospitalarias– “gravita de manera cercana a la obligación de seguridad, no puede vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso (...) Por el contrario, (...) constituye un daño antijurídico que tiende a ser endilgado desde la perspectiva objetiva”²⁰¹.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, a pesar de que la obligación puede ser pactada expresamente por las partes, ello no es indispensable para su existencia, pues bien puede derivarse de una interpretación sistemática del acuerdo negocial o sencillamente existir en cuanto hace parte de la naturaleza del contrato de hospitalización, o por ministerio de la ley²⁰².

²⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2013, rad. 30283, pág. 14.

²⁰¹ *Ibid.*, 16.

²⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, M.P.: Pedro Munar Cadena, Sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 14491.

Además, es necesario comentar que en las *ratio decidendi* esgrimidas en cada fallo no se discute sobre aspectos teóricos de la obligación de seguridad, como por ejemplo si es una obligación principal o accesorio, o si es de medio o de resultado. Así, el Consejo de Estado, al decidir las acciones de reparación directa interpuestas por pacientes que se han visto afectados, solo se ha ocupado de resolver el conflicto remitiéndose a las reglas determinadas en el desarrollo jurisprudencial.

No obstante, este alto tribunal no comparte lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia y afirma que la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable separar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que están coligados de forma inescindible¹⁹⁷.

También, manifiesta sobre el contenido y alcance de esta obligación que, “[...] poco importa si se le analiza desde la perspectiva contractual o extracontractual, las prestaciones que de aquella se desprenden serán siempre las mismas, así sea un criterio a ser definido como elemento de la naturaleza o accidental de un negocio jurídico”¹⁹⁸. En efecto, se ha considerado que esta obligación es de carácter principal y autónomo a la prestación del servicio público sanitario y hospitalario¹⁹⁹.

Ahora bien, respecto a los escenarios fácticos, en lo referente al oblitto quirúrgico se encuentra que en un primer momento la sección tercera del Consejo de Estado aplicó en dos sentencias el régimen de falla probada con aligeramiento probatorio (entre ellas se encuentra la hito fundante). Luego, empleó de manera reiterada

¹⁹⁷ “De otro lado, en cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que están coligados de forma inescindible”. En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 17733, págs. 13-14.

¹⁹⁸ *Ibid.* Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22304, pág. 16.

¹⁹⁹ “Por lo tanto, los eventos adversos configuran daños antijurídicos que pueden ser imputados a las entidades de salud por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que son inherentes a la prestación del servicio público sanitario y hospitalario; *esta prestación es de carácter principal y autónomo*; se relaciona con la ejecución de los denominados 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, y comprende las actividades de vigilancia, custodia, cuidado y protección de los pacientes” (resaltado del autor). En CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencias del 19 de agosto de 2009, rad. 17733, pág. 20, y del 9 de mayo de 2012, rad. 22304, págs. 16-17.

DECRETOS

3380 de 1981 (noviembre 30), diario oficial 35.914, por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.

3466 de 1982 (diciembre 2), diario oficial 33.559, por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.

412 de 1992 (marzo 6), diario oficial 40.368, por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones.

1917 de 1994 (agosto 5), diario oficial 41.478, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 1298 de 1994 en cuanto a los requisitos y condiciones técnico-sanitarias para el funcionamiento, acreditación y licenciamiento de laboratorios clínicos y de salud pública, y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

2174 de 1996 (noviembre 28), diario oficial 42.931 del 3 de diciembre de 1996, por el cual se organiza el sistema obligatorio de garantía de calidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2309 de 2002 (octubre 15), diario oficial 44.967 del 17 de octubre de 2002, por el cual se define el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1011 de 2006 (abril 3), diario oficial 46.230, por el cual se establece el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4295 de 2007 (noviembre 6), diario oficial 46.804, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 872 de 2003.

RESOLUCIONES

741 de 1997 (marzo 14) del Ministerio de Salud, por la cual se imparten instrucciones sobre seguridad personal de usuarios para instituciones y demás prestadores de servicios de salud.

Microbiología Clínica. No. 10, 2000. Disponible en: <http://www.seimc.org/documentos/protocolos/microbiologia/>. Consultado el 9 de junio de 2012.

GARAY, Óscar Ernesto. “Especialidades médicas. ¿Obligaciones de medios o de resultados? Revisión de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales”. *Revista de la Asociación Médica Argentina*, Vol. 119, No. 3, 2006, págs. 15-31. Disponible en: http://www.ama-med.org.ar/revistas/2006-3/especialidades_medicas.pdf. Consultado el 3 de enero de 2013.

GERBAUDO, Germán Esteban. “La obligación de seguridad en el Derecho Privado argentino”. *Revista Jurídica Online*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 30, 2011. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_153_a_192_la_obligacion.pdf. Consultado el 3 de enero de 2013.

GONZÁLES, Carlos Agurto. “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica”. *Revista Persona*, No. 86, 2010, Argentina. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Personas/86/86Agurto.htm>. Consultado el 3 de enero de 2013.

PARELLADA, Carlos Alberto; CUERVO, Luis Horacio; FURLOTTI, Silvina; MARTÍNEZ APPIOLAZA, Raúl; MARTINELLI, Fabiana; QUIRÓS, Pablo; LIVELLARA, Silvina y CASTRO, Martín. Ponencia Obligaciones de Seguridad, presentada en Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 22/24 de septiembre de 2005. Disponible en: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fparellada.com.ar%2Fbajando.php%3Fid%3D77_OBLIGACIONES_DE_SEGURIDAD.doc&ei=1nDrUM7xHIWE8AT5j-IDQDw&usq=AFQjCNGBc_Y7wR-2yjGDIIIJhAFhAcngA&sig2=SMB_wDkPSoYUmmU-Hoyfaew&bvm=bv.1355534169,d.eWU

Protocolo de evaluación del riesgo y prevención de caídas en el HUAP. Unidad de Calidad y Seguridad del Paciente. Disponible en: http://www.asistenciapublica.cl/Protocolo_de_caidas.pdf. Consultado el 15 de agosto de 2012.

Protocolo español de control de calidad en radiodiagnóstico. Disponible en: <http://www.sepr.es/html/recursos/publicaciones/Protocolo%20espanol-version%201.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2013.

Anexos

Decisiones del Consejo de Estado, Sección Tercera

1. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de noviembre de 1992. Radicación 7336. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
2. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de enero de 1993. Radicación 7435. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 1997. Radicación 11652. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999. Radicación 12165. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
5. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2000. Radicación 11405. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
6. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2000. Radicación 12489. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002. Radicación 13122. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

18. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio 2011. Radicación 20309. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

19. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de mayo 2011. Radicación 19835. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

20. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril 2011. Radicación 20374. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

21. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril 2011. Radicación 20368. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

22. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 marzo de 2011. Radicación 20836. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

23. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de marzo 2012. Radicación 23163. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

24. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de mayo 2012. Radicación 22304. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

25. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de marzo 2013. Radicación 1995 00895. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

26. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Radicación 30283. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.



8. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 13227. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
9. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Radicación 15352. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
10. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación 17276. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
11. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio 2009. Radicación 16451. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Radicación 17733. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
13. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 18574. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
14. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio 2010. Radicación 18348. Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordóñez.
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Radicación 19977. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.
16. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio 2011. Radicación 15332. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2011. Radicación 20132. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



2183 de 2004 (julio 9) del Ministerio de la Protección Social, diario oficial 45.611, por la cual se adopta el manual de buenas prácticas de esterilización para prestadores de servicios de salud.

1446 de 2006 (mayo 8) del Ministerio de la Protección Social, diario oficial 46.271, por la cual se define el sistema de información para la calidad y se adoptan indicadores de monitoría del sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud.

1441 de 2013 (mayo 6) del Ministerio de Salud y Protección Social, diario oficial 48.787, por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar los servicios, y se dictan otras disposiciones.

2003 de 2014 (mayo 28) del Ministerio de Salud y Protección Social, diario oficial 49.167, por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de servicios de salud.

3678 de 2014 (agosto 28) del Ministerio de Salud y Protección Social, diario oficial 49.258, por la cual se modifica la Resolución 2003 de 2014.

WEBGRAFÍA

BARRIENTOS, Marcelo. "La obligación de seguridad en la subcontratación laboral: previsibilidad del hecho y del daño". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 1, abril 2012. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372012000100005&scr ipt=sci_arttext#n21. Consultado el 3 de enero de 2013.

CAYZAC, Fernando. "Obligación de seguridad, espectáculos públicos y defensa del consumidor". *Revista Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Vol. 83, 2007, pág. 277. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/obligacion-de-seguridad-espectaculos-publicos-y-defensa-del-consumidor.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2013.

FERNÁNDEZ DE BOADILLA, Elena; ALOMAR CARDELL, P.; BERNAL ZAMORA, A.; HARTO CASTANO, A.; PÉREZ SÁENZ, J.L.; PICAZO DE LA GARZA, J.J. y SARAZÁ LINARES, M.L. "Seguridad en el laboratorio de microbiología clínica". *Procedimientos de Microbiología Clínica de la Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y*

Decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia del 18 de diciembre 2009. Radicación 00533-01. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia del 30 de agosto 2010. Radicación 06826-01. Magistrado Ponente: Jaime Arrubla Paucar.
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia del julio 22 de 2010. Radicación 41001 3103 004 2000 00042 1. Magistrado Ponente: Pedro Munar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de noviembre de 1992. Radicación 7336. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Hechos: A una mujer se le practicó una colostomía y un año después se identificó que se había dejado una aguja dentro de su cuerpo, debido a dolores y molestias que presentó la paciente luego de la operación. Esta situación generó complicaciones de salud adicionales.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde.

111

Luis Gonzalo Peña Aponte

Cabe agregar cómo, si se hacía necesario, ha podido la Dirección del Hospital solicitar vigilancia policiva para en esa forma responder y cumplir mejor el compromiso de protección y conservación de la vida e integridad de quienes en situaciones especiales se entregan al cuidado y atención del respectivo centro hospitalario, con la confianza de que una vez recuperados puedan abandonar en buenas condiciones las instalaciones del hospital.

Se concluye, pues, que en el caso analizado fue ostensible el irregular funcionamiento de los sistemas de vigilancia, seguridad y control del Hospital Regional de Sincelajo, lo que permitió o facilitó la tarea criminal de quienes ultimaron a la víctima. En ese deficiente servicio radica la falla del mismo.

Obiter dicta

No comparte la Sala los razonamientos del Tribunal al reducir el planteamiento de la controversia a una falla en la prestación del servicio de vigilancia por parte de la Policía Nacional. La solución en este caso no puede ser tan simplista, ni limitada, por cuanto desde el momento mismo del ingreso del paciente al hospital, este centro adquiere diversos compromisos y obligaciones frente al usuario. Deberá además de realizar las diligencias y procedimientos inherentes a la recuperación del enfermo, suministrarle techo y alojamiento, auxilios médico-quirúrgicos, tranquilidad, condiciones ambientales adecuadas y en casos especiales para poder cumplir sus obligaciones hacia el paciente o pariente, deberá tomar también algunas medidas especiales, por ejemplo: en la atención y custodia de un menor; en los tratamientos de personas mentalmente afectadas; en aquellos casos en los que por su propia naturaleza implican algún riesgo personal del paciente, etc., situaciones en las que la administración del establecimiento hospitalario deberá extremar las medidas de control, protección, atención y vigilancia de estos pacientes, sin que ello implique la necesidad de integrar un cuerpo armado para la custodia de cada centro hospitalario oficial.

Se trata de que frente a este tipo de situaciones la persona que sea internada en un hospital público cuente con las más elementales medidas de seguridad, que permitan evitar situaciones como la que originó el sub judice o como la relacionada en el caso de secuestro de una menor en el mismo Hospital Regional de Sincelajo, relatado en aclaración de voto que hicieron dos magistrados.

113

Luis Gonzalo Peña Aponte

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999. Radicación 12165.

Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Hechos: Una mujer dio a luz en un hospital. El recién nacido presentó problemas respiratorios. Cuando se procedía a intubar al paciente, no fue posible porque el equipo se encontraba bajo llave. En la historia clínica se indicó que la situación del bebé empeoró a causa de una caída. Horas después el bebé falleció. El hospital demandado no contestó la demanda.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

La relación fáctica anterior es para la Sala prueba suficiente sobre la muerte de un recién nacido en circunstancias complejas, y de su relación de causalidad con el servicio médico-asistencial que el Hospital San Vicente de Paúl de Palmira brindó a su madre, la señora María Nelly Mena. Dejar caer al recién nacido y encontrarse bajo llave el equipo de entubación cuando se necesitó para salvar la vida del infante Rulber Caicedo, constituyen respectivamente hechos que denotan impericia e imprevisión en la prestación del servicio, que funcionó defectuosamente, y se erige como causa del desenlace fatal.

Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad.

Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos

115

(...)

Advierte la Sala, con fundamento en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia citadas, que el contenido de la obligación de seguridad y aun del deber de cuidado y vigilancia, que puede formar parte de aquélla, asumidos por las clínicas y hospitales en relación con los pacientes –al margen de su existencia o inexistencia en determinado tipo de contratos y de la naturaleza que puedan tener–, resulta siempre referido al deber que tienen tales establecimientos de evitar que los pacientes sufran algún daño, durante el tiempo que permanezcan internados, en el desarrollo de actividades que, si bien son distintas y están separadas del servicio médico propiamente dicho, son necesarias para permitir su prestación.

(...)

En el proceso que ocupa a la Sala, no obran testimonios u otras pruebas que permitan obtener conclusiones sobre la forma en que ocurrieron los hechos; no se sabe cómo se produjo el ingreso del homicida al hospital, si venía acompañado de otras personas, si el personal de la institución trató de evitar la entrada, si ésta contaba con medidas de vigilancia adecuadas para impedir el ingreso de personas armadas, etc.

Al respecto, se afirma en la demanda que el 18 de enero de 1992, a las 5:00 p.m., se presentaron dos hombres en el hospital e intimidaron al celador, luego de lo cual uno de ellos se dirigió a la sala quirúrgica de hombres y le disparó a Óscar Guerrero. A este hecho hace referencia también la parte demandada, cuando expresa, al sustentar la apelación, que “nadie podía prever... el asalto y sometimiento del personal de celadores por un grupo guerrillero, de ordinario mejor armado, preparado y entrenado para las delictuosas acciones...”.

Así, aunque no se practicaron pruebas para corroborar estas afirmaciones, de ellas podría inferirse que existían en la institución algunas medidas de seguridad para evitar la entrada de armas, al punto que los delincuentes sólo pudieron ingresar sometiendo al celador de turno.

De otra parte, si bien conforme al oficio que obra a folio 48 del cuaderno principal, suscrito por el Director del Hospital Santo Domingo, se concluye que no existen registros en esta institución de que se hubiera informado a las autoridades sobre el ingreso del herido Óscar Guerrero Velasco, el 16 de

117

Luis Gonzalo Peña Aponte

“2. Si, en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de este mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.

“Además de esas obligaciones, pueden distinguirse en el contrato de hospitalización otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza, sino que requieren de estipulaciones especiales, como los servicios de laboratorio, Rayos X, enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, etc. Se trataría en este caso de estipulaciones que, al decir de la doctrina de los autores, imprimen a los efectos jurídicos propios del contrato una dirección diferente a la establecida por las normas subsidiarias del derecho, por ejemplo agravando o atenuando la responsabilidad del deudor, señalando plazos o condiciones, etc.

“3. En armonía con lo dicho se tiene que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume 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 además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si trata (sic) de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una ‘custodia y vigilancia’ especial, el contrato de hospitalización requerirá de una estipulación expresa respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza.

119

“Naturalmente, en la práctica pueden presentarse situaciones que no correspondan exactamente a las planteadas, verbigracia que a un alienado, dada la urgencia del caso, se le tenga que hospitalizar en un establecimiento de servicios generales o que habiendo ingresado a él una persona para recibir los servicios que ordinariamente ofrece, durante el tratamiento presente síntomas o anomalías o perturbaciones mentales que requerirían, entonces, de cuidados especiales. En tales eventos, la solución exigirá de considerandos también particulares de acuerdo con todas las circunstancias del caso...”²⁰³.

(...)

En sentencia del 1º de febrero de 1993, la Corte reiteró su doctrina anterior, al precisar lo siguiente, sobre el contenido de la llamada “obligación de seguridad” asumida por las clínicas:

“1. Siguiendo de cerca la jurisprudencia sentada por los tribunales franceses desde los primeros años del presente siglo..., hoy en día se tiene por admitido en nuestro medio que en un buen número de contratos... ha de entenderse incluida la llamada ‘obligación de seguridad’ para preservar a las personas interesadas o a sus pertenencias de los daños que la misma ejecución del contrato celebrado pueda ocasionarles, obligación que en pocas palabras cabe definírsela diciendo que es aquella en virtud de la cual una de las partes... se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes– al concluir el cometido..., 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 su entendimiento integral... Y uno de los eventos en que hay lugar a reconocerle vigencia a este crédito a la seguridad de las personas, como algo que le atañe al vínculo ‘...en condiciones normales de contratación...’, es precisamente el de la prestación de servicios asistenciales por entes hospitalarios de cualquier clase...

“2. En el mismo orden de ideas y tratándose de enfermos mentales internados en casas de salud, asilos de residencias de reposo y demás organismos asistenciales especializados en suministrar los cuidados adecuados para esta clase de padecimientos, ninguna duda queda de que estas entidades, a la par de las obligaciones atinentes a las prestaciones médicas propiamente dichas, contraen así mismo una obligación sobreentendida de seguridad

²⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1985, M.P.: Horacio Montoya Gil.

enero de 1992, ni de que se hubiera tomado alguna medida de seguridad especial, con el fin de proteger al citado paciente entre esa fecha y el día 18 siguiente, considera la Sala que estas circunstancias no resultan suficientes para establecer la responsabilidad de dicha institución.

Debe advertirse que del incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal no puede derivarse la imputabilidad del daño al hospital demandado.

(...)

Sería absurdo pensar que la norma obliga a estos establecimientos a solicitar protección especial de la Policía para todas las personas que ingresan, por haberseles ocasionado daño en el cuerpo o la salud. No hay razón para considerar que, en todos los casos, las personas que han sido lesionadas por otros corren el riesgo de ser atacadas mientras permanecen en la institución de salud. Por esta razón, no comparte esta Sala los argumentos expuestos por el Tribunal para sustentar la condena impuesta al hospital demandado.

Adicionalmente, observa la Sala que no existe constancia en el proceso de que los funcionarios del hospital hubieran sido informados sobre las circunstancias en que el paciente resultó lesionado el 16 de enero de 1992, y mucho menos de que la propia víctima o sus familiares los hubieran advertido sobre el hecho de que aquél corría el riesgo de ser atacado dentro de las instalaciones de la institución. No está demostrado, entonces, que las directivas del hospital tuvieran conocimiento de que el paciente se encontrara en una situación excepcional de peligro, de modo que pudiera pensarse en que, eventualmente, resultaran obligadas a reforzar sus mecanismos de seguridad o a solicitar la protección especial de la Policía Nacional.

Obiter dicta

El tema ha sido abordado por la jurisprudencia y la doctrina desde diferentes ángulos. En el campo civil y dado que allí se considera superada la discusión acerca del carácter contractual de la responsabilidad de los médicos y las clínicas, la discusión se ha desarrollado en el ámbito del alcance de las obligaciones que asumen estas últimas en virtud de los contratos respectivos.

En sentencia del 12 de septiembre de 1985, manifestó la Corte Suprema de Justicia:

como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2000. Radicación 11405.

Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Hechos: Un hombre había sido llevado de urgencia a un hospital porque había recibido un disparo en una pierna. Estando en el hospital este hombre fue asesinado por miembros de la guerrilla, los mismos que lo habían herido. No hay prueba de que la víctima o alguno de sus familiares hubiesen solicitado protección por parte de la Policía Nacional luego del primer ataque.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Conforme a lo anterior, se tiene que la muerte de Óscar Guerrero Velazco fue causada por un tercero, extraño a la institución demandada, y si bien, a pesar de esta circunstancia, este hecho podría resultar imputable a la Nación, si se encontrara que la actuación de ese tercero fue facilitada por una acción u omisión de esta última, caso en el cual aquélla no tendría el carácter de causa extraña respecto de la conducta estatal y, por lo tanto, no tendría virtud para exonerarla de responsabilidad, considera la Sala que tal situación no se presenta en este caso.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 1997. Radicación 11652. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Hechos: Un hombre ingresó a un hospital psiquiátrico para recibir atención médica por los males que lo aquejaban, esto es, síntomas compulsivos propios de los ataques epilépticos que sufría tiempo atrás; aproximadamente una semana después fue dado de alta y entregado a sus familiares, esposa y conocidos, quienes lo recogieron advirtiendo que el paciente presentaba heridas en su extremidad superior derecha y en la cabeza, que habrían tenido ocurrencia durante el tiempo que estuvo en el hospital, toda vez que el día del ingreso el paciente se encontraba sin dichas anomalías. Pese a los reclamos de los familiares del paciente, no se obtuvo respuesta favorable. La entidad respondió sosteniendo que en la historia clínica no quedó ningún registro o mención de las heridas que presentaba el paciente. El daño consiste en una lesión severa del plexo braquial derecho, lo cual dejó sin ningún tipo de funcionalidad el brazo derecho, por lo cual el paciente se ha visto privado de desempeñar su trabajo habitual; esto le impide poder atender sus obligaciones familiares, al verse privado de los ingresos que derivaba de su trabajo como agricultor.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Así las cosas, para la Sala resulta claro que el paciente ingresó con sus extremidades y cabeza normales, esto es, sin signos de heridas o traumas en dichos órganos.

(...)

De las pruebas recaudadas la Sala infiere que el paciente durante su estancia en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira sufrió las lesiones que trajeron de consecuencia la plejía braquial, por la cual se demanda.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de enero de 1993. Radicación 7435. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Hechos: Hombres armados ingresaron a un hospital fuera del horario de visitas, y asesinaron a uno de los pacientes que se encontraba hospitalizado en dicha entidad. Testimonios indicaron que la vigilancia del hospital era deficiente, y esta situación se había presentado anteriormente.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

De la prueba testimonial recaudada deduce la Sala que sí se presentó una falta del servicio a cargo del Hospital Regional de Sincelejo. Al parecer los controles reglamentarios para vigilar el ingreso y salida de personal ajeno al del centro hospitalario, sólo existe en las normas de reglamento, pero no tiene la debida aplicación en la práctica. De ahí que en el proceso se mencione la ausencia de personal oportuno durante la emergencia, se evidencia la falta de control y atención que permitió atar y encerrar a la acompañante de la víctima sin que nadie del hospital se diera cuenta de lo sucedido, sin contar con la demora en obtener el ingreso a la habitación para rescatar a la acompañante y para hallar muerto al enfermo.

Quien o quienes asesinaron a Santiago Rivera Vergara ingresaron armados al hospital, lo hicieron por fuera de las horas de visita, sin contar con la autorización de la Dirección del Hospital que para estos casos exige el artículo 32, numeral 8, de la Resolución número 001227 de 1977 dictada por el Director del Hospital Regional de Sincelejo.

No consistió entonces la falla del servicio en la ausencia de vigilancia policiva como lo entendió el a quo, sino en la deficiente atención de sus obligaciones del personal del hospital al permitir el ingreso, permanencia y salida de quien ultimó a Santiago Rivera por desatención e incumplimiento de las más elementales normas de precaución, custodia y vigilancia del paciente, destacadas por quienes directa o indirectamente estuvieron en el momento y lugar de los hechos.

junto con el deber de custodia que a ella le es consustancial, obligación que naturalmente no requiere de estipulación expresa, tampoco de advertencias explícitas de los interesados acerca de la necesidad de cumplirla a cabalidad, y cuyo objeto no es otro que el de vigilar al paciente con el grado de diligencia que demanden las circunstancias, determinadas ellas en principio por la clase de enfermedad que sufre y las manifestaciones que ofrece, y así poder evitar que experimente daño alguno mientras permanezca en las instalaciones del establecimiento...”²⁰⁴.

Refiriéndose a la misma obligación, aunque de manera mucho más general, manifestó la Corte, en sentencia del 8 de septiembre de 1998:

“...Como es suficientemente conocido, las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquéllas en la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando éstas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo, así como cuando por imprudencia o impericia, o falta de cuidado y atención no se suministran los medicamentos formulados a los pacientes, o se cumple con esta actividad de manera inoportuna, o se le aplican por equivocación otros distintos con consecuencias negativas para la salud del enfermo...”²⁰⁵.

(...)

Refiriéndose a la obligación de seguridad en cuanto a la persona, que surge del contrato de hospitalización, han expresado los Hermanos Mazeaud y Tunc:

“...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.

204 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de febrero de 1993, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

205 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de septiembre de 1998, M.P.: Pedro Lafont Pianetta.

obligación de medios, pues si las clínicas de salud mental contraen deberes de esta última especie –como veremos enseguida– a fortiori ha de aplicarse idéntica solución a las clínicas comunes o corrientes que deben afrontar una emergencia de la señalada naturaleza”.

(...)

Un sector de la opinión entiende que la vigilancia del enfermo que padece una afección psiquiátrica constituye una obligación de resultado.

Otros autores consideran que dicha prestación es objeto de un deber de medios, argumentando que las autoridades de un establecimiento de la especialidad tienen serias dificultades para garantizar un resultado, frente a la inestabilidad psicológica de los pacientes.

Asimismo, los partidarios de la precedente tesis resaltan, para nosotros con acierto, que las clínicas modernas de salud mental emplean tratamientos progresivos compuestos de fases sucesivas, hasta obtener la rehabilitación del enfermo.

De esta manera, van acrecentando su libertad a fin de permitirle paulatinamente su adaptación al medio social... Es por ello que imponer a estos entes una obligación determinada sería poco valioso, pues de tal manera se los induciría a prescindir de la utilización de los mencionados tratamientos en detrimento de la salud del paciente²⁰⁷.

207 Alberto BUERES, *La responsabilidad civil de los médicos*, (Buenos Aires: Edit. Hammurabi, 1a. reimpresión de la 2a. edición, 1994), 441-443.

Igualmente ocurre con otro de los elementos de responsabilidad, cual es el del daño.

(...)

En el caso concreto, la antijuridicidad del daño está presente; no se probó la existencia de una justificación legal o de un título que legitime el daño sufrido por los demandantes.

Por consiguiente se concluye que el daño padecido por los demandantes, muerte de las señoras Nelly Carvajal y Damary Londoño, no lo tenían por qué soportar.

(...)

Por otro lado, también se acreditó el *nexo de causalidad*, es decir, que el daño padecido por los actores tuvo su causa en las irregularidades administrativas antes descritas.

La Sala comparte lo dicho por el Tribunal, en especial con lo que atañe a la ausencia de prueba sobre condiciones de anormalidad de las pacientes a su ingreso, al centro hospitalario; las anotaciones de la historia clínica aluden a condiciones de normalidad; el estado de las pacientes se alteró desde el inicio de la aplicación de la solución de Hartman, cuyos resultados químicos, de laboratorio, se expusieron antes.

Se probó técnica y científicamente que el suministro de la solución de Hartman a las pacientes fue la causa eficiente en la producción de su muerte.

El suministro de la solución de Hartman (antes, durante el parto y posterior a éste) a las señoras Carvajal y Londoño les produjo la muerte (en el registro de defunción consta que la causa de la muerte fue “C.I.D.”, coagulación intravascular diseminada y coagulación intravascular), hecho que fue precedido de las siguientes manifestaciones, ligadas también a dicho suministro; fiebre, escalofrío, rash (urticaria), súbitos, náuseas, vómito, palidez, sudor frío, palpitación cardíaca y sangrado permanente y abundante o “C.I.D.”.

Por lo tanto no es cierta la afirmación del I.S.S. relativa a la inexistencia de nexo de causalidad.

responsabilidad patrimonial del Estado, por falencias de un Centro Hospitalario con ocasión de la caída de un bebé (de una camilla). En este caso no se presumió la falla porque ésta se probó.

La providencia expresó:

“Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aún aunque hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde, y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos, conviene la falla presunta para deducir responsabilidad”²⁰⁹.

Estima la Sala, unánimemente, que dicha referencia textual, en forma aislada, sobre toda la posición jurisprudencial no significa, realmente, la variación de la anterior posición, por la circunstancia que se anotará.

En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de “los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio”; y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicabilidad del régimen de *falla probada* frente a esos hechos concierne a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana.

En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido “el de *falla presunta*”.

Daño:

La Sala ha definido, acogiendo doctrina y jurisprudencia españolas, que el daño antijurídico consiste en la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho²¹⁰.

209 Sección Tercera, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12165; María Nelly Mena Vs. Hospital San Vicente de Palmira. En *Jurisprudencia y doctrina* (2000), 237-239.

210 Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala en las sentencias: 7130 proferida el 26 de noviembre de 1992, M.P.: Julio Cesar Uribe Acosta; 7781 proferida el 25 de marzo de 1993, M.P.: Julio Cesar

su seguridad personal, estableciendo una vigilancia con el grado de diligencia que demandara su condición, en este caso la conducta agresiva propia de la enfermedad que padecía y que implicaba un riesgo cierto de causar daño a los demás y a sí misma.

(...)

La Sala no comparte las anteriores apreciaciones. En primer lugar, la conducta agresiva de Ivonne Paola Torres, implicaba riesgo de daño para terceros y para sí misma, y hacía parte de la sintomatología propia de la enfermedad sicótica que padecía; por eso fue inmovilizada al medio día del 17 de enero de 1994, como medida preventiva para este tipo de pacientes.

(...)

En segundo lugar, no se puede afirmar que la enfermedad que padecía la paciente no implicaba un riesgo de suicidio, como tampoco se puede afirmar que este se encuentra asociado únicamente a un tipo de enfermedad específica, como la depresión. Lo cierto es que el suicidio se origina en múltiples condiciones que lo desencadenan, uno de las cuales es la presencia de una enfermedad mental.

(...)

En tercer lugar, la suma de la conducta agresiva, la crisis sicótica que le había sido diagnosticada y la amenaza de ahorcarse eran factores suficientes para valorar que se estaba en alto riesgo de suicidio de la paciente, y ameritaba el máximo cuidado.

(...)

Aplicado lo anterior al caso concreto, se deduce que la agresividad de la paciente Ivonne Paola Torres López implicaba el riesgo de que se causara daño a sí misma, dado que el hecho de sufrir una enfermedad mental la incluía entre las personas con posibilidad de suicidio, y que la amenaza de ahorcarse, sumada a las dos anteriores circunstancias, era un factor lo suficientemente evidente para concluir que estaba en alto riesgo de cometerlo. Por lo tanto, no se puede afirmar que el acto fue impulsivo, pues existía una sintomatología de base que implicaba probabilidad de suicidio y una amenaza expresa

y clara de querer hacerlo; frente a hechos tan claros se requería una reacción de la entidad; sin embargo, no se tomó medida alguna.

(...)

Las notas que registran la amenaza de suicidio y su consumación son anotaciones de enfermería; en ninguna de ellas se registra que se le hubiera dado aviso a la síquiatra tratante o al que estuviera de turno en la unidad, tampoco obra en el proceso testimonio alguno donde se declare sobre el asunto. Sin duda, una medida elemental en este caso, ante la agresividad de la paciente y la advertencia de que se iba a ahorcar, era la de dar aviso a un médico para determinar la conducta a seguir. Más aún, cuando la síquiatra tratante examinó a la paciente en la mañana y notó cierta mejoría, y fue al medio día cuando cambió radicalmente su conducta, sin embargo, solo se sabe nuevamente de su presencia en el momento del procedimiento de reanimación, cuando había sido descolgada del tubo del baño.

Si la paciente amenazó con ahorcarse era necesario retirar los objetos que lo facilitarían, es decir, cualquier objeto que le sirviera para colgarse. El retiro de objetos, que sirvan para la consumación de un suicidio, es una de las medidas en las que más se insiste al momento de prevenir su ocurrencia; en muchos casos se trata de un designio temporal que se evita mediante el retiro de los medios que lo faciliten. En el presente caso, ni siquiera se hace referencia a una medida de este tipo, a pesar de que el plan era de ahorcarse, lo que facilitaba de alguna manera el retiro de los objetos que sirvieran para tal fin.

Por último, la paciente careció de toda vigilancia desde la amenaza hasta la consumación del suicidio. Si se mira con detenimiento la historia clínica, entre el momento de la amenaza a las 12:30 de la mañana y el suicidio de la paciente, a las 4:30 de la tarde, no se realizó examen alguno a la paciente. En efecto, después del suicidio, un miembro del personal de enfermería realizó una sola nota donde se consignan encuentros casuales con la menor, momentos antes del episodio: el primero, a las 4:15 de la tarde, cuando fue llevada de consulta externa a su pieza; el segundo, a las 4:20 de la tarde, cuando fue encontrada en enfermería y se regresa al cuarto; extraña que se afirme que “no manifiesta ni se nota intento suicida” (folio 157, cuaderno 2), cuando a esa hora la situación no había pasado de una amenaza de suicidio, pues el hecho se presentó diez minutos después, cuando otra paciente la encuentra ahorcada, lo que reafirma la impresión de que los registros son posteriores al episodio.

El Estado responde por el daño indemnizable que en la actualidad se califica de *antijurídico*, aunque esta denominación en Colombia surgió a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.

La cualificación de antijuridicidad se deduce al comprobar que el derecho no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002. Radicación 13122. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Hechos: Una menor de edad padecía una enfermedad mental con episodio psicótico agudo (que consistía en un trastorno afectivo mayor), y se encontraba en la unidad mental de un hospital en la que trataban su enfermedad. Durante el tratamiento, en esa institución la menor se suicidó. El dictamen de medicina legal indicó que el suicidio era producto de un acto impulsivo, síntoma no propio del trastorno de paciente, pero ella había dado indicios de querer ahogarse.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

De lo anterior, se concluye, que en el presente caso, no puede alegarse la autodeterminación de la víctima para exonerar a la entidad demandada. Ivonne Paola Torres López sufrió de una enfermedad mental y se encontraba internada en una unidad de salud mental, razón por la cual carecía de la capacidad necesaria para tomar una decisión autónoma, como la de quitarse la vida.

Es claro también, que el Hospital de Federico Lleras Acosta tenía la obligación de preservar la vida e integridad personal de la paciente, como deber general de toda atención hospitalaria, pero, tratándose de una enferma mental, además del tratamiento de la alteración psiquiátrica, tenía el deber de resguardar

²⁰⁸ Uribe Acosta; 7429 proferida el 2 de marzo de 1993, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo, y 7662 proferida el 12 de julio de 1993, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Obiter dicta

Esta Corporación, en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en la prestación del servicio médico ha recurrido a la aplicación, en una primera etapa, al de falla probada, fundamentada en las obligaciones de medio.

En la segunda etapa, la jurisprudencia varió para analizar la responsabilidad del Estado en dicha prestación, bajo el régimen de responsabilidad por falla presunta; han sido bastantes los pronunciamientos en ese sentido.

(...)

Luego al dictarse otro fallo, el día 30 de julio de 1992 se precisó el criterio de falla presunta y a partir de esta fecha el régimen que se aplicó, en la materia vista, fue el de responsabilidad por falla presunta. En lo relevante, se dijo:

“Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

“Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento”²⁰⁸.

En la actualidad esa jurisprudencia sigue vigente aunque pareciere que se hubiere variado, parcialmente, como consecuencia del pronunciamiento, reciente, del día 11 de noviembre de 1999, por hechos concernientes a la

²⁰⁸ Sección Tercera. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Exp. 6.897; Gustavo Eduardo Ramírez Morales y otros Vs. ISS. En *Jurisprudencia y doctrina* (1992), 836-838.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2000. Radicación 12489. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Hechos: Dos mujeres ingresaron a un hospital para dar a luz; sin embargo, ambas fallecieron después que recibieron el suministro de medicamentos utilizados antes, durante y después de la intervención quirúrgica (cesárea). La muerte fue causada, por una parte, por el reenvase de los anestésicos y el estado de deterioro de la solución que les fue suministrada (“de Hartman”); exámenes científicos practicados a las muestras enviadas arrojaron el resultado de existencia de pirógenos (sustancia tóxica que deterioró la salud de aquellas señoras).

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Como en el caso concreto se probó la falla no se acudirá a la aplicación del régimen de falla presunta, como ya se explicará.

(...)

En este caso, aunque los actores estarían favorecidos con la presunción de falla, realizaron conductas procesales tendientes a establecer la irregularidad en la prestación del servicio médico.

Las pruebas recepcionadas dan lugar a concluir que tanto desde el punto de vista del régimen de responsabilidad por falla presunta como desde el de falla probada, la conducta atribuida al I.S.S., en los dos procesos acumulados, ocurrió.

(...)

Se demostraron plenamente las imputaciones de hecho por falencia atribuidas al Instituto de Seguros Sociales como las de quebranto, imputaciones jurídicas, al ordenamiento constitucional por no proteger la vida de las referidas señoras (art. 16 C.N., de 1886, vigente para cuando ocurrió el hecho dañoso).

“... 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”²⁰⁶.

Muy interesante resulta el planteamiento del profesor argentino Alberto Bueres, quien, al referirse al deber jurídico de las clínicas de preservar la integridad física de los enfermos, distingue entre los establecimientos sanitarios corrientes, esto es, los que asisten a pacientes por motivos ajenos a las patologías psiquiátricas, y las clínicas psiquiátricas, y afirma que mientras las primeras asumen un deber de resultado, consistente en el mantenimiento de la integridad física de los pacientes, las segundas asumen un deber de medios.

Llega, pues, Bueres, a la siguiente conclusión, abordando el tema desde otro punto de vista, relativo no ya a la existencia o inexistencia de la obligación, según las características del establecimiento y del padecimiento sufrido por el enfermo, sino a la naturaleza de aquélla, teniendo en cuenta los mismos aspectos:

“Ciertamente, si un enfermo se encuentra normalmente lúcido, sin problemas de orden mental (circunstancias que suponen que la internación se llevó a cabo para asistirlo por una patología ajena al campo psiquiátrico), la clínica podrá aducir como límite de responsabilidad un casus, siempre y cuando la perturbación mental que lleva al individuo a autolesionarse o al suicidio constituya un hecho imprevisible. Es indudable que si el acontecimiento fuera previsible no existiría entonces un caso fortuito y, en supuesto semejante –y más allá de la culpa que pudieran cometer los médicos o auxiliares–, la entidad asistencial ha de responder de manera objetiva si se demuestra simplemente la frustración del resultado. No obstante, es preciso aclarar que si el enfermo es internado en una clínica común y corriente o por razones de urgencia, y está afectado por un mal psiquiátrico, dicha entidad, hasta tanto pueda derivar al paciente a un establecimiento especializado, asumirá una

²⁰⁶ Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Tomo 1, vol. I (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961), 236.

Por los señalamientos precedentes, se puede afirmar, que no se cumplió ni siquiera con los parámetros normales de vigilancia a un paciente internado en la Unidad de Salud Mental del Hospital Federico Lleras Acosta, descritos por el doctor Néstor Hermel Fajardo Rojas, psiquiatra y jefe de dicha unidad, en su declaración. No existe declaración o constancia alguna, de que en la tarde del 17 de enero el personal de enfermería realizara rondas periódicas en la unidad, menos aún que se realizara visita médica cada 15 o 30 minutos, después del episodio agudo de agresividad y amenaza de suicidio, y menos aún se puede afirmar que se vigiló de manera permanente, o se estrechó dicha vigilancia, a la paciente después de esta advertencia, como lo exige la doctrina médica en estas situaciones.

En conclusión, no se puede alegar que Ivonne Paola Torres López podía tomar la decisión autónoma de suicidarse, cuando carecía de la capacidad para hacerlo por su enfermedad mental. Tampoco puede afirmarse que se trató de una acción impulsiva, imposible de prever y evitar, cuando es claro que presentaba una psicosis, con conducta agresiva y con una amenaza de suicidio, factores que implicaban un alto riesgo de intento o consumación del suicidio. Frente a esta situación previsible no se tomó medida alguna para evitarla, cuando se tuvo el tiempo suficiente para hacerlo. Sin duda, en el momento en que Ivonne Paola advirtió que se iba ahorcar, su situación cambió, pues además de requerir atención por la psicosis maniaca que padecía, se presentaba un nuevo síntoma, el del suicidio, que era necesario afrontar. No se dio aviso alguno a los médicos del hospital sobre el asunto, no se tomó ninguna medida de seguridad para evitar que se ahorcara, como la de retirar los objetos que lo facilitarían, y no se vigiló de manera estrecha a la paciente, cuando se trataba de un riesgo inminente.

Obiter dicta

En sentencia del 12 de septiembre de 1985, manifestó la Corte Suprema de Justicia:

“2. Si, en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte

interesadas o a sus pertenencias de los daños que la misma ejecución del contrato celebrado pueda ocasionarles, obligación que en pocas palabras cabe definírsela diciendo que es aquella en virtud de la cual una de las partes... se compromete a devolver sanos y salvos -ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes- al concluir el cometido..., 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 su entendimiento integral... Y uno de los eventos en que hay lugar a reconocerle vigencia a este crédito a la seguridad de las personas, como algo que le atañe al vínculo ‘...en condiciones normales de contratación...’, es precisamente el de la prestación de servicios asistenciales por entes hospitalarios de cualquier clase...

“2. En el mismo orden de ideas y tratándose de enfermos mentales internados en casas de salud, asilos de residencias de reposo y demás organismos asistenciales especializados en suministrar los cuidados adecuados para esta clase de padecimientos, ninguna duda queda de que estas entidades, a la par de las obligaciones atinentes a las prestaciones médicas propiamente dichas, contraen así mismo una obligación sobreentendida de seguridad junto con el deber de custodia que a ella le es consustancial, obligación que naturalmente no requiere de estipulación expresa, tampoco de advertencias explícitas de los interesados acerca de la necesidad de cumplirla a cabalidad, y cuyo objeto no es otro que el de vigilar al paciente con el grado de diligencia que demanden las circunstancias, determinadas ellas en principio por la clase de enfermedad que sufre y las manifestaciones que ofrece, y así poder evitar que experimente daño alguno mientras permanezca en las instalaciones del establecimiento...”²¹¹.

(...)

Advierte la Sala, con fundamento en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia citadas, que el contenido de la obligación de seguridad y aun del deber de cuidado y vigilancia, que puede formar parte de aquélla, asumidos por las clínicas y hospitales en relación con los pacientes -al margen de su existencia o inexistencia en determinado tipo de contratos y de la naturaleza que puedan tener-, resulta siempre referido al deber que tienen tales establecimientos de evitar que los pacientes sufran algún daño, durante el tiempo que permanezcan internados, en el desarrollo de actividades que, si bien son distintas y

²¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de febrero de 1993, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

por el personal médico tal como se encuentra registrado en las órdenes médicas de la historia clínica (folios 47 a 67, cuaderno 3).

En la historia clínica no figuran los reportes de enfermería, por lo que nada se conoce sobre el cumplimiento de la orden médica de inmovilización.

(...)

La Sala considera que el Hospital Universitario San Jorge de Pereira falló en la prestación del servicio hospitalario a Jorge Martín Peña Mejía. En primer lugar, a pesar de riesgo cierto de una caída del paciente, por la naturaleza de la lesión que padecía, no se cumplió de manera adecuada con la orden médica de inmovilización, por parte del personal de enfermería; la caída efectivamente ocurrió el 23 de enero de 1994, y generó un agravamiento tal en su estado de salud que lo llevó a su muerte el 25 de enero. En segundo lugar, después de la caída se ordenó un TAC, para hacer un nuevo diagnóstico y tratamiento, el cual no fue realizado por deficiencias en los servicios administrativos del hospital.

Estas deficiencias, sin duda están enlazadas causalmente con el desenlace fatal de que da cuenta el proceso. En efecto, después de la caída, el paciente pasó a estado de inconsciencia permanente y el examen neurológico presentó un glasgow de 3/15, el más bajo en la escala, a partir de ese momento, sin que se determinara un nuevo tratamiento médico. Además, en la necropsia practicada con posterioridad al deceso, se encontró una fractura en la base anterior del cráneo, la que no fue diagnosticada en el TAC practicado con anterioridad a la caída.

“El tema ha sido abordado por la jurisprudencia y la doctrina desde diferentes ángulos. En el campo civil y dado que allí se considera superada la discusión acerca del carácter contractual de la responsabilidad de los médicos y las clínicas, la discusión se ha desarrollado en el ámbito del alcance de las obligaciones que asumen estas últimas en virtud de los contratos respectivos.

“En sentencia del 12 de septiembre de 1985, manifestó la Corte Suprema de Justicia:

“2. Si, en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluir las válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de este mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.

“Además de esas obligaciones, pueden distinguirse en el contrato de hospitalización otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza, sino que requieren de estipulaciones especiales, como los servicios de laboratorio, Rayos X, enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, etc. Se trataría en este caso de estipulaciones que, al decir de la doctrina de los autores, imprimen a los efectos jurídicos propios del contrato una dirección diferente a la establecida por las normas subsidiarias del derecho, por ejemplo agravando o atenuando la responsabilidad del deudor, señalando plazos o condiciones, etc.

“3. En armonía con lo dicho se tiene que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume 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

“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...”²¹⁵.

“En sentencia del 1º de febrero de 1993, la Corte reiteró su doctrina anterior, al precisar lo siguiente, sobre el contenido de la llamada ‘obligación de seguridad’ asumida por las clínicas:

“1. Siguiendo de cerca la jurisprudencia sentada por los tribunales franceses desde los primeros años del presente siglo..., hoy en día se tiene por admitido en nuestro medio que en un buen número de contratos... ha de entenderse incluida la llamada ‘obligación de seguridad’ para preservar a las personas interesadas o a sus pertenencias de los daños que la misma ejecución del contrato celebrado pueda ocasionarles, obligación que la misma ejecución cabe definírsela diciendo que es aquella en virtud de la cual una de las partes... se compromete a devolver sanos y salvos -ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes- al concluir el cometido..., 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 su entendimiento integral... Y uno de los eventos en que hay lugar a reconocerle vigencia a este crédito a la seguridad de las personas, como algo que le atañe al vínculo ‘...en condiciones normales de contratación...’, es precisamente el de la prestación de servicios asistenciales por entes hospitalarios de cualquier clase...

“2. En el mismo orden de ideas y tratándose de enfermos mentales internados en casas de salud, asilos de residencias de reposo y demás organismos asistenciales especializados en suministrar los cuidados adecuados para esta clase de padecimientos, ninguna duda queda de que estas entidades, a la par de las obligaciones atinentes a las prestaciones médicas propiamente dichas, contraen así mismo una obligación sobreentendida de seguridad junto con el deber de custodia que a ella le es consustancial, obligación que naturalmente no requiere de estipulación expresa, tampoco de advertencias explícitas de los interesados acerca de la necesidad de cumplirla a cabalidad,

²¹⁵ Jorge SANTOS BALLESTEROS. “La responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos clínicos”. *Revista Universitas*, No. 70 (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, mayo de 1986).

y cuyo objeto no es otro que el de vigilar al paciente con el grado de diligencia que demanden las circunstancias, determinadas ellas en principio por la clase de enfermedad que sufre y las manifestaciones que ofrece, y así poder evitar que experimente daño alguno mientras permanezca en las instalaciones del establecimiento...²¹⁶.

(...)

“Refiriéndose a la obligación de seguridad en cuanto a la persona, que surge del contrato de hospitalización, han expresado los Hermanos Mazeaud y Tunc:

‘...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’²¹⁷.

“Muy interesante resulta el planteamiento del profesor argentino Alberto Bueres, quien, al referirse al deber jurídico de las clínicas de preservar la integridad física de los enfermos, distingue entre los establecimientos sanitarios corrientes, esto es, los que asisten a pacientes por motivos ajenos a las patologías psiquiátricas, y las clínicas psiquiátricas, y afirma que mientras las primeras asumen un deber de resultado, consistente en el mantenimiento

²¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de febrero de 1993, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

²¹⁷ *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo 1, vol. I (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961), 236.

con afecciones mentales, pues en tal caso además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si trata (sic) de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una “custodia y vigilancia” especial, el contrato de hospitalización requerirá de una estipulación expresa respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza.

“Naturalmente, en la práctica pueden presentarse situaciones que no correspondan exactamente a las planteadas, verbigracia que a un alienado, dada la urgencia del caso, se le tenga que hospitalizar en un establecimiento de servicios generales o que habiendo ingresado a él una persona para recibir los servicios que ordinariamente ofrece, durante el tratamiento presente síntomas o anomalías o perturbaciones mentales que requirieran, entonces, de cuidados especiales. En tales eventos, la solución exigirá de considerandos también particulares de acuerdo con todas las circunstancias del caso...”²¹⁴.

“Estos planteamientos fueron duramente criticados por el profesor Jorge Santos Ballesteros, en los siguientes términos:

‘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...

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1985, M.P.: Horacio Montoya Gil.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Radicación 15352.

Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Hechos: Un hombre padecía una enfermedad mental y por ello en ocasiones debía estar internado en hospital psiquiátrico. El paciente había intentado fugarse en repetidas ocasiones y había presentado escenas de violencia, atentando incluso contra sí mismo. Estando en esta institución, recibiendo el tratamiento requerido, escapó y luego fue hallado su cuerpo sin vida cerca del hospital, en avanzado estado de descomposición y sin varios órganos, aparentemente por la acción de aves de rapiña y roedores.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Obiter dicta

Con relación a las obligaciones que en materia de protección y seguridad de los pacientes psiquiátricos les asiste a las instituciones dedicadas a la atención de los mismos, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, manifestando²¹³:

“La Sala ha concluido, en jurisprudencia reciente, que la obligación de vigilancia tendiente a evitar daños a las personas que están siendo atendidas en un centro de salud, es uno de los deberes propios de la atención hospitalaria, y que, en el caso de las entidades especializadas en el cuidado de enfermos mentales, incluye la de custodia y vigilancia de los propios pacientes, en tanto pueden agredir a otros o agredirse a sí mismos. En sentencia de 28 de septiembre de 2000 se expuso lo siguiente:

‘Ahora bien, en relación con la responsabilidad del Hospital Santo Domingo de Málaga, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones respecto de la naturaleza y el alcance las obligaciones asumidas por los hospitales, clínicas y demás establecimientos prestadores del servicio de salud.

²¹³ Sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 13.122, actor: Jorge Avelino Torres Parra y otros. M.P.: Alier E. Hernández Enríquez.

están separadas del servicio médico propiamente dicho, son necesarias para permitir su prestación²¹².

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002. Radicación 13227.

Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Hechos: Un hombre recibió un choque de energía con un cable de alta tensión, cayendo desde 2 metros de altura, lo que le causó un trauma craneoencefálico de carácter moderado (así está probado en la historia clínica). El paciente permaneció sedado y la noche del mismo día en que ingresó sufrió un golpe al caerse de la camilla. A partir de este momento el paciente presentó un deterioro en su salud y finalmente falleció. En las declaraciones de los neurólogos tratantes se indica que “los pacientes con lesiones craneoencefálicas presentan alteraciones sicomotoras, lo que genera un alto riesgo de una caída, por lo que es necesario sedarlos e inmovilizarlos mecánicamente; la primera labor corresponde a los médicos y la segunda corresponde al personal de enfermería. La sedación se cumplió a cabalidad por el personal médico tal como se encuentra registrado en las órdenes médicas de la historia clínica”. En la historia clínica no figuran los reportes de enfermería, por lo que nada se conoce sobre el cumplimiento de la orden médica de inmovilización.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

En efecto, tal como lo declararon los neurólogos tratantes, los pacientes con lesiones craneoencefálicas presentan alteraciones sicomotoras, lo que genera un alto riesgo de una caída, por lo que es necesario sedarlos e inmovilizarlos mecánicamente; la primera labor corresponde a los médicos y la segunda corresponde al personal de enfermería. La sedación se cumplió a cabalidad

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de septiembre de 2000, expediente 11405, actores: Juan Bautista Guerrero Ramírez y otros.

de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluir las válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de este mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.

“Además de esas obligaciones, pueden distinguirse en el contrato de hospitalización otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza, sino que requieren de estipulaciones especiales, como los servicios de laboratorio, Rayos X, enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, etc. Se trataría en este caso de estipulaciones que, al decir de la doctrina de los autores, imprimen a los efectos jurídicos propios del contrato una dirección diferente a la establecida por las normas subsidiarias del derecho, por ejemplo agravando o atenuando la responsabilidad del deudor, señalando plazos o condiciones, etc.

“3. En armonía con lo dicho se tiene que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume 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 además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si trata (sic) de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una ‘custodia y vigilancia’ especial, el contrato de hospitalización requerirá de una estipulación expresa respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza.

(...)

“En sentencia del 1º de febrero de 1993, la Corte reiteró su doctrina anterior, al precisar lo siguiente, sobre el contenido de la llamada ‘obligación de seguridad’ asumida por las clínicas:

“1. Siguiendo de cerca la jurisprudencia sentada por los tribunales franceses desde los primeros años del presente siglo..., hoy en día se tiene por admitido en nuestro medio que en un buen número de contratos... ha de entenderse incluida la llamada ‘obligación de seguridad’ para preservar a las personas

de la integridad física de los pacientes, las segundas asumen un deber de medios.

“Llega, pues, Bueres, a la siguiente conclusión, abordando el tema desde otro punto de vista, relativo no ya a la existencia o inexistencia de la obligación, según las características del establecimiento y del padecimiento sufrido por el enfermo, sino a la naturaleza de aquélla, teniendo en cuenta los mismos aspectos:

“Ciertamente, si un enfermo se encuentra normalmente lúcido, sin problemas de orden mental (circunstancias que suponen que la internación se llevó a cabo para asistirlo por una patología ajena al campo psiquiátrico), la clínica podrá aducir como límite de responsabilidad un *casus*, siempre y cuando la perturbación mental que lleva al individuo a autolesionarse o al suicidio constituya un hecho imprevisible. Es indudable que si el acontecimiento fuera previsible no existiría entonces un caso fortuito y, en supuesto semejante –y más allá de la culpa que pudieran cometer los médicos o auxiliares–, la entidad asistencial ha de responder de manera objetiva si se demuestra simplemente la frustración del resultado. No obstante, es preciso aclarar que si el enfermo es internado en una clínica común y corriente o por razones de urgencia, y está afectado por un mal psiquiátrico, dicha entidad, hasta tanto pueda derivar al paciente a un establecimiento especializado, asumirá una obligación de medios, pues si las clínicas de salud mental contraen deberes de esta última especie -como veremos enseguida- a fortiori ha de aplicarse idéntica solución a las clínicas comunes o corrientes que deben afrontar una emergencia de la señalada naturaleza.

(...)

“Un sector de la opinión entiende que la vigilancia del enfermo que padece una afección psiquiátrica constituye una obligación de resultado.

“Otros autores consideran que dicha prestación es objeto de un deber de medios, argumentando que las autoridades de un establecimiento de la especialidad tienen serias dificultades para garantizar un resultado, frente a la inestabilidad psicológica de los pacientes.

“Asimismo, los partidarios de la precedente tesis resaltan, para nosotros con acierto, que las clínicas modernas de salud mental emplean tratamientos progresivos compuestos de fases sucesivas, hasta obtener la rehabilitación del enfermo.

manera que el resultado dañoso que finalmente se produjo, era perfectamente previsible para las autoridades de dicha institución.

A lo anterior, cabe agregar que no se comparten las afirmaciones de la parte demandada en el sentido de que la fuga de Ernesto Acosta Gutiérrez sólo habría podido evitarse mediante acciones que hoy, a la luz de las nuevas tendencias en el tratamiento de los pacientes psiquiátricos, implican violación de los derechos humanos, como sería por ejemplo la inmovilización del paciente, su encerramiento, etc.; y no se comparten, por cuanto resulta inconcebible que no existan y no se apliquen medidas intermedias, restrictivas, sí, pero indispensables para salvaguardar la vida e integridad tanto de los pacientes psiquiátricos como del personal médico y asistencial que se encarga de su tratamiento y cuidado; está bien que se superen los métodos y tratamientos respecto de los cuales se haya podido establecer su inutilidad y crueldad, pero ello no puede significar de ninguna manera que en aras de respetar al individuo, que en estos casos adolece de enfermedades que afectan su mente y su voluntad, se propicien riesgos para sí mismo y para quienes lo rodean; no es de recibo por lo tanto, la actitud de la entidad demandada, al sostener que en virtud del sistema de “hospital de puertas abiertas”, su responsabilidad frente a las entradas y salidas de los pacientes es limitada o restringida, por cuanto sin desconocer la importancia de la implementación de esta clase de tratamientos que implican la posibilidad de efectuar un manejo extra hospitalario de algunos enfermos, es indudable que en algunas ocasiones ellos no son aptos para desenvolverse fuera de la institución y resulta indispensable su atención en la misma, y eso fue precisamente lo que sucedió en el *sub-lite*, puesto que si bien Ernesto Acosta Gutiérrez fue sometido a esta clase de manejo extra hospitalario, en múltiples ocasiones debió ser internado cuando se presentaban crisis que no podían ser manejadas por el paciente y su familia.

Y en esas ocasiones en las que el paciente se hallaba interno, la entidad demandada tenía la obligación de brindarle la seguridad y protección que sus condiciones especiales exigían, aún en contra de su propia “voluntad”, afectada lógicamente por la enfermedad mental que sufría, máxime con los antecedentes que esta persona en particular presentaba, en cuanto había tenido manifestaciones suicidas y violentas, con múltiples intentos de fuga de la institución hospitalaria y que inclusive el día anterior a su desaparición, como ya se vio, había tenido que ser inmovilizado (fl. 44, cdno. 5).

“Sobre el particular, encuentra la Sala que las entidades demandadas en ningún momento desvirtuaron la negligencia que predicen los actores, la cual tuvo lugar en la cirugía de la víctima al dejar dentro de su humanidad cuerpos extraños “gasas y agujas” (fl. 28 cdno. Ppal.), que dieron lugar a una peritonitis abdominal, shock séptico, insuficiencia renal aguda y trombolismo pulmonar (fl. 5 cdno ppal.).

“Afirmación que se corrobora con el testimonio del doctor Carlos Escobar Gónima, ginecólogo del Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, quien atendió de urgencia a la paciente en esa institución cuando fue remitida por el hospital San Juan de Dios de Yarumal, y el cuál manifestó que aquella:

‘...ingresó al servicio de urgencias de ginecología en malas condiciones y a quien se le encontró hallazgos pulmonares y una masa abdominal. El diagnóstico de quien la ingresó, que fui yo, fueron tres diagnósticos: un hematoma abdominal por anticoagulación o “souvenir” que es el nombre que damos a un cuerpo extraño y una sepsis o infección generalizada. La señora ese mismo día en las horas de la noche, fue intervenida quirúrgicamente, encontrándose un cuerpo extraño en el abdomen. La cirugía fue la extracción de la gasa y una recepción intestinal y de colón izquierdo y lavado de la cavidad” (Subraya la Sala, fls. 155 y 156 cdno. ppal.)”.

Obiter dicta

No hay obiter sobre el tema. Solo sobre el oblitio quirúrgico como tal y la pre-sunción de perjuicios morales ante las afecciones de un ser querido.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio 2009. Radicación 16451. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Hechos: Se le practica tiroidectomía a un paciente porque tenía una masa cancerígena en el lado derecho, cuyos remanentes debieron ser extraídos en ocasión posterior. Después, vuelve a ser intervenido por hallarse un compresoma en esta zona. Sin embargo, en el seguimiento médico se encuentra que tiene una masa en la zona izquierda y se le practica una cuarta cirugía.

“Entendemos por oblitio quirúrgico aquellos casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas.

“Este tipo de irregularidades quirúrgicas –a veces justificadas– por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado...

“Estos supuestos, en consecuencia, se han transformado en frecuente causa de responsabilidad civil médica, por lo que han sido objeto de tratamiento por la doctrina en forma reiterada”²²².

“Bueres, en la primera edición de su clásica obra sobre responsabilidad de los médicos, recordaba que en Francia originariamente los tribunales admitieron, en ciertos casos, la exoneración de la responsabilidad médica, partiendo de la base de que en el estado en que se encontraba la cirugía no resultaba factible utilizar procedimientos infalibles para evitar este tipo de accidentes, pero luego la justicia se fue mostrando cada vez más severa en situaciones de esta índole, por entender que existen mecanismos adecuados a fin de evitar los olvidos”²²³.

(...)

“Respecto a la frecuencia de este tipo de olvidos, en un fallo, con cita de un tratado de medicina legal se ha dicho que “... lo que acabamos de manifestar no es una exención de culpa para todos los casos de olvidos de gasas. Hay casos en que el olvido será un error, pero hay otros, y los hemos visto en nuestra práctica, que son indiscutibles casos de responsabilidad médica, por la impericia, la imprudencia o la negligencia demostrada por el médico tanto durante la intervención quirúrgica como después, durante el postoperatorio, frente a la sintomatología del paciente progresivamente agravada sin aparente causa, y en donde el todo arrancaba no sólo de la existencia de una gasa o

²²² ADORNO - GARRIDO, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, Contratos médicos, cit., p. 199; en TRIGO REPESAS, Félix, *Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión*, LL, 1981-B-777 y ss.

²²³ BUERES, ob. cit., 244-245.

recepción intestinal y de colón izquierdo y lavado de la cavidad. (Subraya la Sala, fls. 155 y 156 cdno. ppal.)”²²⁶.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Radicación 17733. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Hechos: Un hombre fue herido con disparos de arma de fuego. Al día siguiente, hombres no identificados entraron en la madrugada al hospital (a la habitación del paciente) y lo asesinaron. La entrada de estos sujetos se hizo fuera del horario de visitas establecido por el hospital.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Está demostrado, además, que el atentado con arma de fuego fue reportado a la policía, por medio del agente de turno que se encontraba en el servicio de urgencias del hospital, al momento de ingresar el paciente.

(...)

Si bien es claro que, luego de ser internado en el Hospital San José de Buga, Heyner Hernández Acosta, no contó con protección especial, ya fuera por el centro de salud o por la policía, no resulta suficiente para concluir que su muerte es imputable al hospital demandado, precisamente, porque la obligación de seguridad no tiene la condición de resultado y, por lo tanto, el hecho de que se contara con vigilancia en las tres entradas, que éstas se cerraran a las ocho de la noche, y que el servicio de urgencias tuviera protección durante las 24 horas. Como corolario de lo anterior, es posible afirmar que el hospital sí cumplió con la obligación de seguridad respecto del paciente internado, motivo por el que el daño no le deviene imputable.

²²⁶ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 16 de marzo de 2000, expediente 11.890.

Conforme a lo anterior, se tiene que la muerte de Heyner Hernández Acosta fue causada por un tercero, extraño a la institución demandada, situación por demás imprevista e irresistible para el hospital demandado, puesto que éste cumplió con el estándar de protección y cuidado que se desprendería de la obligación de seguridad que se encuentra radicada en cabeza de todo centro hospitalario. Tampoco se tiene por demostrado que la acción de ese tercero fue facilitada por una acción u omisión de miembros de la entidad sanitaria demandada; tal situación no se presenta en este caso.

Obiter dicta

Como se aprecia, el servicio público sanitario y hospitalario no sólo está circunscrito a la prestación o suministro de los denominados “acto médico y/o paramédico”, es decir, la atención dirigida o encaminada a superar o aliviar una enfermedad a partir de la valoración de los síntomas y signos evidenciados con el objetivo de restablecer la salud del paciente²²⁷, sino que comprende otra serie de obligaciones principales como la de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios.

(...)

El numeral 3 del artículo 3º del Decreto 1011 de 2006, define la obligación de seguridad en la atención en salud como “...el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de salud o mitigar sus consecuencias.” Como se aprecia, esa obligación contiene diversas prestaciones, tales como la de establecer procesos, el diseño de instrumentos y el empleo de metodologías que tiendan a la reducción o mitigación de los riesgos que pueden desencadenar un evento adverso en relación con la atención de salud, y cuyo incumplimiento puede desencadenar la toma de medidas de precaución por las autoridades de inspección vigilancia y control, así como la imposición de las sanciones contenidas en los artículos 49 de la ley 10 de 1990 , y 577 de la ley 9 de 1979.

(...)

²²⁷ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”. En www.who.int/en/

compresa olvidada sino, y en grado más importante aún, en no haberse preocupado por esclarecer las causas de esa deficiente evolución y en no haber llevado a cabo, en última instancia, una reintervención para aclarar el porqué de esa evolución atípica...”²²⁴.

La jurisprudencia de esta Corporación también ha sido enfática al respecto y tiene por establecido lo siguiente:

“El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde²²⁵.

“Sobre el particular, encuentra la Sala que las entidades demandadas en ningún momento desvirtuaron la negligencia que predicen los actores, la cual tuvo lugar en la cirugía de la víctima al dejar dentro de su humanidad cuerpos extraños ‘gasas y agujas’ (fl. 28 cdno. Ppal.), que dieron lugar a una peritonitis abdominal, shock séptico, insuficiencia renal aguda y trombolismo pulmonar (fl. 5 cdno. ppal.).

“Afirmación que se corrobora con el testimonio del doctor Carlos Escobar Gónima, ginecólogo del Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, quien atendió de urgencia a la paciente en esa institución cuando fue remitida por el hospital San Juan de Dios de Yarumal, y el cual manifestó que aquella:

“...ingresó al servicio de urgencias de ginecología en malas condiciones y a quien se le encontró hallazgos pulmonares y una masa abdominal. El diagnóstico de quien la ingresó, que fui yo, fueron tres diagnósticos: un hematoma abdominal por anticoagulación o ‘souvenir’ que es el nombre que damos a un cuerpo extraño y una sepsis o infección generalizada. La señora ese mismo día en las horas de la noche, fue intervenida quirúrgicamente, encontrándose un cuerpo extraño en el abdomen. La cirugía fue la extracción de la gasa y una

²²⁴ Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 1a. edición colombiana 1993 (Editorial Diké, 1993), 199-201.

²²⁵ Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas el 3 de septiembre y 3 de noviembre de 1992, expedientes 7221 y 7336, respectivamente.

Problema jurídico: ¿Puede una institución que presta servicios de salud ser declarada responsable cuando un paciente debe ser intervenido por segunda vez para retirar una compresa que fue olvidada en su cuerpo, teniendo en cuenta sus deberes de seguridad?

Extractos:

Ratio decidendi

Así las cosas, la Sala considera que conforme a la historia clínica y al dictamen pericial, el tratamiento para el carcinoma papilar que presentaba el paciente, fue apropiado y ajustado al criterio médico de los galenos que lo atendieron, en consecuencia, no se configuró daño alguno por el tratamiento médico suministrado.

[...]

De lo transcrito, es inhesitable que al paciente le dejaron un compresoma cuando le realizaron la cirugía para extraer la tiroides afectada con el carcinoma papilar, situación que, sin lugar a dudas, configura por sí misma una falla en la ejecución de los cuidados quirúrgicos.

En relación con los casos de oblitto quirúrgico, se tiene por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada como quiera que los hechos hablan por sí solos.

[...]

Por lo tanto, como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye por sí mismo una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño.

Obiter dicta

Así lo ha señalado la doctrina:

| | |

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación 17276. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Hechos: A una mujer se le practicó una cesárea. Tiempo después ella volvió a consulta porque tenía una masa abdominal que crecía rápidamente y le causaba dolor. Al realizarle una laparotomía exploratoria se le encontró “un gran plastón de epiplón con asas intestinales delgadas allí adheridas, muy difícil de liberar”, que había sido olvidado durante la cesárea.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Y la oblitto quirúrgica, o sea el olvido de gasas, compresas, tetras, ganchos, pinzas, etc., en el interior del paciente son conductas reveladoras de culpa o falla en sí mismas, toda vez que los hechos hablan por sí solos.

Situaciones donde se han dejado objetos al interior de los pacientes al ser sometidos a intervenciones quirúrgicas, han sido decantadas por la Sala, v. gr., en las sentencias del 3 de septiembre de 1992, expediente N° 7221²²⁰, y 3 de noviembre de 1992, expediente N° 7336²²¹, donde se dijo:

“El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde”.

Y en decisión más reciente, del 16 de marzo de 2000, expediente N° 11.890, con ponencia del Consejero doctor Germán Rodríguez Villamizar, puntualizó:

²²⁰ Consejero Ponente Julio Cesar Uribe Acosta, actor: Luz Marina Ramírez Ríos.

²²¹ Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández, actor: Gloria Inés Cadavid de Vargas.

| | |

“De esta manera, van acrecentando su libertad a fin de permitirle paulatinamente su adaptación al medio social... Es por ello que imponer a estos entes una obligación determinada sería poco valioso, pues de tal manera se los induciría a prescindir de la utilización de los mencionados tratamientos en detrimento de la salud del paciente”²¹⁸.

Advierte la Sala, con fundamento en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia citadas, que el contenido de la obligación de seguridad y aun del deber de cuidado y vigilancia, que puede formar parte de aquélla, asumidos por las clínicas y hospitales en relación con los pacientes -al margen de su existencia o inexistencia en determinado tipo de contratos y de la naturaleza que puedan tener-, resulta siempre referido al deber que tienen tales establecimientos de evitar que los pacientes sufran algún daño, durante el tiempo que permanezcan internados, en el desarrollo de actividades que, si bien son distintas y están separadas del servicio médico propiamente dicho, son necesarias para permitir su prestación²¹⁹.

Ratio decidendi

De acuerdo con lo anterior, hubiera sido esquizofrenia o trastorno afectivo bipolar, las dos enfermedades, que tienen características similares y que pueden traducirse en tendencia del enfermo a hacerse daño a sí mismo y a que contemple ideas suicidas, presentan estadios en los cuales resulta indispensable internarlo en una institución hospitalaria, no solamente para efectuar el tratamiento médico farmacológico correspondiente -porque tal y como se lee en la información científica, la droga también puede ser suministrada y consumida por el paciente cuando está fuera del hospital-, sino también, y de una manera muy principal, por razones de seguridad, para sí mismo y para los demás, pues su estado mental le impide tomar decisiones correctas y lo conduce a asumir conductas anormales y peligrosas.

En el presente caso, el señor Ernesto Acosta Gutiérrez, según los registros de la historia clínica, presentaba síntomas que permitían prever la posibilidad de que se lesionara a sí mismo o a alguien más y sobre todo, fue insistente y reiterativo en su intención y sus intentos de escapar del hospital, de tal

²¹⁸ Alberto BUERES, *La responsabilidad civil de los médicos* (Buenos Aires: Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, 1994), 441-443.

²¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2000, expediente 11.405, actores: Juan Bautista Guerrero Ramírez y otros.

Por lo tanto, los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario.

(...)

Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea.

(...)

En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de efectos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, contenido de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo.

(...)

De otro lado, en cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que están coligados de forma inescindible.

Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intra-hospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias.

(...)

Por lo tanto, los eventos adversos configuran daños antijurídicos que pueden ser imputados a las entidades de salud por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que son inherentes a la prestación del servicio público sanitario y hospitalario; esta prestación es de carácter principal y autónomo; se relaciona con la ejecución de los denominados 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

ción entre obligaciones de medio y de resultados, por resultar poco pertinente y útil para delimitar el contenido de la prestación en cada caso concreto. En efecto, sobre el particular se puntualizó:

En ese orden de ideas, el estudio de la obligación médica supone el abandono de la clasificación de “medios” y “resultados”, puesto que 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, en el contrato médico hay una pretensión curativa; de lo contrario y según Zannoni, “deberíamos llamar a la medicina el arte de cuidar y no arte de curar”.

En consecuencia, al margen de la malograda distinción entre obligaciones de medios y de 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; no obstante, esta alta exigencia a la que se encuentran compelidos los galenos, 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, puesto que, se reitera, hasta el momento no puede ser entendida como una ciencia exacta. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 16639, M.P.: Enrique Gil Botero).

Así mismo, este daño le es imputable al Instituto de Seguros Sociales porque fue esta entidad la que contrató al Hospital San José para la prestación del servicio de salud a la madre de la víctima y al menor, y si bien es cierto el daño ocurrió en dicho Hospital, lo cierto es que la entidad encargada de suministrar el servicio de salud era el Instituto demandado con independencia de las entidades hospitalarias que contratara para el efecto.

Obiter dicta

Dicha distinción se realizó en épocas pasadas, además, para establecer diferencias en relación con el régimen de responsabilidad y las cargas probatorias de las partes²³⁹, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que hoy han sido adoptados y que exigen al demandante la prueba de los elementos de la responsabilidad por el daño causado con ocasión de la actuación médica hospitalaria, con independencia del acto de que provenga (médico, paramédico o extramédico), dicha distinción carece de sentido.

(...)

Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia de la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de

229 Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165. Se dijo en esa providencia:

Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalar al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.

No obstante, en sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944, aclaró la Sala:

En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de “los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio”, y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido “el de falla presunta”.

siguiente en el Hospital Departamental de Nariño, mediante el procedimiento quirúrgico de laparotomía.

Así las cosas, es evidente que la situación descrita se enmarca entre los casos de *oblito quirúrgico*, los cuales han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos.

(...)

De conformidad con lo anterior, es evidente que el olvido de una compresa en el abdomen de la señora Nilza Milena Rosero Erazo, durante un procedimiento quirúrgico realizado en el Hospital Eduardo Santos el 20 de octubre de 1993, constituyó por sí mismo una falla en la prestación del servicio médico. Por lo tanto, la Sala confirmará la condena impuesta al Hospital Eduardo Santos y al llamado en garantía.

Obiter dicta

Así mismo, en situaciones donde se han dejado objetos al interior de los pacientes cuando son sometidos a intervenciones quirúrgicas, la Sala, en sentencias de 3 de septiembre de 1992, expediente N° 7221²³³, y de 3 de noviembre de 1992, expediente N° 7336²³⁴, señaló:

“El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde.

“Sobre el particular, encuentra la Sala que las entidades demandadas en ningún momento desvirtuaron la negligencia que predicán los actores, la cual tuvo lugar en la cirugía de la víctima al dejar dentro de su humanidad cuerpos extraños ‘gasas y agujas’ (fl. 28 cdno. ppal.), que dieron lugar a una peritonitis abdominal, shock séptico, insuficiencia renal aguda y trombolismo pulmonar (fl. 5 cdno. ppal.).

²³³ C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta, actor: Luz Marina Ramírez Ríos.

²³⁴ C.P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Gloria Inés Cadavid de Vargas.

Extractos:

Ratio decidendi

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.

(...)

Y si bien se podría afirmar que la muerte fue producida por un tercero ajeno a la institución clínica, lo cierto es que ésta había asumido posición de garante respecto de la protección de la vida e integridad del paciente, es decir que la omisión resulta equiparada a la causación material del daño. Es decir, que en el plano objetivo y jurídico el daño resulta atribuible a la entidad hospitalaria porque se encontraba compelida a evitar su producción.

Obiter dicta

En efecto, esta Sección en pronunciamiento reciente recogió la división que de forma tradicional se había sostenido entre la obligación de seguridad y las de vigilancia y custodia del paciente, con apoyo en el siguiente razonamiento²³⁷:

“De otro lado, en cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que están coligados de forma inescindible.

²³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente No. 17733, M.P.: Enrique Gil Botero.

(...)

“Como se aprecia, en esta última providencia el tribunal de casación dividió o seccionó la ‘obligación de seguridad’ de la de ‘vigilancia y cuidado’, para enfatizar que la primera debe ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud, mientras que la segunda requiere de convención expresa tratándose de los centros hospitalarios generales, y sólo se entenderá pactada cuando el servicio sea prestado por centros psiquiátricos o geriátricos. En ese mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia del 28 de septiembre de 2000²³⁸, oportunidad en la que se precisó que tratándose de centros de tratamiento psiquiátrico la obligación de cuidado y vigilancia se hacía extensiva a los mismos pacientes, por cuanto pueden irrogar lesiones a otros pacientes o, inclusive, a ellos mismos.

“A contrario sensu, en esta oportunidad la Sala propugna por un conocimiento unívoco de la obligación de seguridad, sin que sea viable escindir la en los términos fijados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la misma lleva aparejados deberes propios como los de custodia y vigilancia, sin que esta precisión se erija como óbice para el cumplimiento de los mandatos del artículo 7º de la Resolución No. 741 de 1997²³⁹, del Ministerio de la Protección Social que establece el imperativo de las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud de establecer procedimientos y estándares especiales de seguridad para los usuarios de: i) sala de partos; ii) recién nacidos; iii) hospitales psiquiátricos; hogares geriátricos y iv) centros asistenciales para discapacitados, en garantía del principio de igualdad material reforzada a que hace referencia el inciso tercero del artículo 13 y el artículo 5º de la Carta Política²⁴⁰.

“Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos,

²³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp. 13122, M.P.: Alíer E. Hernández Enríquez.

²³⁹ “Por la cual se imparten instrucciones sobre seguridad personal de usuarios para instituciones y demás prestadores de servicios de salud”.

²⁴⁰ “Artículo 13: (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. “Artículo 50: Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”.

“Afirmación que se corrobora con el testimonio del doctor Carlos Escobar Gónima, ginecólogo del Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, quien atendió de urgencia a la paciente en esa institución cuando fue remitida por el hospital San Juan de Dios de Yarumal, y el cuál manifestó que aquella:

‘...ingresó al servicio de urgencias de ginecología en malas condiciones y a quien se le encontró hallazgos pulmonares y una masa abdominal. El diagnóstico de quien la ingresó, que fui yo, fueron tres diagnósticos: un hematoma abdominal por anticoagulación o “souvenir” que es el nombre que damos a un cuerpo extraño y una sepsis o infección generalizada. La señora ese mismo día en las horas de la noche, fue intervenida quirúrgicamente, encontrándose un cuerpo extraño en el abdomen. La cirugía fue la extracción de la gasa y una recepción intestinal y de colon izquierdo y lavado de la cavidad. (Subraya la Sala, fls. 155 y 156 cdno. ppal.)”²³⁵.

En ese mismo sentido, la Sala en pronunciamiento de 8 de julio de 2009, indicó:

“Como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño”²³⁶.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Radicación 19977. Consejero ponente: Mauricio Fajardo.

Hechos: Un hombre que padecía una grave enfermedad mental (psicópata) se escapó del hospital psiquiátrico en que se encontraba recluso. El paciente se fugó del hospital en varias oportunidades y finalmente se suicidó mediante asfixia.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

²³⁵ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 16 de marzo de 2000, expediente 11.890.

²³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de julio de 2009, expediente: 16.451, actor: Héctor Fabián Flores Morales y otros.

“custodia y vigilancia” cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales²³⁹, pero que no se extiende a brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de “situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse”²³⁷.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio 2010. Radicación 18348. Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordóñez.

Hechos: Una mujer ingresa al servicio de urgencias por dolor abdominal, le diagnostican apendicitis y al ser intervenida se encuentra un quiste en su ovario, el cual es extirpado. Sin embargo, días después regresa a urgencias por un dolor estomacal fuerte asociado a otros síntomas; luego de revisar los exámenes se diagnostica aborto en curso y se le practica un legrado. No obstante, vuelve nuevamente a urgencias con dolor estomacal y se interviene por encontrarse una masa en el abdomen al observar los exámenes practicados. Se extrae una compresa de su pared abdominal.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable por las lesiones que se causan a una persona con ocasión del olvido de una compresa en su pared abdominal, teniendo en cuenta la obligación de seguridad que le es exigible?

Extractos:

Ratio decidendi

De las pruebas anteriormente relacionadas, se infiere, que a la señora Nilsa Milena Rosero Erazo, en la Salpingooforectomía derecha²³⁷, que le practicaron el 20 de octubre de 1993, en el Hospital Eduardo Santos, le dejaron una compresa en su cavidad abdominal, la cual fue extraída el 22 de octubre del año

²³⁰ La Sala ha declarado la responsabilidad de las instituciones hospitalarias, por suicidios de enfermos mentales, por ejemplo, en sentencias de 11 de abril de 2002, exp: 13.122, o por evasión del hospital psiquiátrico y su posterior muerte, en sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 15.352.

²³¹ Sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp. 11.405.

²³² Cirugía para extirpar el ovario y la trompa de falopio del lado derecho del cuerpo.

acto médico, y comprende las actividades de vigilancia, custodia, cuidado y protección de los pacientes.

De otro lado, el contenido y alcance de la obligación de seguridad para la prevención de eventos 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 serán siempre las mismas, sin que sea un criterio a ser definido como elemento de la naturaleza o accidental de un negocio jurídico.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 18574.

Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Hechos: Mientras se encontraba en incubadora, un bebé de cuatro días de nacido resultó con quemaduras en su brazo derecho y tórax, lo que le generó hipotrofia muscular que afectó la funcionalidad del miembro. Las quemaduras se produjeron por agua hirviendo. Esto fue consecuencia de que dentro del tratamiento prescrito estaba colocarle bolsas de agua caliente.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Así las pruebas, se encuentra acreditado que el daño sufrido por el menor Julián David Calderón Rivas es imputable a la demandada por la falla en la prestación del servicio médico asistencial, porque las lesiones que sufrió ocurrieron cuando el paciente se encontraba en la Unidad de Recién Nacidos-Cuidados Intensivos del Hospital San José, debido a que nació en forma prematura y fue sometido a tratamiento en incubadora, y parte de las medidas terapéuticas que se adoptaron para la recuperación de la salud del menor fue ponerle una “bolsa de agua caliente”, lo cual dio lugar a que fuera quemado con el agua hirviendo que contenía la bolsa, causándole quemaduras de II y III grado en su brazo derecho y tórax.

(...)

Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud.

(...)

En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño.

(...) En una providencia más reciente, la Corporación enfatizó acerca de la imposibilidad de entender este tipo de obligaciones como de resultado, así:

“Es necesario, de cualquier modo, estudiar siempre el caso concreto a fin de establecer si el hospital ha incurrido en la violación de estos deberes especiales y si a su incumplimiento puede imputarse el daño sufrido por el paciente. En efecto, considera la Sala que tales deberes de seguridad, en cuanto se refieren al control y vigilancia necesarios para evitar la acción de terceros, no pueden dar lugar al surgimiento de obligaciones de resultado”²²⁸.

²²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de septiembre de 2000, exp. 11405, M.P.: Alíer E. Hernández Enríquez. Por otro lado, vale la pena aclarar que, de manera reciente, el Consejo de Estado enfatizó en la necesidad de recoger, al menos en el campo médico-sanitario, la distin-

ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.

“En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño”.

En consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección del paciente– era exigible a la entidad demandada, al grado tal que no le era posible exonerarse invocando el hecho determinante y exclusivo de la víctima, pues la misma no podía autodeterminarse, lo que impide atribuir o radicar el daño en su propio comportamiento.

**CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo.
Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio 2011.
Radicación 15332.
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.**

Hechos: Un recién nacido deprimido muere. La madre gestante tuvo un embarazo normal, pero al momento del parto no se le aplicaron medicamentos para acelerarlo; el menor aspiró meconio y líquido amniótico, el cual no fue succionado al nacer porque la planta de energía eléctrica no estaba funcionando, ya que había racionamiento en la ciudad.

propia de la patología de base, pero ello no es una carga que el paciente deba soportar, y por tanto se declaró probado el daño antijurídico.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

La Sala, siguiendo el precedente jurisprudencial, considera que en el caso en concreto hay prueba suficiente que permite deducir directa o indirectamente la imputación del daño causado a los demandantes. En primer lugar, se tiene probado que María Leonor Moncada Arboleda fue llevada en la noche del 21 de junio de 1996 al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Fernando de Amagá al presentar una insuficiencia urinaria e isquemia cerebral, permaneciendo esa noche y el día siguiente (22 de junio de 1996) en el servicio de urgencias de la entidad demandada. Si bien estuvo acompañada por su hija Amanda Gómez Moncada, ésta tuvo que salir en dos ocasiones, la primera para requerir la presencia de otro familiar para que se quedara con su madre mientras ella adelantaba el trámite de llevar los exámenes de laboratorio practicados al municipio de Caldas.

Así mismo, se tiene probado que en la noche del 21 y en la mañana del 22 de junio de 1996 el servicio de urgencias estaba congestionado y que había poco personal para la atención a las personas que llegaban al servicio de urgencias, lo que llevó a que tanto el médico Wiston Usma, como las enfermeras presentes tuvieran que multiplicarse para ofrecer una mínima prestación a las personas.

Se tiene probado que la señora María Leonor Moncada Arboleda tenía 81 años para la época de los hechos, y que si bien fue dejada en una camilla en el servicio de urgencias con las barandas arriba, se encontraba en una situación médica que con probabilidad representaba un riesgo por los efectos que ofrece la isquemia cerebral, sumado a la insuficiencia urinaria, que llevó a ratificar en los testimonios que la paciente se encontraba muy inquieta, lo que debió exigir una mayor precaución y una atención oportuna de la paciente para que se hubiera surtido su hospitalización que ya se había ordenado, y no haberla dejado en el servicio de urgencias sin el cuidado, vigilancia y custodia adecuado y suficiente para haber evitado la caída y posterior lesión de cadera que sufrió.

le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad, se confía en 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 seguridad y atención del paciente debió llevar a la entidad demandada a adoptar las medidas para contar con el personal suficiente en un área crítica como son las urgencias médicas, a determinar la atención de la paciente con las precauciones necesarias, entre ellas no sólo la de pedir un acompañante, que es una circunstancia excepcional para el servicio de urgencias, como lo enseña el propio testimonio de la enfermera Vélez Álvarez, de manera que no era atribuible a la hija de la paciente carga alguna respecto a la caída que sufrió por no encontrarse a su lado, ya que sería invocar la falta de atención como una circunstancia ordinaria, cuando el médico y la enfermera manifestaron que en el tiempo en que tenían laborando con la entidad demandada nunca había ocurrido un incidente como el que es objeto de demanda.

Obiter dicta

En este sentido, se ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual toda entidad de salud está obligada a prestar el servicio de salud de tal forma que el usuario no resulte víctima de “imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia”, lo que se concreta en la aplicación de los medios, recursos, tratamientos y medidas disponibles razonablemente que permita evitar aquellos, por lo menos reducir el impacto negativo que se habría producido en el paciente, como fue la perturbación funcional del miembro inferior derecho.

**CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo.
Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011.
Radicación 20309.
Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.**

Hechos: Un hombre que padecía de esquizofrenia paranoide estaba recluso en un hospital psiquiátrico, del que intentó escapar en dos ocasiones, lográndolo en una tercera. Al salir del hospital tomó un bus, pero durante el trayecto se lanzó a la carretera. Producto de las heridas causadas por la caída.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

“Ahora bien, en relación con la responsabilidad del Hospital Santo Domingo de Málaga, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones respecto de la naturaleza y el alcance las obligaciones asumidas por los hospitales, clínicas y demás establecimientos prestadores del servicio de salud.

“El tema ha sido abordado por la jurisprudencia y la doctrina desde diferentes ángulos. En el campo civil y dado que allí se considera superada la discusión acerca del carácter contractual de la responsabilidad de los médicos y las clínicas, la discusión se ha desarrollado en el ámbito del alcance de las obligaciones que asumen estas últimas en virtud de los contratos respectivos.

“En sentencia del 12 de septiembre de 1985, manifestó la Corte Suprema de Justicia:

“2. Si, en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de este mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato (...)”.

En este orden de ideas, no se comparten las apreciaciones del médico Sabas Simarra y de la sentencia impugnada al sostener simplemente que a la luz de las nuevas tendencias en el tratamiento de personas con trastornos mentales, resulta contraproducente y violatorio de la dignidad humana, inmovilizar al paciente o trasladarlo a un cuarto con vigilancia permanente, pues, en primer lugar, no se tiene en cuenta que en la mayoría de estos casos se encuentra en riesgo la integridad personal y la vida del paciente y, en segundo lugar se desconocen los mecanismos alternativos para el manejo de los enfermos o el cambio de los medicamentos suministrados para lograr su estabilización.

Extractos:

Ratio decidendi

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea a través del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Según se desprende de la misma Historia Clínica, en la nota de enfermería de febrero 28 de 1996 se consignó:

“8:45. Ingres a sala de cirugía No. 4 en camilla, está consciente (sic) y orientada, viene para cesárea T.P.E. 9+50. Previa asepsia inicia acto quirúrgico por el Dr. Fernández y el Interno Dr. Alvarado, Con 19 compresas...” (fol. 151 vto.)

Cabe destacar que eventos como el descrito se encuadran dentro de los llamados de “oblitio quirúrgico”, los cuales han sido considerados por la doctrina y la Jurisprudencia de esta Corporación, como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud.

De conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y citas doctrinales, resulta claro que el olvido de una compresa en el abdomen de la señora María Lilibiana Alfaro Ulchur durante el procedimiento quirúrgico que se le realizó el 28 de febrero de 1996 en el Hospital Universitario San José de Popayán, remanente textil que le fue extraído el 5 de septiembre del mismo año a través de otro procedimiento quirúrgico que se requirió, constituyó por sí mismo una falla en la prestación del servicio médico imputable a la entidad asistencial.

Obiter dicta

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual

es la *falla probada del servicio* el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria²⁴¹.

[...]

Así mismo, en situaciones donde se han dejado objetos al interior de los pacientes cuando son sometidos a intervenciones quirúrgicas, la Sección, en sentencias de 3 de septiembre de 1992, expediente N° 7221²⁴², y de 3 de noviembre de 1992, expediente N° 7336²⁴³, ha señalado:

“El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde.

“Sobre el particular, encuentra la Sala que las entidades demandadas en ningún momento desvirtuaron la negligencia que predicán los actores, la cual tuvo lugar en la cirugía de la víctima al dejar dentro de su humanidad cuerpos extraños ‘gasas y agujas’ (fl. 28 cdno. ppal.), que dieron lugar a una peritonitis abdominal, shock séptico, insuficiencia renal aguda y trombolismo pulmonar (fl. 5 cdno. ppal.).

“En ese mismo sentido, la Sección en pronunciamiento de 8 de julio de 2009, indicó:

“Como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está

²⁴¹ Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 15772, M.P.: Ruth Stella Correa, Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933, Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270, M.P.: Myriam Guerrero de Escobar, Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁴² C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta, actor: Luz Marina Ramírez Ríos.

²⁴³ C.P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Gloria Inés Cadavid de Vargas.

Sobre el particular, en un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, la Corporación señaló que “(...) está bien que se superen los métodos y tratamientos respecto de los cuales se haya podido establecer su inutilidad y crueldad, pero ello no puede significar de ninguna manera que en aras de respetar al individuo, que en estos casos adolece de enfermedades que afectan su mente y su voluntad, se propicien riesgos para sí mismo y para quienes lo rodean; no es de recibo por lo tanto, la actitud de la entidad demandada, al sostener que en virtud del sistema de “hospital de puertas abiertas”, su responsabilidad frente a las entradas y salidas de los pacientes es limitada o restringida, por cuanto sin desconocer la importancia de la implementación de esta clase de tratamientos que implican la posibilidad de efectuar un manejo extra hospitalario de algunos enfermos, es indudable que en algunas ocasiones ellos no son aptos para desenvolverse fuera de la institución y resulta indispensable su atención en la misma (...). Y en esas ocasiones en las que el paciente se hallaba interno, la entidad demandada tenía la obligación de brindarle la seguridad y protección que sus condiciones especiales exigían, aún en contra de su propia “voluntad”, afectada lógicamente por la enfermedad mental que sufría, máxime con los antecedentes que esta persona en particular presentaba, en cuanto había tenido manifestaciones suicidas y violentas, con múltiples intentos de fuga de la institución hospitalaria y que inclusive el día anterior a su desaparición, como ya se vio, había tenido que ser inmovilizado (...).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de mayo 2011. Radicación 19835. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Hechos: A una mujer le es practicada una cesárea y se olvida en su cuerpo una compresa antes de terminar la cirugía, lo cual le genera múltiples molestias abdominales. Al ser nuevamente intervenida, se halla la compresa en pared abdominal; se realiza laparotomía, recesión intestinal, salpinguectomía derecha.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable por las lesiones que se causan a una persona con ocasión del olvido de una compresa en su pared intestinal, teniendo en cuenta la obligación de seguridad que le es exigible?

Extractos:

Ratio decidendi

Los pacientes que padecen trastornos mentales son personas que exigen un trato especial, más cuidado y mayor vigilancia, máxime si se encuentran en una unidad psiquiátrica de la cual se espera diligencia y responsabilidad. En tratándose de la prestación del servicio público de salud (Art. 49 C.P.), el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/o hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud.

En el presente caso, la falla del servicio operó por una omisión del Hospital María Inmaculada al haber permitido la salida de un enfermo mental que estaba bajo su responsabilidad, para encontrar la muerte por fuera del centro hospitalario.

Probada como se encuentra la responsabilidad de la entidad pública accionada, los argumentos de las excepciones de fondo carecen de respaldo probatorio, razón por la cual la sentencia impugnada habrá de ser revocada y los perjuicios liquidados de conformidad con las pautas que a continuación se señalan.

Obiter dicta

Con relación a las obligaciones que en materia de protección y seguridad de los pacientes psiquiátricos les asiste a las instituciones dedicadas a la atención de los mismos, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en los siguientes términos:

“(…) La Sala ha concluido, en jurisprudencia reciente, que la obligación de vigilancia tendiente a evitar daños a las personas que están siendo atendidas en un centro de salud, es uno de los deberes propios de la atención hospitalaria, y que, en el caso de las entidades especializadas en el cuidado de enfermos mentales, incluye la de custodia y vigilancia de los propios pacientes, en tanto pueden agredir a otros o agredirse a sí mismos. En sentencia de 28 de septiembre de 2000 se expuso lo siguiente:

5. Luego, desde el ámbito fáctico no hay duda que el daño antijurídico causado a la paciente tiene relación directa con el incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse a la paciente, atendiendo a los deberes de seguridad, vigilancia y custodia que por diversas razones no se cumplieron a cabalidad, con eficiencia y de manera ajustada a las especiales condiciones de una paciente de 81 años de edad que presentaba isquemia cerebral.

6. Desde el ámbito de la imputación jurídica, o de atribución, el acervo probatorio, especialmente lo consignado en la historia clínica y lo afirmado en los testimonios del médico Wiston Usma, como de la enfermera Gloria Inés Vélez Álvarez, permiten establecer que hubo una falla en el servicio prestado en urgencias de la ESE Hospital San Fernando de Amagá, como consecuencia de la cual se produjo su caída y afectación, por fractura, de su cadera. Dicha falla en el servicio consiste en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y del paciente que tenía la entidad demandada para con la paciente, exigible conforme a los mandatos de la ley 23 de 1981, de la ley 100 de 1993 y de los reglamentos que para la época de los hechos eran aplicables en materia de seguridad y atención del paciente.

En ese sentido, la Sala tiene en cuenta que la seguridad del paciente es condición indispensable para lograr que la atención médica sea de calidad. En los procesos de atención de urgencias y de hospitalización, la seguridad del paciente comprende, siguiendo a la doctrina, un “conjunto de estructuras o procesos organizacionales que reducen la probabilidad de que ocurran eventos adversos como resultado de la exposición al sistema de atención médica durante la atención de enfermedades”. Así mismo, se indica por la doctrina que “cuando el paciente está ingresado en el hospital aparte del contrato médico propiamente dicho existe el denominado ‘contrato de hospitalización’”, del que puede derivar “una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado”.

(...)

7. La Sala puntualiza que cuando se encuentra que la ESE Hospital de San Fernando de Amagá incumplió las obligaciones de seguridad y atención del paciente, lo hace distinguiendo estas como servicios extra-médicos, esto es, que nada tienen que ver, con el acto médico propiamente dicho. Frente a dichas obligaciones se espera, por el paciente, el respeto a principios constitucionales como el de buena fe, ya que como lo señala la doctrina por, “el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad, y no quiere tenerla:

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable cuando un recién nacido aspira líquido amniótico y no se succiona porque la planta eléctrica no está en funcionamiento?

Extractos:

Ratio decidendi

No obstante, lo que sí se encuentra acreditado en el expediente es la relación causal entre la muerte del menor y la falla del servicio de la entidad demandada, derivada del hecho de no tener en funcionamiento la planta de energía eléctrica y por lo tanto, no poder extraerle en forma inmediata el líquido amniótico que había ingerido, omisión que le causó la muerte.

[...]

En síntesis, las pruebas que obran en el expediente y en especial, la historia clínica acreditan que la muerte del recién nacido Leonardo Hernández Daza se debió a la falta de succión del meconio, lo cual se produjo por la carencia de planta generadora de eléctrica en la Policlínica de la Policía, hecho que constituyó falla del servicio porque el racionamiento de energía era un hecho conocido en todo el país. Dicho racionamiento obligaba a la entidad demandada a proveer a la institución hospitalaria de una planta generadora de energía, para una adecuada utilización de todos los implementos que la requirieran, como lo es el succionador, el cual constituye un aparato ordinario en una sala de partos, según lo afirmaron los mismos médicos de la Policlínica.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2011. Radicación 20132. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Hechos: Una mujer de avanzada edad llegó a urgencias de un hospital por presentar un problema urinario y una isquemia cerebral. Mientras era atendida, la paciente se cayó de la camilla en la que se encontraba, causándole esto una lesión en la cadera izquierda; la caída se dio en un momento en el que no se encontraban presente los familiares. No está probado el alcance de la lesión, porque no se realizó la valoración pertinente en el momento para delimitar la lesión adicional a la

claro que este hecho constituye una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño²⁴⁴.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril 2011. Radicación 20374. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Hechos: Un hombre es herido con arma de fuego y llevado al hospital por un agente de policía, quien inicia investigación para conocer el autor de la lesión causada a esta persona. Sin embargo, cuando el hombre es atendido en la entidad, es nuevamente lesionado y muere.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable cuando muere una persona que ingresa a urgencias por herida con arma de fuego, y estando en las instalaciones nuevamente es lesionada, teniendo en cuenta la obligación de seguridad exigible a la entidad al prestar atención médica?

Extractos:

Ratio decidendi

En relación con las medidas de seguridad con las que contaba el Hospital San Juan de Dios para el día de la ocurrencia de los hechos, se encuentra acreditado que tenía un servicio de celaduría prestado por el señor Abelardo Zuluaga Gómez.

[...]

Está demostrado igualmente que el señor Rogelio Ospina Villegas fue llevado a las instalaciones del centro hospitalario por un agente de la Policía Nacional.

[...]

²⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de julio de 2009, expediente 16.451, actor: Héctor Fabián Flores Morales y otros.

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, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente, son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes²⁴⁵.

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas²⁴⁶; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales²⁴⁷; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación

²⁴⁵ Distinción hecha por Alberto BUERES, ob. cit., 424-425, citada, entre otras, en Sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp. 11.405.

²⁴⁶ Cfr., por ejemplo, Sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 13.227, en la cual se condenó al hospital demandado por la muerte de un paciente, producida por las omisiones en las que incurrió el personal paramédico y administrativo del centro de salud, en cuanto no fueron cumplidas las órdenes médicas de inmovilizarlo, lo cual propició su caída, y donde administración fue ineficiente en disponer los medios necesarios para realizar el TAC posterior a dicha caída con el fin de disponer la conducta médica a seguir. También, puede verse la Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp. 12.165, en la cual se condena a la entidad por la muerte de un recién nacido que se produjo como consecuencia del hematoma subdural en la región frontoparietal del cerebro, al resbalar en el momento del parto de la lona que cubría la camilla, sin que, además, se pudiera atender esa emergencia con el “equipo de resucitación” requerido, por hallarse bajo llave.

²⁴⁷ Con desafortunada frecuencia se presentan casos relativos a la falta o mal estado de los equipos indispensables para la prestación de servicios que competen a la institución hospitalaria; se registra, por ejemplo, el caso de la muerte de un recién nacido derivada del hecho de no tener en funcionamiento la planta de energía eléctrica, y por lo tanto, no poder extraerle en forma inmediata el líquido amniótico que había ingerido (Sentencia de 14 de julio de 2005, exp. 15.332); asimismo,

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril 2011. Radicación 20368.

Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Hechos: Un hombre ingresó al servicio de urgencias por herida causada con arma de fuego, y muere con ocasión de otras lesiones efectuadas por personas que ingresaron al lugar también con armas de fuego.

Problema jurídico: ¿Puede ser responsable una institución prestadora de servicios de salud cuando un paciente que ingresó por urgencias a causa de múltiples lesiones con arma de fuego muere porque es herido nuevamente dentro de sus instalaciones, teniendo en cuenta la obligación de seguridad que le es exigible?

Extractos:

Ratio decidendi

[...] la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente sufra accidentes en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber actividades de “custodia y vigilancia” de los pacientes cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales²⁵³. Así mismo ha sido criterio reiterado que el deber de custodia y vigilancia no se extiende al de brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de “situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse²⁵⁴.

Como se precisó anteriormente, el alcance del deber de seguridad de las entidades hospitalarias en relación con los pacientes no implica la protección frente a hechos de terceros, a menos que se evidencie una situación especial de riesgo que amerite el incremento de las medidas de seguridad, caso en el

²⁵³ La Sala ha declarado la responsabilidad de las instituciones hospitalarias por suicidios de enfermos mentales, por ejemplo, en Sentencias de 11 de abril de 2002, exp. 13.122, o por evasión del hospital psiquiátrico y su posterior muerte, en Sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 15.352.

²⁵⁴ Sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, en la cual se revocó la sentencia de primera instancia y se negaron las súplicas de la demanda, al considerar que el hospital demandado por la muerte del paciente no tuvo conocimiento de que este se encontrara en situación especial de peligro, la cual lo obligara a reforzar sus mecanismos de seguridad o a solicitar la protección especial de la Policía Nacional.

al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes²⁵⁵.

Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos²⁵⁶, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico.

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas²⁵⁷; (ii) la falta de mantenimiento de los

²⁵⁵ Distinción hecha por Alberto BUERES, Alberto, ob. cit., 424-425, citada, entre otras, en Sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp. 11.405.

²⁵⁶ Sentencia del 11 de noviembre de 1999, exp. 12.165. Se dijo en esa providencia:

Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalar al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalera, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.

No obstante, en Sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944, aclaró la Sala:

En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de “los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio”, y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concierne a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido “el de falla presunta”.

²⁵⁷ Cfr., por ejemplo, Sentencia de 11 de abril de 2002, exp: 13.227, en la cual se condenó al Hospital demandado por la muerte de un paciente, producida por las omisiones en las que incurrió el personal paramédico y administrativo del centro de salud, en cuanto no fueron cumplidas las órdenes médicas de inmovilizarlo, lo cual propició su caída, y donde la administración fue ineficiente en disponer los medios necesarios para realizar el TAC. posterior a dicha caída con el fin de disponer la conducta médica a seguir. También, puede verse la Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165, en la cual se condena a la entidad por la muerte de un recién nacido que se produjo como consecuencia del hematoma subdural en la región frontoparietal del cerebro, al resbalar en el momento del parto de la lona que cubría la camilla, sin que, además, se pudiera atender esa emergencia con el “equipo de resucitación” requerido, por hallarse bajo llave.

Extractos:

Ratio decidendi

De otro lado, la Sala mantendrá la decisión apelada en cuanto se refiere a la responsabilidad patrimonial de la demandada porque: i) no es un aspecto que haga parte del objeto de la apelación en los términos del artículo 357 del C.P.C., y ii) la atribución del daño en cabeza del ISS se encuentra absolutamente establecido toda vez que se dejó un objeto en el cuerpo del demandante principal, compuesto por siete hilos de color verde y un hilo de algodón, circunstancia que generó un daño antijurídico imputable a la administración pública por ser la que intervino al paciente y dejó ese obliito quirúrgico que sólo vino a ser extraído el 11 de noviembre de 1994.

[...]

Si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso.

[...]

Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo²⁶² ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue

²⁶² A modo de ejemplo, en la Sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17733, la Sección Tercera de esta Corporación disertó de la siguiente forma:

Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material

diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda.

[...]

De otro lado, en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, o cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños –esto es, por el oblitio quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas– la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa.

[...]

En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (v. gr., daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada.

Obiter dicta

En consecuencia, no pretende esta postura desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista en el que mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa; no obstante, se insiste, existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo. A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del

del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias.

equipos o instrumentales²⁵⁸; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos²⁵⁹; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos²⁶⁰, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria²⁶¹.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 marzo de 2011. Radicación 20836. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Hechos: Un hombre fue intervenido quirúrgicamente por una hernia inguinal izquierda, pero luego presentó fiebre, hinchazón y dolor intenso. Tanto quien lo intervino como otros profesionales de la salud le formularon medicamentos, pero no mejoró su estado. Por eso se recurrió a hacer una punción en la zona afectada, de la cual se extrajo una cantidad importante de materia. Siguió con los síntomas hasta que la herida se amplió y empezó a supurar, encontrándose una *fístula inguinal posquirúrgica e infección localizada* (siete hilos trenzados y uno de algodón). En efecto, le practicaron una vasectomía y desbridamiento inguinal izquierdo (alrededor de cuatro años después).

Problema jurídico: ¿Puede una entidad que presta servicios médicos ser declarada responsable por los daños ocasionados a un paciente debido al olvido de material quirúrgico en la zona inguinal, teniendo en cuenta que la cosa por sí misma genera afectación a la persona y esto corresponde a un acto extramédico?

²⁵⁸ Con desafortunada frecuencia se presentan casos relativos a la falta o mal estado de los equipos indispensables para la prestación de servicios que competen a la institución hospitalaria; se registra por ejemplo, el caso de la muerte de un recién nacido derivada del hecho de no tener en funcionamiento la planta de energía eléctrica, y por lo tanto, no poder extraerle en forma inmediata el líquido amniótico que había ingerido (Sentencia de 14 de julio de 2005, exp. 15.332). También, eventos en los cuales no se realizan los exámenes de diagnóstico de manera oportuna por el mal estado de los equipos, por ejemplo, en Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp: 11.943.

²⁵⁹ Por ejemplo, en Sentencia de 24 de febrero de 2005, exp. 14.170, se declaró la responsabilidad del hospital demandado por la inadecuada atención prestada a un menor que fue llevado allí de urgencias, cuando en ese momento no había médico, por lo cual fue atendido por una enfermera que le administró un medicamento sin prescripción médica, lo que le produjo la muerte al menor.

²⁶⁰ En Sentencia de 9 de marzo de 2000, exp. 12.489, se condenó a la entidad hospitalaria por la muerte de unas pacientes a quienes se suministró una droga, a pesar de que se tenía conocimiento de que esta había presentado ya daños a pacientes de otros centros médicos de la misma institución, por no reunir las especificaciones científicas necesarias.

²⁶¹ En Sentencia del 2 de octubre de 1997, exp: 11.652, se condenó a la institución hospitalaria por las lesiones que se causó a un paciente que llegó en estado de alteración mental, las cuales le produjeron como consecuencia una invalidez por plejía braquial.

cual, dado que la seguridad está a cargo de las autoridades de policía, las entidades hospitalarias cumplirán con el deber de seguridad dando oportuno aviso a tales autoridades con el fin de que éstas adopten las medidas necesarias para garantizar la vida de los pacientes que pueda verse afectada por actos de terceros.

En el sub exámine el señor Francisco Javier Salazar Mesa ingresó al hospital luego de haber sido herido con un arma de fuego, sin que obren en el plenario pruebas tendientes a demostrar que el herido estuviera en una situación inminente de peligro que justificara la implementación de medidas de seguridad para garantizar su integridad física. En efecto, cuando el señor Francisco Javier Salazar Mesa ingresó al hospital, ni él ni su acompañante pusieron de presente la inminencia del peligro de ser atacado en el hospital.

Resalta la Sala, que en virtud de los dispuesto en el artículo 336 del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, norma vigente y aplicable para el momento de la ocurrencia de los hechos, el hospital estaba obligado a dar aviso inmediato a la autoridad respectiva, cuando a éste ingresara una persona a la que se le hubiera ocasionado un daño en el cuerpo, como en este evento acaeció, obligación que al haber sido cumplida por el hospital demandado lo libera de responsabilidad por los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la actuación de un tercero y propiciados por la falta de seguridad especial, dado que una vez enteradas las autoridades de policía, cualquier decisión sobre protección especial, en caso de que así se ameritara, correspondía a la policía.

Obiter dicta

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente, son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen

de medicamentos²⁴⁸; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos²⁴⁹, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria²⁵⁰.

Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia de la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente sufra accidentes en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber actividades de “custodia y vigilancia” de los pacientes cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales²⁵¹. Así mismo ha sido criterio reiterado que el deber de custodia y vigilancia no se extiende al de brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de “situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse”²⁵².

eventos en los cuales no se realizan los exámenes de diagnóstico de manera oportuna por el mal estado de los equipos, por ejemplo, Cfr. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.943.

²⁴⁸ Por ejemplo, en Sentencia del 24 de febrero de 2005, exp. 14.170, se declaró la responsabilidad del hospital demandado por la inadecuada atención prestada a un menor que fue llevado allí de urgencias, cuando justo en ese momento no había médico, por lo cual fue atendido por una enfermera que le administró un medicamento sin prescripción médica, lo que le produjo la muerte al menor.

²⁴⁹ En Sentencia del 9 de marzo de 2000, exp. 12.489, se condenó a la entidad hospitalaria por la muerte de unas pacientes a quienes se suministró una droga, a pesar de que se tenía conocimiento de que esta había presentado ya daños a pacientes de otros centros médicos de la misma institución, por no reunir las especificaciones científicas necesarias.

²⁵⁰ En Sentencia del 2 de octubre de 1997, exp: 11.652, se condenó a la institución hospitalaria por las lesiones causadas a un paciente que llegó en estado de alteración mental, las cuales le produjeron como consecuencia una invalidez por plejía braquial.

²⁵¹ La Sala ha declarado la responsabilidad de las instituciones hospitalarias por suicidios de enfermos mentales, por ejemplo, en Sentencias de 11 de abril de 2002, exp. 13.122, o por evasión del hospital psiquiátrico y su posterior muerte, en sentencia del 27 de abril de 2006, exp. 15.352.

²⁵² Sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405, en la cual se revocó la sentencia de primera instancia y se negaron las súplicas de la demanda, al considerar que el hospital demandado por la muerte del paciente no tuvo conocimiento de que este se encontrara en situación especial de peligro, el cual lo obligara a reforzar sus mecanismos de seguridad o a solicitar la protección especial de la Policía Nacional.

Como se precisó anteriormente, el alcance del deber de seguridad de las entidades hospitalarias en relación con los pacientes no implica la protección frente a hechos de terceros, a menos que se evidencie una situación especial de riesgo que amerite el incremento de las medidas de seguridad, caso en el cual, dado que la seguridad está a cargo de las autoridades de policía, las entidades hospitalarias cumplirán con el deber de seguridad dando oportuno aviso a tales autoridades con el fin de que éstas adopten las medidas necesarias para garantizar la vida de los pacientes que pueda verse afectada por actos de terceros.

En el sub lite el señor Rogelio Ospina Villegas ingresó al hospital luego de haber sido herido con un arma de fuego, sin que obren en el plenario las pruebas tendientes a demostrar que el herido estuviera en una situación inminente de peligro que justificara la implementación de medidas de seguridad para garantizar su integridad física. En efecto, cuando el señor Ospina Villegas ingresó al hospital, no puso de presente la inminencia del peligro de ser atacado en el hospital.

[...]

Resalta la Sala, que en virtud de los dispuesto en el artículo 336 del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, norma vigente y aplicable para el momento de la ocurrencia de los hechos, el hospital estaba obligado a dar aviso inmediato a la autoridad respectiva, cuando a éste ingresara una persona a la que se le hubiera ocasionado un daño en el cuerpo. No obstante, en este caso particular, el hospital demandado estaba relevado de este deber, como quiera que fue un agente de la Policía Nacional quien lo llevó a las instalaciones del centro hospitalario y por tanto esa entidad ya tenía conocimiento de la ocurrencia de los hechos. Por esta razón el hospital queda liberado de responsabilidad por los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la actuación de un tercero y propiciados por la falta de seguridad especial, dado que una vez enteradas las autoridades de policía, cualquier decisión sobre protección especial, en caso de que así se ameritara, correspondía a la policía”.

Obiter dicta

Cabe señalar que conforme a jurisprudencia reitera de la Sala, la responsabilidad patrimonial por los daños causados con ocasión de la actividad médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la

acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v. gr., eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.

Así las cosas, en este tipo de demandas el juez tendrá que establecer la naturaleza del daño por el que se reclama, ya que aquellos constituidos por el oblitio quirúrgico en sí mismos están gobernados por la falla probada del servicio como título jurídico por excelencia, porque evidencian y ponen de presente un yerro en la prestación del servicio médico-asistencial, toda vez que el hecho de que a un paciente se le deje en su organismo un cuerpo extraño configura un palmario descuido que no requiere mayor acreditación pues se pone de presente desde la sola constatación del daño. En consecuencia, radicar en cabeza del demandante el deber de acreditar esos elementos constitutivos de la falla del servicio es inadmisibile porque sería imponerle una carga en extremo difícil para la demostración de ese elemento de la responsabilidad, razón por la que, con base en criterios de equidad y justicia, se ha empleado el citado criterio de aligeramiento probatorio de la culpa basado en la contundencia de los hechos que constituyen el daño antijurídico".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de marzo 2012. Radicación 23163.

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Hechos: Una mujer ingresó a servicio de urgencias por síntomas diversos asociados a presencia de dengue clásico. La paciente sufrió lesión en su cuerpo y rostro con ocasión de la caída de una camilla; es remitida a cirugía por el decaimiento de su estado clínico y se encuentra que padece dengue hemorrágico, pero debido a que no había sangre disponible, se pospone la intervención, hasta que fallece por un paro cardiorrespiratorio.

23. Ahora bien, para que pueda predicarse una falla en la prestación del servicio médico, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso²⁶⁴. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance²⁶⁵.

[...]

27. De conformidad con los hechos probados y señalados anteriormente, es preciso recordar que la señora Teresa Jaramillo Bernal, quien vivía sola, ingresó por su propia voluntad al I.S.S., debido al regular estado general que presentaba. Una vez valorada y detectado el cuadro patológico, la médica tratante decidió internarla en la clínica, de tal manera que asumió la garantía de protección y cuidado de la paciente.

28. Posteriormente, el I.S.S., registró en su historia clínica que Teresa Jaramillo, a pesar de la recomendación de otra paciente, se arrojó de la camilla, ocasionándose una fuerte lesión que la dejó en estado temporal de inconsciencia. Pero lo cierto es que ello corresponde a una aseveración de la entidad demandada contenida un documento emitida por ella misma, y que no puede valorarse como una prueba totalmente objetiva e imparcial, ya que por provenir de uno de los extremos de la litis, carece de objetividad. Además, se observa también, que carece de apoyo probatorio que así lo corrobore.

29. Así entonces, es preciso señalar que las reglas de la experiencia indican que, habitualmente, las personas no se infligen daño a sí mismas, y en este caso particular, las condiciones físicas en que se encontraba la paciente, no permiten tener como cierto que haya adoptado una conducta, a todas luces irregular e inexplicable –arrojarse de la camilla–, máxime si se tiene en cuenta que el hecho de haber ingresado voluntariamente a la clínica, indica su interés –inherente al ser humano– por preservar la salud y la vida.

²⁶⁴ Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 17149, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶⁵ En este sentido puede consultarse la Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

equipos o instrumentales²⁶⁸; iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos²⁶⁹; iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos²⁷⁰; y v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria²⁷¹.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de mayo 2012. Radicación 22304. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Hechos: Un recién nacido que presentaba infección pulmonar y dificultades respiratorias tratadas por el personal médico de un hospital, fue extraído por una persona con quien no tenía ningún parentesco. Días después, la persona que lo sustrajo lo llevó a urgencias sin vida.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable cuando un recién nacido al que le está brindando atención médica es sustraído de sus instalaciones por un desconocido, y debido a la falta de tratamiento médico muere, teniendo en cuenta su obligación de seguridad frente a los pacientes?

Extractos:

Ratio decidendi

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, en repetidas ocasiones²⁷², ha acudido a la tesis del evento adverso para el análisis de la responsabilidad sanitaria por el incumplimiento de obligaciones que siendo propias de la prestación del servicio médico-asistencial son ajenas al deber de tratamiento de la patología de base del paciente; se trata, por consiguiente,

²⁶⁸ Cfr. Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 14 de julio de 2005, exp. 15332, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, y del 3 de mayo de 1999, radicado 11943, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁶⁹ Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 24 de febrero de 2005, radicado 14170, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁷⁰ Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 9 de marzo de 2000, radicado 12489, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

²⁷¹ Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 2 de octubre de 1997, expediente 11652, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

²⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009, 17.733; Sentencias del 25 de marzo de 2011, 20.836 y 20.878, C.P.: Enrique Gil Botero.

alegado, esto es, la adecuada atención hospitalaria en lo que tiene que ver con los actos médicos, sin embargo, también se puede corroborar una completa falta a la obligación de seguridad del paciente, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de un recién nacido, situación que obliga a que la vigilancia y cuidado sea mayor. La flexibilidad de las medidas de seguridad adoptadas por el Hospital permitió que la supuesta abuela llegara a tener un contacto pleno con el bebé, y que posteriormente, pudiera sustraerlo sin que fuera advertido por el personal de enfermería, y aún más reprochable, ni por el personal de vigilancia.

En ese orden de ideas, el Hospital Regional de Apartadó no fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los pacientes de pediatría, que por ser un área donde las visitas familiares estaban extendidas, debieron ser aún mayores. En consecuencia, la negligencia del nosocomio en la vigilancia y cuidado de los pacientes de pediatría permitió que un tercero pudiera secuestrar a uno de ellos sin dificultad alguna, lo que llevó a su posterior muerte, por tal razón se confirmará la declaratoria de responsabilidad de primera instancia, contra el Hospital Regional Antonio Róldan Betancur, entidad que tiene capacidad para ser parte en el proceso, de conformidad con la Resolución No. 103 del 31 de julio de 1967, proferida por el Departamento de Antioquia, y convertida en Empresa Social del Estado, con personería jurídica y autonomía administrativa, mediante Acuerdo 035 del 31 de agosto de 1995.

Obiter dicta

Así las cosas, la obligación médico–hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos:

“(…) Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos:

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

paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera que la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea.

[...]

Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.

En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño.

**CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo.
Sección Tercera. Sentencia del 20 de marzo 2013.
Radicación 1995 00895.
Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.**

Hechos: Una mujer en situación de discapacidad mental ingresó a una entidad hospitalaria por episodio de epilepsia convulsiva, patología que presentaba desde temprana edad. La enfermera no logró aplicar la dosis completa del sedante por las condiciones de la paciente, así que la mujer escapó de la institución en medio de su crisis, lo cual no se puso en conocimiento de autoridad competente ni de sus familiares. Horas más tarde, la paciente fue hallada sin vida en una quebrada, según el registro de defunción, por *shock pulmonar por inmersión*.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?

Extractos:

Ratio decidendi

Aun así, no se logra explicar cómo, en conocimiento de los antecedentes de desvarío frenético y de delirio emocional que reposaban en la historia clínica de María Victoria, ni con la destreza del personal médico y asistencial para el tratamiento de pacientes con igual padecimiento ni, aún peor, con la anticipada experiencia que les había dejado el caso de María Victoria, no se recaudaran las medidas mínimas para asegurar su permanencia en el centro hospitalario.

Y es que es un hecho contundente que, como consecuencia de un status epiléptico puede generarse un daño neuronal permanente, lo que no resulta extraño en el caso de María Victoria, quien desde muy temprano en su infancia había sufrido ataques convulsivos prolongados, que explicarían su afectación cognitiva, la cual se diagnosticaba en la historia clínica. Aun así, desconociendo tal antecedente, según dejan ver los testimonios, su discapacidad mental era más que evidente, por lo cual no se justifica que una paciente con semejantes características, fuera dejada a su suerte sin el protocolo mínimo de *seguridad*. [...]

“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 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”²⁷³.

“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”²⁷⁴.

[...]

Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la *lex artis* y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del

²⁷³ Hierro FERNÁNDEZ, *Responsabilidad civil médico-sanitaria* (Pamplona: Ed. Aranzandi), 174-175.

²⁷⁴ Alberto BUERES. *Responsabilidad de los Médicos*, Tomo 1 (Ed. Hammurabi), 424-425.

de la verificación de las obligaciones propias de los denominados actos extramédicos.

[...]

Por lo tanto, los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el periodo en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario.

[...]

En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de eventos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, comprensivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo.

[...]

En ese orden, en el caso sub examine, estamos en presencia de un evento adverso al tratamiento médico recibido por el recién nacido, quien fue atendido de manera adecuada, en lo referente a la ejecución de los actos médicos, esto es, los que buscaron la recuperación del paciente con respecto a su estado. Se advierte, que las pretensiones de la demanda no buscan la declaratoria de responsabilidad con base en los actos médicos, pues no se endilga el tratamiento médico como el hecho causante del daño. Por tal motivo, no le asiste razón al apoderado del demandado, al afirmar que el Hospital no incurrió en falla del servicio, por la pérdida del menor Juan Carlos, puesto que prestó de forma adecuada la atención médica requerida, tanto a él como a su madre. En efecto, del material probatorio recaudado es posible corroborar el hecho

30. La Sala entonces encuentra acreditado que la clínica Pío XII del I.S.S. incurrió en una falla del servicio médico asistencial, por cuanto el descuido que tuvo frente a la paciente Teresa Jaramillo Bernal resultó determinante en su deceso. Esto es, que por un hecho extramédico, la paciente sufrió un accidente al voltearse la camilla donde fue ubicada, y como consecuencia del mismo, padeció una fuerte lesión en la región frontal izquierda, que posteriormente desencadenó en la muerte. Ello indica, además, que el cuadro patológico con el que ingresó a la clínica cambió ostensiblemente durante su permanencia allí, a partir de la mencionada caída.

31. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, condenará al Instituto de Seguros Sociales al pago de los perjuicios causados a la parte demandante.

Obiter dicta

19. Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha reiterado su adopción de la clasificación que sobre tales actos ha desarrollado la doctrina, así: i) actos estrictamente médicos, que son realizados por el facultativo; ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente, son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes²⁶⁶.

20. En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas²⁶⁷; ii) falta de mantenimiento de los

²⁶⁶ Alberto BUERES, ob. cit., 424-425. Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 28 de septiembre de 2000, radicado 11405, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁶⁷ Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 11 de abril de 2002, radicado 13227, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, en la cual se condenó al hospital demandado por la muerte de un paciente, producida por las omisiones en las que incurrió el personal paramédico y administrativo, ya que no cumplió las órdenes médicas de inmovilizarlo, lo cual propició su caída, y donde la administración fue ineficiente en disponer los medios necesarios para realizar el TAC posterior a dicha caída con el fin de disponer la conducta médica a seguir.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable cuando muere una paciente que presentaba dengue hemorrágico porque no recibió una transfusión de sangre, teniendo en cuenta la obligación de seguridad que se genera al proporcionar atención médica?

Extractos:

Ratio decidendi

De acuerdo con la jurisprudencia adoptada por la Sala, la responsabilidad patrimonial por los daños causados con ocasión de la actividad médica vincula, no sólo el acto médico per se, es decir, lo que concierne a la actividad del profesional médico como el diagnóstico, el tratamiento de las enfermedades ya sea a través de intervenciones quirúrgicas u otros mecanismos, sino que también involucra todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención médica, y que se llevan a cabo desde el momento en que la persona ingresa al establecimiento médico u hospitalario, de tal manera que son asumidas por el personal paramédico o administrativo.

[...]

21. Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia de la Sala ha señalado que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas se contrae a impedir que el paciente sufra accidentes en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se encuentran las actividades de “custodia y vigilancia” de los pacientes cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales²⁶⁹.

22. La parte actora persiste en señalar que el I.S.S. incurrió en una falla del servicio que fue determinante en el deceso de Teresa Jaramillo Bernal, toda vez que la camilla donde fue ubicada la paciente no cumplía con los requisitos de seguridad y estabilidad exigidos, lo que a la postre ocasionó el fatal accidente.

²⁶⁹ Cfr. Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 11 de abril de 2002, radicado 13122, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, y del 27 de abril de 2006, exp. 15.352, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Desde esa panorámica, resulta pertinente señalar que los eventos adversos producidos en la prestación del servicio de *salud* constituyen una problemática de la responsabilidad que encuentra su sede de estudio en la imputación fáctica del daño, motivo por el que resulta de suma importancia la aplicación de los criterios normativos y jurídicos trazados por la teoría de la imputación objetiva que sirven para establecer cuándo, desde el plano fáctico o material, una lesión antijurídica es atribuible a determinada persona o sujeto de derecho²⁷⁵.

Así las cosas, la valoración de la imputación fáctica del daño, con su correlativo negativo, esto es, la acreditación de una causa extraña será un elemento decisivo para establecer, en cada caso concreto, si es posible abordar la imputación de segundo nivel, es decir, si se transgredió la *obligación de seguridad* (*imputatio iure*).

[...]

En ese orden, en el caso sub examine, estamos en presencia de un evento adverso al tratamiento médico recibido por María Victoria Pérez García, quien fue atendida de manera adecuada, en lo referente a la ejecución de los actos médicos, esto es, los que buscaron la recuperación del paciente con respecto a su estado —salvando el hecho de no haberse corregido la oposición involuntaria ofrecida cuando se intentó sedarla—. Se advierte, que las pretensiones de la demanda no buscan la declaratoria de responsabilidad con fundamento en los actos médicos, pues no se endilga al tratamiento como el hecho causante del daño. Por este motivo, no le asiste razón al apoderado del demandado, al afirmar que el hospital no incurrió en falla del servicio, por el descuido de la paciente, puesto que prestó de forma adecuada la atención médica requerida, como en oportunidades anteriores se había hecho. En efecto, del material probatorio recaudado es posible corroborar el hecho alegado, esto es, la adecuada atención hospitalaria en lo que tiene que ver con los actos médicos; sin embargo, también se puede corroborar una completa falta a la *obligación de seguridad* de la paciente, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una mujer con discapacidad mental, situación que obliga a que la vigilancia y cuidado sea mayor. La flexibilidad de las medidas de

²⁷⁵ “Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de *salud* y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante...”. Cfr. Sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 16.483, M.P.: Enrique Gil Botero, y Sentencia del 1 de octubre de 2008, exp. 27.268, M.P.: Enrique Gil Botero.

servicio referido (C.P., arts. 1º y 49), así como en los derechos de los consumidores y usuarios (D. 3466/82). [...]

Por lo tanto, los eventos adversos, como incumplimiento de la *obligación de seguridad* y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario.

Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la *lex artis* y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la *seguridad* del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación —objetivo— de riesgo creado o riesgo álea. [...]

De otro lado, en cuanto concierne al alcance de la *obligación de seguridad* del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que se imbrican de forma inescindible. [...]

En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con

Extractos:

Ratio decidendi

Problema jurídico 1:

32. En estas condiciones, es claro que la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar²⁷⁶⁻²⁷⁹.

37. En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos”²⁸⁰, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad:

²⁷⁸ En la Sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22.424, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, la Sala declaró la responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social por la muerte de una niña de 8 meses de edad, ocurrida luego de que fue vacunada contra la difteria, tos ferina y tétanos (DFT), con fundamento en que:

La menor LINA VANESSA RENDÓN GRISALES estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna , se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo recibe.

²⁷⁹ CE 3B, 29 de agosto de 2013, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, radicado 30283, p. 22.

²⁸⁰ El anexo técnico de la Resolución n.º 1446 de 2006, del Ministerio de la Protección Social, define los “eventos adversos” como “las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a ésta 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 puedan incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas.

desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia”²⁸³⁻²⁸⁴.

40. De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro²⁸⁵, riesgo-beneficio²⁸⁶, riesgo-conflicto²⁸⁷ y riesgo-álea) 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”²⁸⁸.

41. Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado hasta en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para

²⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸⁴ CE 3B, 29 de agosto de 2013, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, radicado 30283, págs. 24-25.

²⁸⁵ La imputación por riesgo-peligro procede en aquellos casos en los que la administración interviene en la ocurrencia del daño, pero no por haber fallado en el cumplimiento de sus obligaciones, sino por haber creado consciente y lícitamente un riesgo a partir de la utilización de un objeto (v. gr., armas, vehículos), una sustancia (v. gr., combustibles, químicos) o una instalación (v. gr., redes de energía eléctrica) que resulta en sí misma peligrosa, pero que es útil o necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado o para satisfacer demandas colectivas de bienes y servicios.

²⁸⁶ Se incluye dentro de la categoría de riesgo-beneficio aquella actividad que, aunque no entrañe verdadera peligrosidad, “conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia”. En este caso, el fundamento de la responsabilidad recae no ya en el peligro creado por el Estado, sino en el provecho que este o la comunidad reciben como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa correspondiente. En Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸⁷ Esta categoría de riesgo, “surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades”. En Consejo de Estado, Sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 18.472, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

²⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Luego, en la Sentencia del 8 de junio de 2011, exp. 17.990, C.P.: (e) Gladys Agudelo Ordóñez, la Sección Tercera señaló que el fundamento de las teorías del riesgo, “se hace consistir en la obligación de indemnizar los daños que se generen con ocasión de la realización de un riesgo que ha sido creado previamente por quien se beneficia del mismo, lo cual supone que el riesgo puede generar daños previsibles y relativamente inevitables aun cuando su producción es contingente”.

médico, la permanencia prolongada en los establecimientos hospitalarios y el contacto directo o indirecto²⁹¹ con otros pacientes infectados.

48. Así mismo, es tarea de las autoridades encargadas del control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud, velar porque estas medidas se cumplan, así como monitorear la incidencia de las infecciones nosocomiales en los centros hospitalarios tanto de carácter público como privado con fin de promover la implementación de estrategias para identificar las prácticas en la atención clínica que favorecen la aparición del riesgo de este tipo de infecciones y que repercuten negativamente en los indicadores de calidad de la atención en salud²⁹².

Para el caso concreto manifestó el Consejo:

46. En el caso concreto, está probado, a través del dictamen de medicina legal que la meningitis que afectó al niño CR y que alteró de forma grave su desarrollo psico-motriz —el cual era adecuado al momento de su ingreso a la clínica Jorge Bejarano (ver supra párr. 9.2.)— fue causada por la bacteria *klebsiella pneumoniae multiresistente*, que es de carácter intrahospitalario. Esta circunstancia es suficiente para concluir que el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño padecido por la parte actora, pues según ya se expuso, las enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a los establecimientos de salud a título de riesgo excepcional en cuanto se demuestre, tal como sucede en este caso, que entre éstas y aquéll existe un nexo de causalidad”²⁹³.

Problema jurídico 2:

43. Es cierto que los hechos irresistibles, por regla general, no comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración en razón a que pueden ser calificados como “casos fortuitos”. No obstante, tratándose de las infecciones nosocomiales, la Sala considera, junto con un sector de la doctrina, que no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud:

²⁹¹ El contacto indirecto es el que se realiza por las manos del personal hospitalario o por el uso de elementos contaminados, en tanto que el directo es el que tiene lugar de un paciente a otro.

²⁹² CE 3B, 29 de agosto de 2013, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, radicado 30283, p. 30.

²⁹³ CE 3B, 29 de agosto de 2013, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, radicado 30283, p. 30.

Quienes encuadran las infecciones hospitalarias en esta exigente [caso fortuito] sostienen que se trataría de un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no existe, con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, liberando de responsabilidad al ente.

En nuestra opinión, las infecciones hospitalarias no constituyen esta exigente, pues 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.

(...)

La infección hospitalaria puede comportar un caso fortuito, pero en todo caso será un caso fortuito interno a su actividad, por lo cual no puede liberar al establecimiento asistencial (...) ²⁹⁴⁻²⁹⁵.

Obiter dicta

33. Tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivización de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

34. Así, por ejemplo, Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad sin culpa que opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales: “el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”. En el marco de este sistema, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario.

²⁹⁴ Celia Weingarten, ob. cit., 27. En el mismo sentido, Cfr. Juan Manuel PREVOT, ob. cit., 328. ²⁹⁵ CE 3B, 29 de agosto de 2013, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, radicado 30283, págs. 28-29.

el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías²⁸⁹ o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin.

42. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea 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”²⁹⁰.

45. En suma, en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio.

(...)

47. Vale la pena insistir en que aunque las infecciones nosocomiales pueden llegar a ser irresistibles, son prevenibles y controlables, por lo que está en manos de las entidades hospitalarias adoptar todas las medidas establecidas en los protocolos diseñados por las autoridades competentes a efectos de reducir los riesgos que comporta para los pacientes, en especial para aquellos que resultan más vulnerables como los niños, las personas de la tercera edad y quienes padecen de enfermedades crónicas, el uso de cierto instrumental

²⁸⁹ “Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la *lex artis* y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se tome objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 22.304, C.P.: Enrique Gil Botero.

²⁹⁰ CE 3B, 29 de agosto de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado 30283, pp.25-28.

“(…) en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales (….) constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras–²⁸¹ desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias”²⁸².

38. Se tiene así que el Consejo de Estado, si bien no se ha ocupado de desarrollar una dogmática específica aplicable a los casos de daños derivados de infecciones nosocomiales en los que no existe falla probada del servicio, sí ha trazado unas primeras pautas para afirmar, en consonancia con la tendencia que impera en el derecho comparado, que éstos deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad, que en nuestro caso sería el de riesgo excepcional.

39. En relación con este título jurídico de imputación, la jurisprudencia ha señalado que:

“(…) deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aun cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias

²⁸¹ Oriol Mir PUIGPELAT, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (y no sanitaria)”, conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano-Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Cfr. igualmente: Calixto Díaz REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, *Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario* (Granada: Ed. Comares, 2006).

²⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.733, C.P.: Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Cfr. Sentencia del 24 de marzo de 2001, exp. 20.836, C.P.: Enrique Gil Botero.

el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la *obligación* no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la *obligación de seguridad* como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Radicación 30283. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Hechos: El 18 de junio de 1999 un niño fue hospitalizado durante cinco días por diagnóstico de bronconeumonía. Luego el niño volvió a ingresar a la clínica por presentar otitis media aguda, bronconeumonía, síndrome broncoobstructivo y enfermedad diarreica aguda causada, según los exámenes de laboratorio, por la bacteria *Klebsiella pneumoniae multiresistente*. El niño fue sometido a escanografía cerebral simple y se evidenciaron secuelas de meningitis. Días después fue dado de alta.

Problemas jurídicos:

- ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable por las lesiones ocasionadas a un paciente como consecuencia de infecciones nosocomiales a título de riesgo excepcional?
- ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable por las lesiones ocasionadas a un paciente como consecuencia de infecciones nosocomiales a título de riesgo excepcional, a pesar de que se presente una causa extraña (irresistibilidad)?

seguridad adoptadas por el hospital permitió que la enferma, aún desorientada por el sedante y por las recientes convulsiones, pudiera salir del hospital sin ser advertida por el personal de enfermería, y aún más reprochable, ni por el personal de vigilancia.

En ese orden de ideas, la ESE Hospital María Antonia Toro de Elejalde no fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la *seguridad* de los pacientes de urgencias, que por ser el área por donde los enfermos más delicados ingresan y son atendidos, debieron ser aún mayores. En consecuencia, la negligencia en la vigilancia y cuidado en el área de urgencias permitió que una paciente en estado de enajenación mental abandonara sin oposición alguna el centro asistencial, por tal razón se confirmará la declaratoria de responsabilidad de primera instancia, contra el Hospital María Antonia Toro de Elejalde.

Obiter dicta

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta corporación, en repetidas ocasiones²⁷⁶, ha acudido a la tesis del evento adverso para el análisis de la responsabilidad sanitaria por el incumplimiento de obligaciones que siendo propias de la prestación del servicio médico-asistencial son ajenas al deber de tratamiento de la patología de base del paciente; se trata, por consiguiente, de la verificación de las obligaciones propias de los denominados actos extramédicos. [...]

Como se aprecia, el servicio público sanitario y hospitalario no solo está circunscrito a la prestación o suministro de los denominados “acto médico y/o paramédico”, es decir, la atención dirigida o encaminada a superar o aliviar una enfermedad a partir de la valoración de los síntomas y signos evidenciados con el objetivo de restablecer la *salud* del paciente²⁷⁷, sino que comprende otra serie de obligaciones principales como la de *seguridad*, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios. En ese orden de ideas, la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y hospitalaria encuentra su fundamento en: el principio de la buena fe (C.N., art. 86 y C.C., art. 1603), el principio del interés general que lleva implícito la prestación del

²⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009, 17.733; Sentencias del 25 de marzo de 2011, 20.836 y 20.878, C.P.: Enrique Gil Botero.

²⁷⁷ La *salud* ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”. En www.who.int/en/

35. En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones intra-hospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial, existe un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que afirma que “junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo” y que puede estar referido a una obligación de medios –caso de los actos puros de profesión de los facultativos–, pero también de resultados, como lo es la que consiste en garantizar la inocuidad de “las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos (...)”.

36. Por último, en Chile los tribunales han considerado que una enfermedad contraída durante la permanencia en el establecimiento es evidencia prima facie de la negligencia incurrida en los deberes preventivos que recaen sobre la clínica u hospital o de la falta del servicio del hospital público. El criterio aplicado en estos casos ha sido el de presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil. No obstante, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que el daño y no la culpa es el fundamento de la responsabilidad del Estado, de manera que si éste se produce por una infección intrahospitalaria, surge la obligación de indemnizarlo, para lo cual sólo es necesario acreditar la relación de causalidad que existe entre la prestación del servicio de salud y el daño, “sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes”.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil.
Sentencia del 18 de diciembre 2009.
Radicación 00533-01.
Magistrado Ponente: William Namén Vargas.**

Hechos: A un paciente que entró al quirófano en buenas condiciones de salud, se le practicaron dos cirugías endonasales, porque tiene dificultades respiratorias. Al día siguiente presentó dolor de cabeza y fiebre, pero el médico tratante no lo atendió ese día sino al siguiente, cuando ya no tenía estos síntomas sino solo un dolor intenso en las pantorrillas, lo cual el médico vio como algo aislado, por lo cual le prescribió unos medicamentos y lo remitió a su casa. Sin embargo, horas más tarde el paciente fue trasladado a un hospital nivel 3 y murió luego de un shock séptico.

profesional, fue determinante del perjuicio causado”, examinándose in casu conforme al marco fáctico de circunstancias y a los elementos de convicción (cas. civ. Sentencia de 30 de enero de 2001, exp. 5507).

También, “ha tenido oportunidad la Corte, en varias ocasiones, por demás, de señalar que dentro de las diversas obligaciones a cargo de clínicas, hospitales y entidades de asistencia médica de similar temperamento, a las cuales el paciente confía el cuidado de su persona para efectos de que aquellas cumplan los deberes a los cuales se han comprometido, existe la denominada de seguridad, cuyas características más sobresalientes acaban de exponerse”. Ha dicho esta Corporación, que en los contratos relativos a la prestación de servicios asistenciales por parte de entes hospitalarios, “(...) por fuerza del ameritado deber de procurar la seguridad personal del enfermo, el centro asistencial ha de tomar las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume, criterio que la Corte ha aceptado en sus lineamientos básicos al declarar que, de cara al denominado ‘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 (...)’ (G.J. T. CLXXX, Pág. 421), identificándose así un imperativo de conducta que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa alguna 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. Todo depende, pues, de los factores particulares que rodean cada situación, factores circunstanciales que no son siempre iguales y que, al fin de cuentas, son los llamados a fijar los deberes y graduar la diligencia exigible, siguiendo un método que antiguas legislaciones europeas formulaban diciendo que cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que se desprenda de las consecuencias posibles de los hechos” (casación del 1º de febrero de 1993)” (cas. civ. Sentencia de 18 de octubre de 2005, [S-259-2005], exp. 14491”.

era alérgica a los analgésicos postoperatorios que se le aplicaron para disminuir el dolor, esto descarta, en principio, que ese hecho haya sido la causa de la intoxicación. Así que al quedar como única irregularidad, demostrada por lo demás, según quedó visto, la inversión de gases insensibilizadores, esto conduce a atribuirle a ese episodio el detonante del accidente, mucho más cuando a partir de esa aceptada y no desvirtuada, en palabras reproducidas del médico demandado, “embarrada”, éste se responsabilizó de lo sucedido.

Además, no debe perderse de vista que tan pronto terminó la cirugía, las maniobras de reanimación ya se estaban practicando, como lo indicó el ginecólogo FERNANDO PARDO, al decir que “una vez terminado mi procedimiento procedí a recoger la muestra para patología y al levantarme para depositarla en el frasco me di cuenta que estaban practicando maniobras de reanimación”. Luego, si el anestesiólogo demandado, al iniciar esas maniobras, revisó los “flujos de gases” y encontró “alteración en los mismos”, esto supone que la complicación no pudo ser postoperatoria, según se sostiene, cuestión que por sí conduce a eliminar como posible causa de la intoxicación, la reacción idiosincrásica”.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil.
Sentencia del 22 de julio de 2010.
Radicación 41001 3103 004 2000 00042 1.
Magistrado Ponente: Pedro Munar**

Hechos: Un joven fue atropellado por una motocicleta, por lo que fue llevado a un hospital en el que le diagnosticaron politrauma en la cara, y de allí que lo internara un odontólogo. El anestesiólogo entregó el paciente a la enfermera en estado de inconsciencia y la enfermera le inyectó diclofenaco en lugar de dipirona, como lo había prescrito el anestesiólogo. Esto llevó a que el paciente estuviese en estado de somnolencia permanente. Horas después murió por “broncoaspiración y taponamiento de las vías respiratorias superiores”, sin que por su estado de somnolencia pudiera solicitar ayuda, escupir.

Problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones puede declararse la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación en seguridad en salud?



Luis Gonzalo Peña Aponte

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Con posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España). Realizó su Maestría en Derecho – Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado, en la Universidad Externado de Colombia. Igualmente, cuenta con estudios de posgrado en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Es el Subdirector Jurídico de la S.C.A.R.E.



Extractos:

Ratio decidendi

El paciente al culminar la cirugía debe ser entregado por el anestesiólogo, según el caso, a esa unidad o a la de cuidados intensivos, con el monitoreo requerido y oxígeno suplementario de ser necesario, amén que aquel debe reportar, entre otros aspectos, las condiciones preoperatorias y el manejo anestésico, todo lo cual debe ser anotado en la historia clínica o en el registro respectivo; igualmente, el paciente debe llegar allí con un control adecuado de la vía aérea, hemodinámicamente estable y con un nivel de conciencia cercano al que tenía antes del acto anestésico.

(...)

Si esas son algunas de las reglas más significativas de la *lex artis* de los referidos profesionales, es palpable que el incumplimiento de los deberes que la práctica les impone comporta una falta de diligencia que permite calificar de culposa la conducta de aquellos; por supuesto que los deberes allí contemplados sirven de parámetro para evaluar el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno. Del mismo modo, el incumplimiento injustificado de los deberes que la ley les impone a los establecimientos clínicos o sanitarios o de las exigencias de organización y funcionamiento, compromete la responsabilidad de éstas; claro está, en la medida en que hubieren causado el perjuicio cuya indemnización se impetra.

Obiter dicta

Por lo demás, es evidente, y así lo ha puesto de relieve la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 12 de septiembre de 1985, 1^o de febrero de 1993, 18 de octubre de 2005, entre otras), que dichas entidades también adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, obligación esta que puede ser de *resultado*, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un “deber general de prudencia y diligencia”, enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente.

Todo lo anterior sin olvidar que los establecimientos dedicados al tratamiento de enfermos mentales igualmente asumen los deberes de vigilancia y custodia del paciente.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil.
Sentencia del 30 de agosto 2010.
Radicación 06826-01.
Magistrado Ponente: Jaime Arrubla Paucar.**

Hechos: Un paciente presentaba encefalopatía hipóxica-intoxicación exógena luego de practicarse procedimiento anestésico, y murió. La causa determinante en la producción del daño se adujo a “la culpa del médico [...] frente a la indebida mezcla de gases, y de la clínica, al haberse acreditado que el equipo de anestesia no lo mantenía en óptimas condiciones, sino en apenas aceptable estado”.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable civilmente cuando muere un paciente luego de un procedimiento anestésico donde se invirtió el uso de los gases, teniendo en cuenta la obligación de seguridad que le es exigible?

Extractos:

Ratio decidendi

Es este el pensamiento de la Corte, al decir que los “presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)”²⁹⁶.

En cuanto a la culpa de la entidad demandada, el Tribunal la hizo derivar del hecho de haberse llevado a cabo allí la cirugía, cuestión que como es natural entenderlo, también incluye, en principio, el equipo humano, y de utilizar, en un procedimiento tan delicado, una máquina de anestesia que “no se encontraba en buen estado” o en “apenas aceptable estado”, cuando de ella pendía la seguridad y la vida de las personas.

Por supuesto que al no demostrar la parte demandada los hechos de su oposición, concretamente, que la señora MARÍA EUGENIA CORNEJO GONZÁLEZ,

²⁹⁶ Sentencia 001 del 30 de enero de 2001, exp. 5507.

Problema jurídico: ¿Puede una institución prestadora de servicios de salud ser declarada responsable civilmente cuando a una persona que se le practican dos cirugías endonasales muere días después a causa de un shock séptico, teniendo en cuenta la obligación de seguridad que le es exigible?

Extractos:

Ratio decidendi

Ha dicho esta Corporación, que en los contratos relativos a la prestación de servicios asistenciales por parte de entes hospitalarios, “(...) por fuerza del ameritado deber de procurar la seguridad personal del enfermo, el centro asistencial ha de tomar las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume [...]”.

“[...] identificándose así un imperativo de conducta que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa alguna 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. Todo depende, pues, de los factores particulares que rodean cada situación, factores circunstanciales que no son siempre iguales y que, al fin de cuentas, son los llamados a fijar los deberes y graduar la diligencia exigible, siguiendo un método que antiguas legislaciones europeas formulaban diciendo que cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que se desprenda de las consecuencias posibles de los hechos”.

Obiter dicta

Tales aspectos son significativos en la responsabilidad del médico, de quien tiene dicho la Corte, “se compromete con su paciente a tratarlo o intervenir quirúrgicamente (...) con el fin de liberarlo, en lo posible de sus dolencias; para este efecto aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran (...)” (casación civil de 26 de noviembre de 1986, Gaceta Judicial No. 2423, pp. 359 y ss.); “el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa